

***Lex Arbitri* en materia de inversiones extranjeras: La deficiencia normativa ante el posible ingreso de Bolivia al MERCOSUR**

Lex Arbitri in foreign investment matters: The regulatory deficiency in view of the possible entry of Bolivia into the MERCOSUR

LUIS ANTONIO VASQUEZ CRIALES *

Recibido: 27 de julio de 2020

Aceptado: 11 de febrero de 2021

Resumen

Se analizó si, ante el posible ingreso de Bolivia al MERCOSUR, es razonable la adopción del Protocolo de Colonia, como *Lex Arbitri* en materia de inversiones extranjeras. Los resultados de la investigación determinaron que la medida es razonable, sin embargo, la normativa boliviana vulnera el principio de voluntariedad de las partes al cohibir a las mismas a someter el arbitraje de inversiones a la jurisdicción, leyes y autoridades bolivianas. Asimismo, este análisis también conlleva la necesidad de recalcar que el Protocolo de Colonia no posee una determinación del modo de ejecutar y reconocer el laudo arbitral, lo que implica que los laudos estén sujetos a las mismas reservas que posee la sede del arbitraje respecto al reconocimiento y ejecución de los laudos de carácter comercial internacional sujetos a la Convención de Nueva

* Licenciado en Derecho de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” – La Paz (Bolivia). Investigador independiente. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7983-9404>

Contacto: luis.vasquezcriales@gmail.com

Revista de Derecho de la UCB – *UCB Law Review*, Vol. 5 N° 8, abril 2021, pp. 45-70 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa). DOI: <https://doi.org/10.35319/lawreview.2021858>

York. Por ende, la búsqueda de un sistema de arbitraje de inversiones internacional satisfactorio para Bolivia no solamente involucra la necesidad de adecuar previamente la normativa boliviana en concordancia con el referido proceso de integración, sino que también es necesaria la delimitación de casos determinados en los cuales los Estados puedan acudir a un mecanismo de impugnación provisto por el MERCOSUR.

Palabras clave: MERCOSUR / *Lex Arbitri* / arbitraje de inversiones / principio de voluntariedad / jurisdicción, leyes y autoridades / ejecutar y reconocer el laudo / mecanismo de anulación.

Abstract

Given the possibly entry of Bolivia into the MERCOSUR, it was analyzed if the adoption of the *Protocolo de Colonia*, as a *Lex Arbitri* in foreign investment matters, is reasonable. The results of the investigation determined that the measure is reasonable; nevertheless, the Bolivian regulations violate the principle of voluntariness of the parties by restraining them to submit the investment arbitration to the Bolivian jurisdiction, laws and authorities. Likewise, this analysis also implies the need to emphasize that the *Protocolo de Colonia* does not have a determination of how to enforce and recognize the arbitration award, which implies that the awards are subject to the same reservations that the seat of arbitration has regarding the recognition and enforcement of international commercial awards subject to the New York Convention. Therefore, the search for a satisfactory international investment arbitration system for Bolivia not only involves the need to previously adapt the internal regulations in accordance with the referred integration process, but it is also necessary to define specific cases in which the States can resort to an annulment mechanism provided by MERCOSUR.

Keywords: MERCOSUR / *Lex Arbitri* / investment arbitration / principle of voluntariness / jurisdiction, laws and authorities / enforce and recognize the award / annulment mechanism.

1. Bolivia y el arbitraje de inversiones ante el posible ingreso al MERCOSUR

La definición de la noción ‘inversión’ es crucial para determinar y circunscribir la jurisdicción arbitral resultante de tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones y del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (resaltado propio) (Silva Romero, 2010, pág. 26). De este convenio, nace el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), dicho convenio fue ratificado por Bolivia el año 1994 y denunciado posteriormente el año 2007. Esta política tuvo como resultado que los pactos arbitrales de inversiones estén sujetos a las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, UNCITRAL en inglés) (Martin, 2014, pág. 70).

Posteriormente, con la promulgación de la Constitución Política del Estado en el año 2009 (de ahora en adelante también la Constitución), se determinó que *toda inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas*, y nadie podrá invocar situación de excepción, ni apelar a reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable (resaltado propio) (Art. 320.II, 2009). Disposición que se ratifica con énfasis en el Artículo 366, al determinar que todas las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado estarán sometidas a la soberanía del Estado, a la dependencia de las leyes y de las autoridades del Estado. *No se reconocerá en ningún caso tribunal ni jurisdicción extranjera y no podrán invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional*, ni recurrir a reclamaciones diplomáticas (resaltado propio) (Constitución, 2009).

Sin embargo, el 17 de julio de 2015, Bolivia firma el Protocolo de Adhesión al Mercado Común del Sur (MERCOSUR) en la 48° Cumbre de Jefes de Estado y Estados Asociados del bloque, celebrada en Brasilia. De acuerdo a este Protocolo, Bolivia adoptaría gradualmente la normativa del MERCOSUR a más tardar en cuatro años contados a partir de la entrada en vigencia de este Protocolo (International Centre for Trade and Sustainable Development, 2017).

Es entonces que, ante la luz del ingreso de Bolivia al MERCOSUR, el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (de ahora en adelante también Protocolo de Colonia) sería adoptado por Bolivia como *Lex Arbitri* en materia de inversiones extranjeras. Este protocolo, como parte integrante del Tratado de Asunción, sostiene en su artículo 9.2 que toda controversia que no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida, *a pedido del inversor*: ii) *al arbitraje internacional, conforme a lo dispuesto en el Párrafo 4 del presente artículo.* (resaltado propio). Es entonces que, tomando en cuenta la denuncia de Bolivia al CIADI, es aplicable el inciso b) del referido párrafo, lo que representa que la controversia sería llevada *a un tribunal de arbitraje 'ad-hoc' establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la CNUDMI.* (resaltado propio).

Consiguientemente, es menester recalcar que, ante el entendimiento de la doctrina internacional, el bloque de constitucionalidad posee una mayor jerarquía que el resto de la Ley Fundamental y, en concordancia con el artículo 410.II de la Constitución Política del Estado, el Protocolo de Colonia formaría parte del bloque de constitucionalidad al ser una norma de Derecho Comunitario.

En virtud a lo señalado, la contradicción existente entre lo dispuesto por el Protocolo de Colonia y la normativa boliviana, representaría que esta última deba adecuarse al presente proceso de integración en virtud al principio de jerarquía normativa, considerando la superioridad

jerárquica que posee el Protocolo de Colonia ante lo establecido en los artículos 320.II y 366 de la Constitución.

Sin embargo, cabe recalcar que el Protocolo de Colonia, al ser adoptada como *Lex Arbitri* en materia de inversiones extranjeras, no posee una determinación del modo de anular, ejecutar y reconocer el laudo arbitral, dado que “awards (non-ICSID) are subject to setting aside in the arbitral seat in the same manner as international commercial arbitration awards and to recognition (or non-recognition) and enforcement under the New York Convention” (Born, 2016, pág. 444)¹.

Por consiguiente, la incorporación de esta *Lex Arbitri* implicaría deficiencias al momento de anular, reconocer o ejecutar el laudo arbitral emitido por el tribunal de arbitraje ‘ad-hoc’ establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la CNUDMI.

2. Aspectos metodológicos

Con el fin de buscar seguridad jurídica para las partes de los procesos de arbitraje de inversiones sometidos al Protocolo de Colonia como *Lex Arbitri*, se requiere que las deficiencias encontradas en este proceso de integración y en la norma boliviana, respecto a un correcto proceso arbitral, y la anulación, reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, sean puestas a evaluación a partir de un análisis normativo que nos permita ver el manejo de estas deficiencias, tanto para determinar si existe manera alguna de llenar los vacíos referidos, como para determinar vías alternativas a las cuales sea posible acudir ante contingencias que puedan surgir a raíz de estas falencias.

¹ Los laudos (fuera del Convenio del CIADI) estén sujetos a las mismas reservas que posee la sede del arbitraje respecto al reconocimiento y ejecución de los laudos de carácter comercial internacional sujetos a la Convención de Nueva York.

Por ello, es necesario analizar detenidamente el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, la Constitución Política del Estado y el resto de normativa esencial que, mediante el referido análisis normativo, se pueda evocar invocar salidas alternas que garanticen al inversor un proceso arbitral que vaya de la mano de la justicia.

Asimismo, es menester incluir en este análisis al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Convenio del CIADI) y al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), considerando el mecanismo de resolución de controversias que poseen en común: el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).

3. Funciones de la *Lex Arbitri*

A lo largo del acápite que se desarrolla a continuación, resulta oportuno introducir algunas puntualizaciones teóricas que permitan contextualizar el panorama de la investigación y la trascendencia que posee la *Lex Arbitri* en arbitrajes de inversión. Respecto a esto, es menester resaltar las funciones que debe poseer la ley aplicable al funcionamiento arbitral y el porqué se encuentran falencias en las dos normativas objeto de estudio.

Alexander, J. Bělohávek (2015) indica al respecto que: [h]as essential practical importance in arbitration, and it directly determines a number of issues: *arbitrability*, *determination of governing law*, whether substantive, or (mainly) procedural, and *annulment of the arbitral award or its recognition and enforcement* etc.² (resaltado propio) (pág. 21).

La Academia de Derecho de Singapur (SAcLJ por sus siglas en inglés) acerca de las funciones de la *Lex Arbitri* afirma que:

² Tiene esencial importancia práctica en el arbitraje y ésta directamente determina un número de factores: arbitrabilidad, determinación de la ley aplicable, sea sustantiva o (principalmente) procedimental, y la anulación del laudo arbitral o su reconocimiento y ejecución, etc. (traducción propia).

The law applicable *to* arbitration (*Lex Arbitri*) certainly includes procedural law but it also regulates non-procedural matters such as, for example, arbitrability, decisions on jurisdiction, national court intervention in support of arbitration, and the grounds on which awards may be challenged and set aside (...)

This basic framework for arbitration is properly called the *lex arbitri*, which translates from latin as the law of arbitration. The precise content of the *lex arbitri* will vary from country to country but in modern arbitral jurisdictions it will typically include provisions which regulate:

(a) matters internal to the arbitration, such as the composition and appointment of the tribunal, requirements for the arbitral procedure and due process, and formal requirements for an award;

(b) the external relationship between the arbitration and the courts, whose powers may be both supportive and supervisory, such as the grant of interim relief, procuring evidence for third parties and securing the attendance of witnesses, the removal of arbitrators and the setting aside of awards; and

(c) the broader external relationship between arbitrations and the public policies of that place, which includes matters such as arbitrability and possibly also – more controversially – the impact on arbitration of social, religious and other fundamental values in each State³ (resaltado propio) (2014, pág. 887-888).

³ La ley aplicable al arbitraje (*Lex Arbitri*) ciertamente incluye la ley procedimental, pero también regula materias no-procedimentales como, por ejemplo, arbitrabilidad, decisiones de jurisdicción, intervención de los tribunales nacionales de arbitraje y las causas por las cuales un laudo puede recurrirse. (...)

Este marco básico para el arbitraje se llama propiamente *lex arbitri*, que se traduce del latín como la ley de arbitraje. El contenido preciso del *lex arbitri* variará de un país a otro, pero en las jurisdicciones arbitrales modernas generalmente incluirá disposiciones que regulan:

Según Roque Caivano (2017), la *Lex Arbitri* define aspectos de gran importancia, tales como ser las condiciones de validez del acuerdo arbitral, la materia arbitrable, los estándares mínimos de procedimiento tendientes a garantizar el debido proceso, el grado de intervención de los tribunales judiciales sobre el arbitraje, las cualidades básicas que deben reunir los árbitros, los requisitos de validez del laudo o el modo y las causas por las cuales un laudo puede recurrirse (pág. 4).

Por consiguiente, y en virtud de lo señalado, la arbitrabilidad, la determinación de la ley aplicable y el modo de anular, reconocer y ejecutar el laudo arbitral son considerados aspectos indispensables para cualquier *Lex Arbitri*. La ausencia de estos presupuestos mínimos representaría deficiencias muy amplias y la necesidad de que las mismas sean observadas y solucionadas por el legislador.

3.1 Arbitrabilidad. La arbitrabilidad es definida como “la calidad del litigio que permite a los árbitros asumir la competencia para resolver el conflicto sometido a ellos a través del pacto arbitral” (Salcedo, 2005, pág. 113). Asimismo, Eduardo Romero Silva (2005) la define como “la posibilidad de someter a árbitros una determinada controversia”.

La arbitrabilidad objetiva, según Vásquez Palma (2014) es aquella que se refiere a las controversias, que, según el legislador, pueden ser sometidas a solución mediante arbitraje, estableciendo así las materias en controversia que las partes deciden sean sometidas, conocidas y resueltas por los

(a) asuntos internos del arbitraje, como la composición y el nombramiento del tribunal, los requisitos para el procedimiento arbitral y el debido proceso, y los requisitos formales para un laudo;

(b) la relación externa entre el arbitraje y los tribunales, cuyos poderes pueden ser tanto de apoyo como de supervisión, como la concesión de medidas cautelares, la obtención de pruebas de terceras partes y precautelar la asistencia de testigos, la remoción de árbitros y la anulación de laudos; y

(c) la relación externa más amplia entre los arbitrajes y las políticas públicas de ese lugar, que incluye aspectos como la arbitrabilidad y, posiblemente también - de manera más controvertida - el impacto en el arbitraje de valores sociales, religiosos y otros fundamentales en cada Estado (traducción propia).

árbitros, vale decir, la arbitrabilidad objetiva enuncia lo que puede y lo que no puede ser sometido, conocido y resuelto mediante arbitraje.

3.2 Determinación de la ley aplicable. Sánchez Lorenzo (2009) sostiene que la ley aplicable al fondo de la controversia cumple tres funciones esenciales. La primera es una función interpretativa, acerca de contratos, pactos o convenios que tengan cláusulas ambiguas y oscuras; mismas que deben ser interpretadas. La segunda, lleva a cabo una función completiva, ya que los contratos pueden plantear lagunas de reglamentación, pueden tener vacíos que hay que rellenar. Y, por tanto, la ley aplicable al fondo nos sirve para completar ese régimen jurídico del contrato. Si se quiere, es también una función integrativa o interpretativa en un sentido más estricto. Por último, la ley aplicable al fondo de la controversia cumple una función restrictiva, la cual lleva a cabo un control de la validez de las cláusulas contractuales. De manera que se afirma, como un principio general, que son nulas aquellas cláusulas contrarias a las disposiciones imperativas de la ley aplicable al fondo del contrato (págs. 43-44).

3.3 Modo de anular, reconocer y ejecutar el laudo arbitral. Respecto al modo de anular el laudo arbitral Gary B. Born (2016) afirma que:

Most arbitration legislation permits the annulment of awards if: (a) there was no valid arbitration agreement; (b) the award-debtor was denied an adequate opportunity to present its case; (c) the arbitration was not conducted in accordance with the parties' agreed arbitral procedures or, failing such agreement, the law of the seat; (d) the award dealt with matters not submitted to arbitration; (e) the award dealt with a dispute that is not capable of settlement by arbitration; or (f) the award is contrary to public policy. In addition, many arbitration statutes also provide for the annulment of awards: if (g) the tribunal lacked independence or impartiality; (h) the award was procured by

fraud; or (i) in some states, the arbitrator's substantive decision was seriously wrong on the merits⁴.

El mismo autor establece, respecto al modo de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral que:

The jurisdictional requirements applicable to recognition of arbitral awards are very similar to those applicable to the recognition of international arbitration agreements. (...) most arbitration statutes require showing (1) that recognition is sought of an arbitral "award"; (2) arising from a 'commercial' –inversion in this case- relationship; (3) and a 'defined legal' relationship; (4) that the award is a 'foreign' or 'non-domestic' award; and (5) any reciprocity requirements are satisfied⁵.

4. Resultados

Habiéndose desarrollado lo anterior, conviene únicamente presentar los resultados, vale decir, los aspectos esenciales de la ley aplicable al funcionamiento arbitral.

⁴ La mayoría de las leyes de arbitraje permiten la anulación de los laudos si: (a) no hubo un acuerdo de arbitraje válido; (b) al adjudicatario se le negó una oportunidad adecuada para presentar su caso; (c) el arbitraje no se llevó a cabo de conformidad con los procedimientos arbitrales acordados por las partes o, en su defecto, la ley de la sede; (d) el laudo versaba sobre asuntos no sometidos a arbitraje; (e) el laudo versaba sobre una disputa que no puede resolverse mediante arbitraje; o (f) el laudo es contrario al orden público. Además, muchos estatutos de arbitraje también prevén la anulación de laudos: si (g) el tribunal carecía de independencia o imparcialidad; (h) el laudo fue elaborado mediante fraude; o (i) en algunos Estados, la decisión de fondo del árbitro fue seriamente errónea en cuanto al fondo (traducción propia).

⁵ Los requisitos jurisdiccionales aplicables al reconocimiento de laudos arbitrales son muy similares a los aplicables al reconocimiento de los acuerdos de arbitraje internacional. (...) la mayoría de los estatutos de arbitraje requieren mostrar (1) que se busca el reconocimiento de un 'laudo' arbitral; (2) que surgen de una relación "comercial" – de inversión en este caso-; (3) y una relación 'legalmente definida'; (4) que el laudo es 'extranjero' o 'no doméstico'; y (5) se cumplen todos los requisitos de reciprocidad (traducción propia).

4.1 Arbitrabilidad. Para evaluar este aspecto esencial se evaluó y determinó la arbitrabilidad en la norma boliviana y en el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones como *Lex Arbitri* en materia de inversiones extranjeras.

A raíz de lo establecido por la Constitución Política del Estado, el compendio normativo boliviano presenta cuadros contrarios a lo señalado por la doctrina internacional en son de permitir una mayor arbitrabilidad. Esto, analizado desde aspectos de gran trascendencia como el respeto al principio de voluntariedad de las partes, ya que es la normativa boliviana quien conmina a las partes a someter el arbitraje de inversiones a la jurisdicción, leyes y autoridades bolivianas, vulnerando el referido principio al no permitir la libre designación de árbitros en el proceso.

Asimismo, como se ha indicado, esta normativa declara expresamente que el Estado boliviano no reconocerá ningún tribunal o jurisdicción alguna, y que no se podrá invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional en materia hidrocarburífera, lo cual denota la poca arbitrabilidad que conlleva la norma boliviana.

No obstante, el Protocolo de Colonia sí presenta lineamientos más amplios respecto a este aspecto esencial para una *Lex Arbitri*, ya que lo señalado por este proceso de integración permite que el arbitraje sea sometido a un ente internacional como lo es el CIADI o su mecanismo complementario e, inclusive, tomando en cuenta que las partes no consideren someterse a esta jurisdicción, les otorga la facultad de someter el proceso a un arbitraje *ad-hoc* bajo la reglamentación CNUDMI.

Es entonces que, comparando ambos instrumentos jurídicos, es evidente la diferencia existente entre una y otra normativa, considerando que, en primera instancia, la norma boliviana vulnera principios del arbitraje internacional y que, el Protocolo de Colonia, no solamente no vulnera los mismos, sino que, de manera contraria, ofrece una amplia gama de opciones a las que las partes pueden acudir en son de obtener a una mayor arbitrabilidad dentro de un proceso de resolución de controversias.

4.2 Determinación de la ley aplicable. El acápite no presenta mayores complicaciones, ya que ambas normativas demuestran cuadros similares respecto a la elección y determinación de la ley aplicable al aspecto procedimental y al fondo de la controversia.

Sin embargo, cabe resaltar que la similitud entre ambos instrumentos jurídicos no representa una ampulosa descripción de la determinación de la ley aplicable al fondo de la controversia, más al contrario, tanto el compendio jurídico boliviano, como el Protocolo de Colonia, poseen limitadas referencias que, en su mayoría, se encuentran enfocadas a velar por la elección de los centros y reglamentos del arbitraje, y no así al modo de determinar la ley que tenga como fin resolver el fondo de la controversia.

4.3 Modo de anular, reconocer y ejecutar el laudo arbitral. Dentro de este último aspecto esencial para una *Lex Arbitri*, la Ley 708 de Conciliación y Arbitraje denota un mayor desarrollo respecto al modo de anular y ejecutar un laudo arbitral interno, disponiendo una sección entera para cada uno de ellos.

Asimismo, respecto al modo de reconocer el laudo, tanto la Ley 708 como el Protocolo de Colonia, a raíz de reglamentos y procedimientos particulares, acuden a normas de cooperación internacional que hayan sido ratificadas por el o los Estados partes.

El Protocolo de Colonia, como tal, no dispone modo alguno de anular o ejecutar el laudo arbitral, lo que implica que los laudos estén sujetos a las mismas reservas que posee la sede del arbitraje respecto al reconocimiento y ejecución de los laudos de carácter comercial internacional sujetos a la Convención de Nueva York.

5. Discusión

5.1 Arbitrabilidad. Como se denotó previamente, la Constitución dispone en su artículo 320, párrafo II que toda inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades

bolivianas, y nadie podrá invocar situación de excepción, ni apelar a reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable.

Disposición que se ratifica con énfasis en el artículo 366 del mismo texto constitucional, al determinar que todas las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado estarán sometidas a la soberanía del Estado, a la dependencia de las leyes y de las autoridades del Estado. No se reconocerá en ningún caso tribunal ni jurisdicción extranjera y no podrán invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional, ni recurrir a reclamaciones diplomáticas.

El párrafo 2 del artículo 9 del Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, como parte integrante del Tratado de Asunción, sostiene que toda controversia que no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida, a pedido del inversor al arbitraje internacional, conforme a lo dispuesto en el párrafo 4 de dicho artículo. Este párrafo aclara el marco jurídico aplicable si se recurre al arbitraje internacional, afirmando que la controversia podrá ser llevada, a elección del inversor al CIADI, cuando cada Estado Parte en el Protocolo haya adherido a aquél. En caso de que esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI para la administración de procedimientos de conciliación, de arbitraje o de investigación o; a un tribunal de arbitraje ‘ad-hoc’ establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la CNUDMI.

Respecto a la arbitrabilidad, como aspecto esencial de la *Lex Arbitri*, es menester considerar comparativamente el manejo de otros instrumentos jurídicos internacionales como el Convenio del CIADI y el TLCAN, mismos que otorgan las respectivas herramientas para la

conformación de un tribunal arbitral que vele por el respeto al referido principio.

En primera instancia, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (1966) señala que:

Artículo 37

(1) Una vez registrada la solicitud de acuerdo con el Artículo 36, se procederá lo antes posible a la constitución del Tribunal de Arbitraje (en lo sucesivo llamado el Tribunal).

(2) (a) El Tribunal se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros, *nombrados según lo acuerden las partes*.

(b) Si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el número de árbitros y el modo de nombrarlos, el Tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el Tribunal, de común acuerdo.

Artículo 38

Si el Tribunal no llegare a constituirse dentro de los 90 días siguientes a la fecha del envío de la notificación del acto de registro, hecho por el Secretario General conforme al apartado (3) del Artículo 36, o dentro de cualquier otro plazo que las partes acuerden, el Presidente, a petición de cualquiera de éstas y, en lo posible, previa consulta a ambas partes, deberá nombrar el árbitro o los árbitros que aún no hubieren sido designados. *Los árbitros nombrados por el Presidente conforme a este Artículo no podrán ser nacionales del Estado Contratante parte en la diferencia, o del Estado Contratante cuyo nacional sea parte en la diferencia.*

Artículo 39

La mayoría de los árbitros no podrá tener la nacionalidad del Estado Contratante parte en la diferencia, ni la del Estado a que pertenezca el nacional del otro Estado Contratante. La limitación anterior no será aplicable cuando ambas partes, de común acuerdo, designen el árbitro único o cada uno de los miembros del Tribunal (énfasis propio).

Asimismo, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte mantiene una línea semejante al Protocolo de Colonia, ya que el TLCAN (1994) dispone en su artículo 1120 (sometimiento de la reclamación al arbitraje) que:

Siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con:

- a) el Convenio de CIADI, siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo;
- b) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sean Estado parte del Convenio del CIADI; o
- c) las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL.

En virtud de lo citado, se evidencia la necesidad de que la *Lex Arbitri* en materia de inversiones extranjeras permita a las partes una libre conformación del tribunal arbitral, como parte esencial del debido proceso.

Es entonces que, Mario Castillo Freyre (2007), señala lo siguiente: [1]a doctrina coincide en señalar que *una de las condiciones fundamentales para el ulterior desarrollo del proceso, consiste en que el tribunal arbitral tenga una conformación absolutamente idónea e imparcial* (énfasis propio) (pág. 24). Siguiendo con el entendimiento de Castillo, es absolutamente claro que la conformación de un tribunal imparcial implica que se respeten todas las garantías de la

administración de justicia, en la medida de que ella no podría ser impartida por tribunales que no reúnan la característica fundamental de imparcialidad. Por ende, el concepto de tribunal imparcial se encuentra implícito dentro de las garantías de la administración de justicia, en tanto y en cuanto *es el Estado el que administra justicia a través del Poder Judicial, concepto que, por razones obvias, se extiende a todo tribunal que deba impartir justicia, incluyendo a los tribunales arbitrales* (2007, pág. 22).

5.2 Determinación de la ley aplicable. Siguiendo lo considerado con relación a este aspecto, es menester recalcar que esta función también suele ser elegida por las partes, no obstante, esta regulación no siempre se encuentra inmersa en la *Lex Arbitri*.

El artículo 7 del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional (1961), coincidente con el artículo 28.1 de la Ley Modelo UNCITRAL, indica que “Las partes pueden elegir el Derecho aplicable al fondo de la controversia”.

Por tanto, la relación más evidente tiene que ver con la determinación de la *lex causae*, especialmente si las partes no han determinado la ley aplicable al fondo, pues el árbitro designará dicha ley o normas de conformidad con las reglas sobre derecho aplicable contenidas en la *Lex Arbitri*.

La elección (del derecho aplicable) puede realizarse en el mismo contrato al que se refiere un convenio arbitral, dentro incluso de la propia cláusula compromisoria, y también en un acuerdo separado, anterior o posterior al convenio arbitral. La elección es procedente en cualquier momento, incluso con ocasión de la firma por las partes de la propia acta de misión, que es una oportunidad idónea para que las partes fijen o precisen las cuestiones referidas a la legislación aplicable al fondo de la controversia (Sánchez, 2009, pág. 45).

5.3 Modo de anular, reconocer y ejecutar el laudo arbitral. La discusión de este aspecto tiene gran trascendencia en el derecho comparado, ya que la misma recae en el examen del Protocolo de Colonia y

la normativa boliviana en relación con instrumentos jurídicos internacionales que someten los procesos arbitrales de inversión extranjera a un mismo ente internacional para su resolución.

Asimismo, como se apuntó “awards (non-ICSID) are subject to setting aside in the arbitral seat in the same manner as international commercial arbitration awards and to recognition (or non-recognition) and enforcement under the New York Convention” (Born, 2016, pág. 444)⁶.

Tal cual se enfatizó previamente, tanto el Convenio del CIADI, como el TLCAN someten sus controversias al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, por lo que el manejo de ambas normativas implica un apego directo a este ente.

El artículo 52 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (1966) establece que:

- (1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado *en una o más de las siguientes causas*:
 - (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
 - (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;
 - (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;
 - (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o

⁶ Los laudos (fuera del Convenio del CIADI) están sujetos a las mismas reservas que posee la sede del arbitraje respecto al reconocimiento y ejecución de los laudos de carácter comercial internacional sujetos a la Convención de Nueva York.

(e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde (énfasis propio).

En virtud a lo señalado, el párrafo (1) del artículo 53 del Convenio del CIADI denota que:

El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio (énfasis propio) (1966).

El párrafo (3) del artículo 54 del mismo instrumento jurídico señala que “el laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, *estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda*” (resaltado propio).

El párrafo (6) del artículo 1136 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (1994) determina que “*El inversionista contendiente podrá recurrir a la ejecución de un laudo arbitral conforme al Convenio de CIADI, la Convención de Nueva York o la Convención Interamericana*” (énfasis propio).

Del mismo modo, Gary B. Born (2016) argumenta que:

ICSID awards are subject to the unique annulment mechanism provided under the ICSID convention (...) Pursuant the Article 52 of the Convention (ICSID), *a party may challenge an award before an ad hoc ICSID annulment committee, appointed by ICSID, only on specific grounds (...)* Unlike commercial arbitrations awards, ICSID awards are not subject to annulment proceedings in national courts, either in the arbitral seat or elsewhere⁷ (énfasis propio) (pág. 443).

⁷ Los laudos del CIADI están sujetos a un único mecanismo de anulación provisto bajo la Convenio del CIADI (...). De conformidad con el Artículo 52 del Convenio

Por tanto, cabe resaltar que “nothing in the ICSID Convention permits courts in a Contracting State to review the tribunal’s jurisdiction, procedural decisions or other actions, or to consider objections based on local public policy, in a proceeding to recognize an ICSID award⁸” (Born, 2016, pág. 443), por lo que, en el marco del Convenio del CIADI se debe considerar que ni la *Lex Arbitri*, ni normativa alguna pueden pretender someter el laudo arbitral a la jurisdicción, leyes o autoridades de un determinado país.

6. Conclusiones

Considerando el ingreso de Bolivia al MERCOSUR, el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones formaría parte del ordenamiento jurídico boliviano, ya que el mismo es parte integrante del Tratado de Asunción.

La misma, al ser una norma de derecho comunitario, y en concordancia con el artículo 410.II de la Constitución, formaría parte del bloque de constitucionalidad boliviano, por lo que la adopción de su arbitraje importa un gran análisis para el mismo país, ya que lo dispuesto en este Protocolo es contrario a lo desarrollado en la Norma Fundamental. Asimismo, los artículos 127 y 129 de la Ley 708 de Conciliación y Arbitraje disponen aspectos contrarios a los determinados por este mecanismo de integración, por lo que la norma boliviana debe

(CIADI), cualquier parte puede impugnar un laudo ante un comité de anulación *ad hoc* del CIADI, designado por el CIADI, solo por aspectos específicos (...). A diferencia de los laudos de arbitraje comercial, los laudos del CIADI no están sujetos a procedimientos de anulación en tribunales nacionales, ni en la sede arbitral o en ningún otro lugar.

⁸ En el Convenio del CIADI, nada permite a los tribunales de un Estado Contratante revisar la jurisdicción del tribunal, las decisiones procesales u otras acciones, o considerar objeciones basadas en la política pública local, en un procedimiento para reconocer un laudo del CIADI.

adecuarse al Protocolo de Colonia en cumplimiento al principio de jerarquía normativa.

Asimismo, las falencias encontradas en la *Lex Arbitri* del MERCOSUR importan la atención de los países miembros del mismo, ya que, al someter sus controversias en materia de inversiones extranjeras a un laudo arbitral que no contemple un mecanismo ulterior de impugnación, los intereses de estos podrían llegar ser afectados de forma contraproducente.

Por lo previamente expuesto, los aspectos esenciales de una *Lex Arbitri*, en virtud de la doctrina y del derecho comparado, brindan las siguientes conclusiones:

6.1 Arbitrabilidad. Considerando la obligatoriedad de que la normativa boliviana sea adecuada a lo dispuesto por el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, es esta última la que establece los lineamientos básicos en son de garantizar mayor arbitrabilidad a los procesos sometidos bajo esta *Lex Arbitri*.

El Estado boliviano debe adecuar su normativa al pretender ingresar al Mercado Común del Sur, no solamente buscando cumplir con los estándares solicitados por este proceso de integración, sino velando por garantizar un debido proceso a los inversores en su territorio, caso contrario, una parcialidad a raíz de procesos arbitrales sujetos a la jurisdicción, leyes y autoridades del mismo país, pueden repercutir en que este Estado se vea afectado en sus intereses económicos al encontrarse en un panorama donde los inversionistas no apuesten por el territorio boliviano debido a la inseguridad jurídica que presenta.

Asimismo, por lo expuesto anteriormente, es evidente la similitud que posee el Protocolo de Colonia con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte respecto a la conformación del tribunal arbitral, denotando así, la imparcialidad que pretenden obtener estos instrumentos jurídicos internacionales para con las partes del proceso arbitral.

6.2 Determinación de la ley aplicable. Respecto a este aspecto esencial, una vez más se debe considerar que es el Protocolo de Colonia el que manejará las riendas de los procesos arbitrales en materia de inversión extranjera en el marco del MERCOSUR, por lo que el contenido desarrollado en este instrumento jurídico, es de crucial trascendencia para sus miembros.

El examen correspondiente a este punto demuestra que la normativa boliviana limita a las partes a someter el arbitraje a las leyes bolivianas, por lo que, si bien determina la ley aplicable, también cohibe a las partes, denotando una necesaria mejoría en este aspecto.

Asimismo, el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones tiene falencias respecto a la determinación de la ley aplicable, ya que no desarrolla un procedimiento a seguir por las partes para que ellas puedan determinar la ley aplicable, sin embargo, el acercamiento al CIADI y a su mecanismo complementario permite llenar los vacíos encontrados en la normativa MERCOSUR.

Por consiguiente, el Protocolo de Colonia precisa especificaciones que indiquen que la ley aplicable a la controversia va a ser determinada por las partes o el tribunal arbitral, ya sea de entes internacionales como el CIADI, su mecanismo complementario, o un tribunal de arbitraje *ad hoc*.

6.3 Determinación del modo de anular, reconocer y ejecutar el laudo arbitral. Habiéndose considerado este aspecto, se evidenció que la norma boliviana encamina el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral en materia de inversiones extranjeras a lo dispuesto por la Convención de Nueva York, al ser la misma una norma de cooperación internacional ratificada por Bolivia, tal como se encuentra dispuesto en la Ley 708.

Del mismo modo, el Protocolo de Colonia, a raíz de reglamentos y procedimientos particulares, acude a normas de cooperación internacional que hayan sido ratificadas por el o los Estados parte para el reconocimiento del laudo.

Por último, el Protocolo de Colonia, como tal, no dispone modo alguno de reconocer o ejecutar el laudo arbitral, lo que implica que los laudos arbitrales en el marco del MERCOSUR estén sujetos a las mismas reservas que posee la sede del arbitraje respecto al reconocimiento y ejecución de los laudos de carácter comercial internacional sujetos a la Convención de Nueva York.

El análisis comparativo con el Convenio del CIADI y el TLCAN, considerando que los mismos se encuentran sometidos a las normas sobre ejecución de cada territorio, denota la importancia de cohibir la impugnación el laudo arbitral en determinadas situaciones, sin que los Estados puedan, de manera parcial, revisar la jurisdicción del tribunal, las decisiones procesales u otras acciones, o consideren objeciones basadas en la política pública local, en un procedimiento para reconocer un laudo del Mercado Común del Sur.

Por tanto, considerando lo dispuesto por el Protocolo de Colonia y la normativa boliviana, se evidencia la necesidad de la referida delimitación en son de que los Estados solamente puedan acudir al mecanismo de anulación provisto por el MERCOSUR con las limitaciones que este proceso de integración vea por conveniente. Asimismo, recalcando lo citado en los artículos 52, 53 y 54 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados de 1966, es menester señalar que los presupuestos citados en este instrumento jurídico de carácter internacional son base idónea para elaborar las referidas restricciones ante posibles revisiones ulteriores de los Estados y, de la misma forma, otorgarles la facultad de impugnar el laudo arbitral bajo previsiones regidas en *númerus clausus*, tomando en consideración que, a pesar de encontrarse la mayoría de estos Estados inscritos en la Convención de Nueva York de 1958, igual se faculta y limita a los mismos a encuadrarse en las disposiciones de estos artículos.

7. Referencias

Bibliográficas

- Bělohlávek, A. (2015). *Seat of Arbitration and Supporting and Supervising Function of Courts*. República Checa, pág. 21.
- Born, G. (2016). *International arbitration: Law and practice*. Estados Unidos. Edit. Kluwer Law International
- Caivano, R. (2017). *La sede del arbitraje*. Revista El Derecho, 14.
- Castillo, M. (2007). *Arbitraje y debido proceso*. Lima
- Martin, R. (2009). *Lecciones de Arbitraje Internacional y de las Inversiones* (Primera). La Paz, Bolivia: VerbaLegis.
- Martin, R. (2014). *Arbitraje. Introducción al Derecho Arbitral* (Segunda). La Paz, Bolivia: Oscar Gutiérrez Peña.
- Romero Silva, E. (2005). *El contrato de arbitraje: La formación del contrato de arbitraje*. Bogotá D.C., editorial Legis
- Singapore Academy of Law Journal (2014). *Lex Arbitri, procedural Law and the seat of arbitration*. Singapur, pág. 887.
- Sánchez, S. (2009). *Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional*, España, pág. 42.
- Sánchez, S. (2010). *La interpretación del contrato internacional: Una aproximación desde el Derecho comparado*. México, págs. 131-183.
- Salcedo Castro, M. (2005). *Arbitrabilidad subjetiva: la capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje*, en: Eduardo Silva Romero y Fabricio Mantilla Espinoza, *El Contrato de Arbitraje*, Bogotá D.C, Editorial Legis, 2005, p. 113.
- Vásquez Palma, M. (2014). *Arbitralidad Objetiva: Delimitación e importancia*. Recuperado en fecha 29 de abril de 2019 de

http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitralidad_objetiva_delimitacion_e_importancia/arbitralidad_objetiva_delimitacion_e_importancia.asp?CodSeccion=15.

Legales

Constitución Política del Estado de 07 de febrero de 2009. Gaceta Oficial de Bolivia del Estado Plurinacional de Bolivia. Edición oficial.

Ley 708 de Conciliación y Arbitraje, de 25 de junio de 2015. Procuraduría General del Estado Plurinacional de Bolivia. Recuperado en fecha 25 de marzo de 2019 de <http://www.procuraduria.gob.bo/images/docs/Ley%20de%20Conciliacion%20y%20Arbitraje.pdf>

Tratados Internacionales

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Reglamento del Mecanismo Complementario (2006). Recuperado en fecha 24 de marzo de 2019 de https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/AFR_%202006_Spanish_final.pdf

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985 con las enmiendas aprobadas en 2006). Recuperado en fecha 21 de marzo de 2019 de https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Convención de Nueva York) (1958).

Recuperado en fecha 21 de junio de 2020 de <http://www.newyorkconvention.org/spanish>

Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional Hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961. Recuperado en fecha 21 de junio de 2020 de <https://www.cocin-cartagena.es/wp-content/uploads/2013/08/TR03.pdf>

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Convenio del CIADI) (1966). Recuperado en fecha 21 de junio de 2020 de <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>

Mercado Común del Sur (MERCOSUR). Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (1994). Recuperado de <https://www.bcb.gov.br/rex/sgt4/Ftp/CD%20Fluxograma/Tratados%20e%20Protocolos/Protocolo%20de%20Colonia.pdf>

Mercado Común del Sur (MERCOSUR). Tratado para la Constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. Recuperado en fecha 9 de noviembre de 2018 de https://idatd.cepal.org/Normativas/MERCOSUR/Espanol/Tratado_de_Asuncion.pdf

Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) (1994). Recuperado en fecha 21 de junio de 2020 de https://idatd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Espanol/Tratado_de_Libre_Comercio_de_America_del_Norte-TLCAN.pdf

Informes

International Centre for Trade and Sustainable Development. (2017). Ingreso pleno de Bolivia al MERCOSUR está pendiente de la ratificación de Brasil. Recuperado 31 de octubre de 2018, de <https://www.ictsd.org/bridges-news/puentes/news/ingreso-pleno-de-bolivia-al-mercosur-est%C3%A1-pendiente-de-la-ratificaci%C3%B3n-de>