

UNIVERSIDAD CATÓLICA BOLIVIANA
“SAN PABLO”

Unidad Académica Regional La Paz
Carrera de Derecho

REVISTA Vol. 4 N°7

OCTUBRE 2020

LA PAZ - BOLIVIA

ISSN 2523-1510 (en línea) - ISSN 2521-8808 (impresa)

PRIMITIVO GUTIÉRREZ SÁNCHEZ

Naturaleza procesal y alcances del procedimiento arbitral nacional o doméstico
Procedural nature and scopes of the national or domestic arbitral procedure

HORACIO ANDALUZ VEGACENTENO

Arbitraje de los contratos administrativos: Un enfoque desde el Derecho Público
Arbitration of Administrative Contracts: An Approach from Public Law

FRANCISCO FERMIN ZENTENO SANTIVAÑEZ

La apertura de la legislación boliviana a la solución por arbitraje de conflictos que podrían ser calificados como delitos
The acceptance by Bolivian legislation of arbitration for dispute resolution that could be classified as crimes

MARÍA FERNANDA ROJAS SANGÜESA

Aplicación de la teoría de actos propios para la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias en Bolivia
Application of the stoppel for the extension of the arbitration agreement to non- signatory parties in Bolivia

DIEGO VILLARROEL

La sede del arbitraje
Arbitration seat

SCARLETT JAQUELINE LOAYZA ORELLANA

Arbitraje de emergencia: Aplicación de la Convención de Nueva York para ejecutar las decisiones sobre medidas cautelares
Emergency arbitration: Enforcement of the New York Convention to execute the decisions on precautionary measures

REVISTA DE
DERECHO
DE LA U.C.B.

U. C. B. LAW REVIEW

Revista de Derecho de la UCB

UCB Law Review

Revista Vol. 4 N° 7, octubre de 2020, La Paz – Bolivia
ISSN 2523-1510 (en línea) - ISSN 2521-8808 (impresa)

OSCAR OMAR APARICIO CÉSPEDES
Gran Canciller

MARCO ANTONIO FERNÁNDEZ CALDERÓN
Rector Nacional

MARCELO VERA BACARREZA
Vicerrector Académico Nacional

ANTONIO PASTOR JORDÁN JIMENO
Vicerrector Administrativo Financiero Nacional

SERGIO DELGADILLO URQUIDI
Secretario General Nacional

FLAVIO ESCÓBAR LLANOS
Rector de la Unidad Académica Regional La Paz

JAVIER MURILLO DE LA ROCHA
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

EMILIO BAREA MEDRANO
Director de la Carrera de Derecho – La Paz

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
BOLIVIANA
LA PAZ



Carrera de
Derecho

Revista de Derecho de la UCB
UCB Law Review
Revista Vol. 4 N°7

Depósito legal 4-3-80-17
ISSN 2523-1510 (en línea)
ISSN 2521-8808 (impresa)



Revista digital
lawreview.ucb.edu.bo

Dirección

Obrajes, Av. 14 de Septiembre, calle 2
No. 4807, bloque F
(+591) 2-2782222 interno 2837

La Paz – Bolivia
Octubre de 2020

Diagramación

LEONARDO D. VILLAFUERTE PHILIPPSBORN

Diseño de tapa

ADRIANA JIMÉNEZ OLMO

**Apoyo técnico Biblioteca Central UCB
en la revista digital**

ROGELIO CALLIZAYA

Impresión

Imprenta Digital de la U.C.B.

Editor invitado

 **GUEVARA & GUTIÉRREZ S.C.**
Servicios Legales

Encargado por el editor invitado
RODRIGO RIVERA ALDAZOSA

Edición general
RAQUEL MOLINA ARRAYA

Editor responsable

LEONARDO D. VILLAFUERTE PHILIPPSBORN
Docente investigador tiempo completo
Carrera de Derecho
Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
Lvillafuerte@ucb.edu.bo

Consejo editorial externo



ACADEMIA NACIONAL DE
CIENCIAS JURÍDICAS DE
BOLIVIA
Fundada el 21.12.1988
Personalidad jurídica
RS 207518 de 23.4.1990

Consejo editorial interno

JAVIER MURILLO DE LA ROCHA
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias
Políticas
Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
jmurillod@ucb.edu.bo

EMILIO BAREA MEDRANO
Director de la Carrera de Derecho
Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
ebarea@ucb.edu.bo

Lectores académicos nacionales

JOSÉ CARLOS BERNAL RIVERA
Investigador independiente
La Paz - Bolivia

LUIS ARMANDO CLAROS TERÁN
CIDES - Universidad Mayor de San Andrés
La Paz - Bolivia

PAOLA DORIS CORTÉS MARTINEZ
Abogada en el ejercicio libre de la profesión
La Paz - Bolivia

CARLOS FERREIRA VÁSQUEZ
Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
La Paz - Bolivia

RONALD MARTIN ALARCÓN
Investigador independiente
La Paz - Bolivia

PABLO BERNARDO MILLER PAZOS
Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
La Paz - Bolivia

RODRIGO RIVERA ALDAZOSA
Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
La Paz - Bolivia

MARCO ANTONIO SAAVEDRA MOGRO
Universidad Mayor de San Andrés
La Paz - Bolivia

FERNANDO ZAMBRANA SEA
Defensoría del Pueblo
La Paz - Bolivia

Lectores académicos internacionales

JOSÉ GABRIEL BARRAGÁN GARCÍA
Juez Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia
Ecuador

URSULA CRISTINA BASSET
Universidad Austral y Pontificia Universidad
Católica Argentina
Argentina

NATHALIA BAUTISTA PIZARRO
Universidad Externado de Colombia
Colombia

MÓNICA MARÍA BUSTAMANTE RÚA
Universidad de Medellín
Colombia

MANUEL BERMÚDEZ TAPIA
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Perú

FERNANDO CANTUARIAS
Universidad del Pacífico
Perú

LIGIA DE JESÚS CASTALDI
Ave Maria School of Law
Estados Unidos

JUAN CIANCIARDO
Universidad de Navarra
España

MARIO EUGENIO CHAUMET
Universidad Nacional de Rosario
Argentina

MARÍA LAURA FARFÁN BERTRÁN
Universidad Nacional de Cuyo
Argentina

ERIC FRANCO
Investigador independiente
Perú

DÉBORA GUERRA MORENO
Universidad Libre Seccional Cúcuta
Colombia

YUDITH LÓPEZ SORIA
Universidad Laica Vicente Rocafuerte de
Guayaquil
Ecuador

CARLOS ALBERTO MATHEUS LÓPEZ
Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

ELINA MEREMINSKAYA
Wagemann Abogados & Ingenieros
Chile

GIOVANNI PRIORI POSADA
Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

DÉBORA RANIERI DE CECHINI
Pontificia Universidad Católica Argentina
Argentina

KATHERINE ANDREA ROLONG ARIAS
Universidad de Medellín y Juez de Antioquía
Colombia

CLAUDIO JESÚS SANTAGATI
Pontificia Universidad Católica Argentina
Argentina

ALFONSO SANTIAGO
Universidad Austral
Argentina

GUILLERMO PEDRO BERNARDO TINTI
Universidad Católica de Córdoba
Argentina

FERNANDO ALFREDO UBIRÍA
Pontificia Universidad Católica Argentina
Argentina

ORIÓN VARGAS VÉLEZ
Universidad de Medellín y Universidad EAFIT
Colombia

ERIKA VALDIVIESO LÓPEZ
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
Perú

Contenido

Presentación

pp. 7-8

Investigaciones jurídicas científicas

PRIMITIVO GUTIÉRREZ SÁNCHEZ

Naturaleza procesal y alcances del procedimiento
arbitral nacional o doméstico

*Procedural nature and scopes of the national
or domestic arbitral procedure*

pp. 11-88

HORACIO ANDALUZ VEGACENTENO

Arbitraje de los contratos administrativos:

Un enfoque desde el Derecho Público

Arbitration of Administrative Contracts:

An Approach from Public Law

pp. 89-104

FRANCISCO FERMIN ZENTENO SANTIVAÑEZ

La apertura de la legislación boliviana a la solución por arbitraje de
conflictos que podrían ser calificados como delitos

*The acceptance by Bolivian legislation of arbitration for dispute
resolution that could be classified as crimes*

pp. 105-132

MARÍA FERNANDA ROJAS SANGÜESA

Aplicación de la teoría de actos propios para la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias en Bolivia

Application of the stoppel for the extension of the arbitration agreement to non- signatory parties in Bolivia

pp. 133-170

DIEGO VILLARROEL

La sede del arbitraje

Arbitration seat

pp. 171-190

SCARLETT JAQUELINE LOAYZA ORELLANA

Arbitraje de emergencia: Aplicación de la Convención de Nueva York para ejecutar las decisiones sobre medidas cautelares

Emergency arbitration: Enforcement of the New York Convention to execute the decisions on precautionary measures

pp. 191-226

Políticas editoriales y declaración de Ética

Editorial Policy and Statement of Ethics

pp. 229-244

Presentación

El arbitraje es una vía alternativa de solución de conflictos que, de acuerdo con el Tribunal Constitucional Plurinacional, en nuestro país tiene base constitucional en el postulado de pluralismo jurídico y en los principios de dignidad, armonía y cultura de la paz.

Sin embargo, la legislación nacional sobre la materia denota una marcada desconfianza del legislador en esta institución, pues la nueva Ley de Conciliación y Arbitraje; que, de acuerdo con sus promotores, se ha emitido con el fin de adecuar sus disposiciones a la nueva Constitución Política del Estado; es notablemente menos favorecedora del arbitraje que su predecesora.

En particular, la norma se aleja de la Ley Modelo de la CNUDMI Sobre Arbitraje Comercial Internacional incrementa las cuestiones que no pueden ser objeto de arbitraje, reduce a su mínima expresión las previsiones sobre arbitraje comercial internacional y determina la aplicación supletoria de las normas procesales civiles tanto al arbitraje como a la ejecución de laudos extranjeros, esto último en notable contradicción con las disposiciones de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencia Arbitrales Extranjeras, que establece obligaciones de derecho internacional para nuestro país.

En este contexto; y dentro de los esfuerzos de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” para promover el desarrollo académico en el área del Derecho, en armonía con los principios y valores de esta instrucción académica; se ha invitado al despacho de abogados Guevara & Gutiérrez S.C., uno de los más destacados en nuestro medio, a actuar como editor invitado del presente número de la Revista de Derecho de la UCB - *UCB Law Review*, y el resultado no podía ser más satisfactorio.

Este número contiene exclusivamente artículos de autores nacionales, incluyendo juristas ya consagrados junto a nóveles profesionales que realizan sus primeras armas en el mundo académico.

A la par de ello, los temas abordados son de gran interés y vigencia, en particular para nuestro medio, incluyendo tópicos como: la naturaleza jurídica del arbitraje en Bolivia y sus consecuencias con respecto a la impugnación de los laudos; la arbitrabilidad objetiva tanto de las disputas sobre contratos administrativos como de aquellas que podrían considerarse sometidas a la justicia penal; cuestiones fundamentales de arbitraje internacional cuales son el significado y la importancia de la sede del arbitraje, y la aplicación de la ya mencionada Convención de Nueva York a las previsiones de los árbitros de emergencia; así como la posibilidad, en nuestro medio, de convocar a arbitraje a partes no signatarias.

Luego de un escrupuloso proceso de determinación de los tópicos, invitación a los posibles autores, tanto de manera directa como de forma abierta, revisión y aprobación de los artículos acá presentados por destacados pares académicos nacionales e internacionales; y a más de seis meses de haber sido iniciado este proceso, tenemos el privilegio de presentar este número de la revista que, indudablemente, contribuirá al desarrollo del arbitraje en nuestro país y será un referente académico tanto para necesarias reformas de la legislación, como para la discusión y posterior desarrollo de los temas en él presentados.

Editor invitado

**Investigaciones jurídicas científicas
revisadas por pares académicos**

Peer-reviewed scientific legal research

Naturaleza procesal y alcances del procedimiento arbitral nacional o doméstico

*Procedural nature and scopes of the
national or domestic arbitral procedure*

PRIMITIVO GUTIÉRREZ SÁNCHEZ *

Recibido: 14 de julio de 2020

Aceptado: 4 de octubre de 2020

Resumen

La sinopsis histórica del país, con relación a la institución del arbitraje, invita a un sin número de inferencias, como ser: la evidencia de regulación inherente al arbitraje casi simultánea a la fundación, la incorporación del proceso arbitral al sistema jurisdiccional durante 165 años (1832-1997) y su escasa aplicación en las relaciones civiles y comerciales durante este tiempo. En la década de los 90s, bajo la égida de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial CNUDMI-1985, se promulga la Ley N° 1770 de Arbitraje y Conciliación-1997, que implica la sepa-

* Primitivo Gutiérrez Sánchez, Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Mayor de San Andrés-1978; Diplomado en Derecho Tributario -2000 y Master en Derecho Tributario ambos de la Universidad Andina Simón Bolívar-2010; árbitro del Centro de Conciliación y Arbitraje de CAINCO-Santa Cruz-2004, Presidente del Centro de Conciliación y Arbitraje del Colegio de Abogados de La Paz-2001; Juez de Provincia- 1979; Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal -2002; socio fundador del Estudio Jurídico: “Guevara & Gutiérrez S.C.”- Servicios Legales-1989. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7637-141X>

Contacto: pgutierrez@gg-lex.com

Revista de Derecho de la UCB – *UCB Law Review*, Vol. 4 N° 7, octubre 2020, pp. 11-88 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa). DOI: <https://doi.org/10.35319/lawreview.2020749>

ración del procedimiento civil. La actual Ley N° 708 de Conciliación y Arbitraje-2015 abroga la anterior y adecua la misma a la Constitución Política del Estado (CPE)-2009. No obstante, el procedimiento y la práctica arbitral nacional no concuerdan ni se ajustan a la naturaleza jurídica del arbitraje, ni a los principios immanentes de esencia arbitral y, menos, a la doctrina que la sustenta.

Palabras clave: Procedimiento arbitral / principios esenciales del arbitraje/ Medios Alternativos de Solución de Conflictos (MASC).

Abstract

The historical synopsis of the country, in relation to the arbitration institution, invites countless inferences, such as: the evidence of arbitration regulation almost simultaneously to the foundation, the incorporation of the arbitral process into the jurisdictional system for 165 years (1832-1997) and its scant application in the civil and commercial relationships during this period. In the 90s, under the aegis of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration-1985, Arbitration and Conciliation Law N°1770-1997 is promulgated in Bolivia, which implies the separation of the civil procedure. The current Conciliation and Arbitration Law N° 708-2015 abrogates the previous one and adapts it to the Bolivian Constitution-2009. However, the national arbitration procedure and practice, do not agree or conform to the legal nature of arbitration, nor the immanent principles of arbitration essence and, less so, the doctrine that supports it.

Keywords: Arbitral procedure / essential principles of arbitration/Alternative Dispute Resolution (ADR).

1. Normativa legal y procedimental a partir de la fundación del país

1.1. Código de Procederes Santa Cruz

En los albores de la fundación de Bolivia se promulga el Código de Procederes Santa Cruz (Ley de 14 de noviembre de 1832), en cuyo “*Capítulo IV: jueces árbitros*”, Arts. 45 al 62, se regula el juicio de árbitros y amigables compondores nombrados por decisión voluntaria de los ciudadanos, la legítima atribución de someter a ellos diferencias sobre derechos de libre disposición, la precisión del objeto del litigio, las personas elegidas y las facultades encomendadas, bajo sanción de nulidad; más aún, establecen el plazo del compromiso, la renuncia o no a la apelación –con multa o no– antes de ingresar a una contienda judicial o en una de sus fases en desarrollo; todo ello, plasmado necesariamente, en la escritura pública de compromiso.

No se sujetan al arbitraje las causas de hacienda, beneficencia, establecimiento público, divorcio y actos ministerio fiscal.

En la parte procesal: **a)** 90 días para laudar si las partes no fijan plazo; **b)** los árbitros sólo podrán ser removidos si existe consentimiento de las partes; **c)** no podrán excusarse si se inician operaciones, ni ser recusados sino por causa posterior al compromiso; **d)** actos para mejor decidir por todos los árbitros, salvo autorización a uno de ellos; **e)** sólo decisiones en la forma y sobre cosas facultadas, bajo nulidad de lo no facultado; **f)** decisiones separadas en caso de objetos diversos, salvo que el compromiso autorice fallo conjunto; **g)** presencia obligada de los árbitros para emitir y firmar el fallo. Lo que resuelven todos –o la mayoría– constituye sentencia arbitral. Si la minoría no firma, debe constar (la sentencia tiene el mismo efecto); **h)** en caso de fallo dividido, los árbitros eligen tercer árbitro para dirimir (si están autorizados, sino lo están o no concuerdan, las partes nombran); e, **i)** el tercer árbitro tiene un mes (ampliable o restringible, previsto en la escritura de nombramiento), desde su aceptación, para emitir fallo y conferenciar con los árbitros de fallo discordante, sino concurren, emite decisión solo.

1.2. Ley de 13 de noviembre de 1834

Aprueba y promulga el *Código Mercantil*, que incorpora normas para regulación de actividades comerciales; entre ellas, las referidas al Juicio Arbitral (Arts. 761º al 779º), disponiendo que: **a)** debe sujetarse en todo a lo que prescribe el Código de Procederes y ampliaciones del Código Mercantil; **b)** compromiso a suscribirse: i) por escritura pública; ii) documento privado (cuantos sean necesarios); iii) escrito o petición judicial; iv) convenio verbal ante el Juez de Paz; y, **c)** si no hay mayoría de votos para fallar, aún con el tercer árbitro, la Junta Mercantil dirime; si también surge discordia, se computan los votos individuales de los vocales con los árbitros, incluido el tercero, y el mayor número de votos hace fallo.

1.3. Ley de 20 de febrero de 1878

Promulga la “*Compilación de Leyes del Procedimiento Civil*”, sin que se deroguen o abroguen, ni realicen cambios en la redacción de las leyes que la componen; sin embargo, cambia la numeración de los artículos del 13º al 27º, concernientes al “juicio de árbitros” en la Ley de 1878, que corresponden a los artículos 45º al 62º del Código de Procederes de 1832.

1.4. Ley de Organización Judicial de 31 de diciembre de 1857

Contiene tres artículos inherentes a los jueces árbitros: **a)** denominación, que responde al nombramiento por voluntad de las partes y sólo pueden ser árbitros o amigables componedores; **b)** jueces árbitros pueden ser todos los ciudadanos, mayores de 21 años, que sepan leer y escribir; **c)** las diferencias en negocios civiles, o los de injuria que no produzcan acción criminal, pueden terminarse por este medio.

1.5. Ley de 28 de octubre de 1890

Modifica varios artículos de la Ley de 20 de febrero de 1978; entre ellos, el Art. 16º, sobre la restricción de someter a juicio de árbitros temas de hacienda, establecimientos públicos, divorcios y comunicaciones del ministerio público, excepto la existencia de un interés privado.

En los artículos 17º al 22º, introduce modificaciones al Código de Procederes de 1832, compilado en la Ley de 20 de febrero de 1878, cuyo resumen procedimental es: **a)** solicitud al juez para que fije puntos del arbitraje; **b)** plazo de 8 días para que las partes nombren árbitros, de no ser así, lo hace el juez; **c)** las proposiciones diversas se incluyen en el compromiso; y, **d)** los árbitros autorizados, o las partes, deben nombrar al tercer árbitro; si ninguno nombra, lo hará el juez.

1.6. Decreto Ley de 24 de mayo de 1939: Ley General del Trabajo, elevado a rango de Ley el 8 de diciembre de 1942

Incorpora, a través de los artículos 105º al 113º, los institutos “conciliación” y “arbitraje” de naturaleza y alcances laborales, vigentes y aplicables en la actualidad.

En resumen, dispone: **a)** no interrupción intempestiva del trabajo –por el empleador o los trabajadores– sin agotarse los medios de conciliación y arbitraje; **b)** el sindicato, debido a disidencias con el empleador, debe remitir su Pliego de Reclamaciones al Inspector de Trabajo, suscrito por la directiva o 50% de los trabajadores; **c)** recibido el Pliego: i) el Inspector debe notificar al empleador en 24 horas, ii) empleador y trabajadores nombran representantes para constituir la Junta de Conciliación; **d)** asesoramiento por abogados y peritos: ambas partes; **e)** Inspector preside: i) reunión en 72 horas, ii) no emite opinión ni voto, iii) reuniones hasta agotar avenimiento total o parcial; **f) tribunal arbitral:** i) fracasada conciliación, ii) constitución: Director General del Trabajo-Presidente, iii) 24 horas: notificación. Empleador y trabajadores nombran árbitros, iv) el Presidente nombra, si no hacen las partes, v) prohibido ser árbitros: trabajadores, personeros, abogados, representantes, Directores, Gerentes, administradores, socios; **g)** instalación tribunal: i)

48 horas de la notificación, ii) audiencia para avenimiento con las partes, iii) 7 días término de prueba, iv) laudo arbitral en 15 días, vencido el período de prueba; **h)** laudo por mayoría absoluta de votos; y, **i)** obliga a las partes: i) si convienen o aceptan o no, ii) cuando el conflicto no afecte a los servicios públicos de carácter imprescindible, iii) cuando el Ejecutivo lo determine por resolución especial.

1.7. Decreto Supremo N° 224 de 23 de agosto de 1943 - Reglamento de la Ley General del Trabajo de 1942

Contiene, en los artículos 149° al 158°, las normas inherentes a la conciliación y arbitraje: **a)** Pliego de Reclamaciones: Si el empleador rechaza todo –o parte– en los 10 días de recibido, ampliable; **b)** Junta de Conciliación: i) Inspector debe elaborar acta, ii) firman los asistentes, iii) contiene causas del conflicto y extracto de deliberaciones; **c)** tribunal arbitral recibe actuados; y, **d)** laudo arbitral: i) mayoría de votos, ii) obliga a las partes, iii) indica plazo ejecución (no inferior a seis meses).

1.8. Decreto Ley N° 12750 de 6 de agosto de 1975

Aprueba el *Código de Procedimiento Civil*¹, elevado a rango de Ley N° 1760 en fecha 28 de febrero de 1997, en cuyo “*Título V: de los procesos arbitrales*”, artículos 712° al 746°, se establecen las normas del “proceso arbitral de derecho” y “juicio de arbitradores o amigables componedores”.

Las previsiones relativas al *arbitraje de derecho*, se resumen así: **a)** puede someterse a decisión de árbitros, antes o después de intentado un proceso, y cualquiera fuere el estado de éste; **b)** el compromiso debe contener varios requisitos, bajo pena de nulidad; **c)** la demanda arbitral debe cumplir los requisitos del Art. 327 del C.P.C.; **d)** tribunal arbitral constituido por tres árbitros; **e)** árbitros compelidos a cumplir, bajo pena de daños y perjuicios; **f)** recusación de árbitros por las mismas causas que jueces

¹ Se mantuvieron sin modificación las normas procedimentales inherentes al proceso de árbitros y amigables componedores.

ordinarios; **g)** *procedimiento arbitral*: i) *árbitros eligen presidente, quien dirige y dicta las providencias de mero trámite*, ii) *recepción de pruebas delegada en uno de los árbitros*; **h)** *procedimiento*: *si no se hubiere fijado, los árbitros observarán el ordinario o sumario, en consideración de la naturaleza e importancia de la causa*; **i)** *sentencia*: sobre todas las pretensiones sometidas a su decisión y en el plazo fijado por el compromiso, más las prórrogas convenidas; **j)** es válido el fallo firmado por la mayoría; **k)** *apelación*: i) al mismo tribunal, dentro de cinco días perentorios, mediante escrito fundado, ii) *denegado*: recurso de compulsión, iii) *apelación fundada en falta esencial del procedimiento*; **l)** *competencia*: Corte de Distrito y Corte Suprema de Justicia; y, **m)** *ejecución-sentencia*: corresponde al juez de constitución del tribunal.

1.9. Decreto Ley N° 14379 de 25 de febrero de 1977 - Código de Comercio

En el Libro Cuarto, “*procedimientos especiales, Título I: del peritaje y arbitraje, Capítulo II: arbitraje*”, artículos 1.478° al 1486°, regula el arbitraje comercial, e indica: **a)** se someten a la decisión de árbitros las controversias en las que la ley permite transigir; **b)** *procedimiento*: i) cada parte designa su árbitro, ii) *reunión en 10 días*: árbitros nombran tercer árbitro, quien dirime y tiene 20 días para emitir fallo; **c)** *facultad de las partes*: audiencia para fijar puntos de diferencias; **d)** *rechazo nombramiento*: i) 8 días desde su notificación, ii) *igual en caso de renuncia, incapacidad o fallecimiento*; y, **e)** se aplican las normas del arbitraje del Código de Procedimiento Civil en todo lo no previsto.

1.10. Ley de Arbitraje y Conciliación N° 1770 de 10 de marzo de 1997

La Ley de Arbitraje y Conciliación N° 1770 de 10 de marzo de 1997 (“Ley N° 1770”), constituye la respuesta de nuestro país a la comunicación de la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional-CNUDMI (en inglés “UNCITRAL”), que aspira a una armonización de las leyes arbitrales internas de los países miembros, tan dispersas y dispares. De allí que, alienta a los Estados a la incorporación en su derecho interno de la Ley Modelo de

Arbitraje Comercial, elaborado por mencionada Comisión y aprobada por la ONU en fecha 21 de junio de 1985.

Bajo estos parámetros, se aprueba Ley N° 1770, inherente a los medios alternativos de solución de conflictos (“MASC”) fuera de la jurisdicción y competencia del sistema judicial.

Dicha ley, establece: **a)** la normativa jurídica del arbitraje y la conciliación, fundada en la voluntad de los sujetos jurídicos de no someter sus litigios a los tribunales ordinarios e, inclusive, durante su tramitación judicial; **b)** *principios: libertad* (potestad de las personas), *flexibilidad* (actuaciones informales, adaptables y simples), *privacidad* (mantener reserva y confidencialidad), *idoneidad* (capacidad de ser árbitro o conciliador), *celeridad* (procedimiento continuo), *igualdad* (dar a cada parte la misma oportunidad para hacer valer su derecho), *audiencia* (oralidad del procedimiento), *contradicción* (confrontación de criterios jurídicos); **c)** *facultad de convenir el procedimiento al que deberá someterse el Tribunal Arbitral o las reglas de la institución administradora* o, el Tribunal, *desarrolla el procedimiento que considere más apropiado*, incluye la facultad de determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas; **d)** 10 días para contestar la demanda; **e)** rebeldía: si la parte no contesta, laudar con la prueba presentada por el demandante; **f)** pruebas: i) plazo máximo de 30 días; **g)** laudo: i) escrito, ii) motivado; **h)** plazo para laudar: i) 180 días desde la aceptación de los árbitros o la última sustitución, ii) notificación a las partes; **i)** complementación, aclaración y enmienda: 3 días; **j)** sentencia con calidad de cosa juzgada; **k)** recurso de anulación; **l)** interposición: i) plazo de 10 días, respuesta en el mismo tiempo, ii) envío al juez de partido en lo civil del Distrito Judicial en 24 horas; **m)** si el rechazo es indebido, procede compulsar ante el juez de partido de turno en lo civil; y, **n)** trámite del recurso: i) resolución en el plazo de treinta días, ii) término probatorio de ocho días, iii) la resolución no admite recurso alguno.

1.11. Ley de Conciliación y Arbitraje N° 708 de 25 de junio de 2015

La Ley de Conciliación y Arbitraje N° 708 de 25 de junio de 2015 (“Ley N° 708”), fue promulgada, principalmente, debido a: **a)** la necesaria adecuación a la nueva Constitución Política del Estado, vigente desde el 7 de febrero del 2009; **b)** la incorporación de institutos noveles y modificaciones parciales; y, **c)** la abrogación de la Ley N° 1770.

El arbitraje en derecho se regula en los artículos 86° al 119°, de la siguiente forma: **a)** Son 4 etapas: i) *inicial*: desde la comunicación a la otra parte hasta la aceptación del último árbitro o la sustitución, ii) *de méritos*: desde la constitución del tribunal hasta el cierre de las actuaciones procesales. Dura máximo 270 días, ampliable a 365, iii) *de emisión del laudo*: desde el cierre de las actuaciones hasta la notificación con el laudo. Dura 30 días calendario, prorrogables, iv) *recursiva*: desde la notificación con el laudo hasta que adquiere calidad de cosa juzgada; **b)** solicitud de arbitraje; **c)** designación de uno o varios árbitros; **d)** presentación de la demanda y contestación-reconvencción. Excepciones dentro de 30 días calendario; **e)** notificaciones: incorpora variaciones; **f)** medios de prueba: i) cada parte asume la carga de la prueba y el tribunal decide su admisión, pertinencia e importancia, ii) plazo para producir prueba: 30 días desde la demanda y/o reconvencción; **g)** laudo arbitral: i) debe cumplir 8 requisitos, ii) se emite en 30 días calendario, iii) enmienda-complementación: 3 días; **h)** ejecutoria y efectos: i) calidad de cosa juzgada, obligatoria e inexcusable, ii) cese de funciones del tribunal; **i)** recurso de nulidad: i) tres causales, ii) remisión al tribunal judicial; **j)** trámite del recurso: i) prueba: 8 días, ii) resolución: 30 días, iii) sin recurso ulterior; y, **k)** ejecución forzosa: i) ante la autoridad judicial, ii) documentos: contrato, laudo y notificaciones, iii) trámite: 5 días traslado, cumplimiento o recurso de nulidad, sin lugar a impugnación ni recurso alguno, y ejecución coactiva por sumas de dinero.

Cabe anotarse que, las reglas y el procedimiento arbitral propiamente dicho, no se adecuan a las corrientes doctrinales del momento, tampoco a los principios que enarbolan los MASC, ni a las normas procedimentales de aplicación supletoria.

2. La delegación de la administración de justicia –excepcional– a favor de los árbitros, para la resolución del caso concreto

Para los cultores de los MASC y de las entidades que los administran, el tema de la naturaleza jurídica del arbitraje implica la adscripción a una de las corrientes teóricas en el concierto internacional.

2.1 Naturaleza jurídica del arbitraje

En la actualidad, subsiste la discrepancia doctrinal sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. En la línea de investigación de García Ascencios (2012, págs. 2-31), perviven cuatro teorías:

Contractual

Por cuanto, el acuerdo de las partes para acudir a la vía arbitral es considerado un contrato, que recibe la denominación de convenio arbitral. Otros propulsores de esta teoría añaden, también, la existencia contractual entre las partes y los árbitros (Guasp, 1956, pág. 20, y Cremades Sanz-Pastor, 2003, pág. 49, citados en García Ascencios, 2012).

García, cita los Arts. 1351° y 1402° del Código Civil-Perú sobre la acepción del contrato: “*acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial*”, bajo cuyas previsiones manifiesta que, si bien hay un acuerdo entre partes para acudir a la vía arbitral con el objeto de resolver la controversia, no existe ninguna obligación de dar, hacer o no hacer y, las partes pueden no suscribir un acuerdo o compromiso, pero aceptar acudir a la solución arbitral mediante actos no previstos en un contrato.

Jurisdiccional

El árbitro cumple la labor del juez, por delegación del Estado, para administrar justicia en el caso concreto, y el laudo que emite tiene calidad de sentencia judicial con valor de cosa juzgada (Gaillard, 2010, pág.

69; Redfern, Hunter, Blackaby, & Partasides, 2019, pág. 69 y Serra Dominguez, 1969, pág. 582, citados en García Ascencios, 2012).

García afirma que, el ordenamiento jurídico del Perú se adhiere a la posición, debido a la inclusión constitucional en el inciso 1 del artículo 139º: “...*(sic.) ... No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral*” y, el Tribunal Constitucional del Perú, en el proceso N° 6167-PHC/TC-caso: Cantuarias Salaverry, reconoce la jurisdiccional arbitral en calidad excepcional.

En el caso de Bolivia, el numeral 24, párrafo II del Art. 298º de la Constitución, consagra que la administración de justicia constituye una competencia *exclusiva* del Nivel Central del Estado; no obstante, en el numeral 2, párrafo I y párrafo II del Art. 297º, se garantiza la delegación de dicha competencia mediante ley. De allí que, el Art. 2º de la Ley N° 708, consolida la delegación de la administración de justicia – en casos concretos– a favor de los árbitros y conciliadores.

Al respecto, la Sentencia Constitucional Plurinacional 2472/2012 indica que el arbitraje encuentra respaldo en la dogmática constitucional de la Norma Fundamental, particularmente en el postulado de pluralismo jurídico en que se basa el Estado boliviano, siendo una expresión de la jurisdicción formal por ser consagrada como vía jurisdiccional delegada por el Órgano Judicial.

García Ascencios, recalca el debido respeto a los sostenedores de la postura jurisdiccional excepcional sobre la naturaleza del arbitraje; no obstante, considera que: **a)** la jurisdicción, además de ser autónoma e independiente, es única, exclusiva y sólo la ejerce el Estado a través del Poder Judicial; **b)** el juez ejerce los poderes de: i) *notio* (facultad de conocer una controversia), ii) *vocatio* (convocar a las partes al proceso judicial), iii) *iudicio* (decidir la controversia), iv) *coertio* (hacer cumplir forzosamente la decisión), v) *executio* (poder de ejecutar coactivamente y con la fuerza pública los fallos emitidos). Las tres primeras atribuciones también las desarrollan los árbitros, y no así la *coertio* ni la *executio*; y, **c)** la

finalidad de la jurisdicción es distinta a la del arbitraje, que es resolver la controversia de las partes (García Ascencios, 2012).

Ecléctica o mixta

Busca unificar las dos anteriores, de manera que el origen constituye un contrato fundado en la libertad de las personas y la facultad excepcional de decisión de los árbitros, mediante el laudo con calidad de cosa juzgada; con la excepción de la ejecución del laudo mediante auxilio judicial. Se trata de una jurisdicción instituida por medio de un convenio particular y cuya resolución causa cosa juzgada formal o material (Caivano, 2008, pág. 98, y Munné Catarina, 2004, citados en García Ascencios, 2012).

Negocial-procesal

Esta postura reconoce la *autonomía* del arbitraje, pero que no implica que su naturaleza sea puramente contractual (García Ascencios, 2012). El convenio arbitral es el resultado de la autonomía privada de las personas que deciden ir –o no– a un proceso arbitral, de modo que constituye un *negocio jurídico* y no un contrato; por ende, el arbitraje sólo se justifica en la autonomía negocial de quienes lo suscriben. Lo que importa para esta tesis es que, el acto que da nacimiento al arbitraje, es un negocio jurídico impropio, que busca la resolución del conflicto (Lorca Navarrete, 2008, citado en García Ascencios, 2012).

García Ascencios, se adscribe a la teoría y considera que, como producto de la autonomía privada –principio rector de la libertad que tienen los seres humanos para regular sus propios intereses, a través del respaldo y garantía constitucional– las partes celebran un *acto jurídico impropio*, por el cual acuerdan resolver sus controversias en un *proceso* arbitral –que goce de las garantías fundamentales– de allí que, la naturaleza del arbitraje es: acto-procesal (García Ascencios, 2012).

Lorca Navarrete, comenta la ponencia de Santos Vijande denominada “*El error del árbitro*”, referente a la Sentencia del Tribunal Superior de

Justicia de Madrid de 8 de enero del 2020, que postula el “*equivalente jurisdiccional*”, y afirma que, en la Sentencia Constitucional 1/2018 de 11 de enero del 2018, el Tribunal Constitucional español ratifica, categóricamente, el alcance de “*equivalente jurisdiccional*” de la decisión arbitral, lo que supone desconocer que el convenio arbitral es un “*negocio jurídico impropio*” cuya “impropiedad” se sustenta en la finalidad procesal que persigue que es lo que, precisamente, permite a quien lo negocia y suscribe, la resolución procesal de la controversia. Por tanto, el ámbito negocial que justifica el convenio arbitral, se halla condicionado por su desarrollo procesal “*debido y sustantivo*” a través de su tecnificación procedimental, a seguir en la sustanciación de las actuaciones arbitrales, pues, a pesar del evidente encaje negocial de los elementos del convenio arbitral, éste no participa completamente de los caracteres propios del ámbito negocial contractualista. Pero, tampoco es posible pensar que, a partir del convenio arbitral, se despliega una actividad jurisdiccional, ni aun de forma ecléctica o equivalente. Lo que importa es la actividad negocial de resolución procesal “*sustantiva y debida*” del árbitro a través de las diversas actuaciones arbitrales y de sus atípicas soluciones procedimentales. Esa actividad justifica la suscripción y negociación del convenio arbitral, en orden a su procedibilidad procesal (Lorca Navarrete, 2020).

La presente investigación, con referencia a la naturaleza jurídica del arbitraje, también postula la teoría del “negocio jurídico”; pero con la connotación de que, en el ámbito nacional, implica un *acto jurídico procesal*, con el aditamento particular, sujeto a la garantía prevista en la Constitución y la Ley N° 708, inherente a la delegación de la atribución jurisdiccional exclusiva del Estado –de manera excepcional– a favor de los árbitros para emitir laudos –en similitud a una sentencia judicial– y con calidad de cosa juzgada material.

2.2. La administración de justicia delegada y excepcional en nuestro país

En relación a nuestro país, la separación del arbitraje del ámbito de la administración de justicia propiamente dicha, resulta efectiva al

promulgarse la Ley N° 1770, bajo égida de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial de 1985. Antes de ello, los árbitros y amigables componedores, asumían calidad de jueces jurisdiccionales y sus decisiones arbitrales constituían sentencias, susceptibles de las impugnaciones previstas en el sistema procedimental.

El Código de Procederes Santa Cruz, en los artículos 45° al 62°, incorpora a los árbitros o amigables componedores en el sistema de administración de justicia; cuyas sentencias son susceptibles de apelación, recurso de nulidad y supeditadas al contenido de la escritura pública de compromiso, bajo responsabilidad más daños y perjuicios.

El Código Mercantil, en los artículos 761° al 779°, establece normas ampliatorias y de precisión inherentes al juicio arbitral; sin embargo, de forma precisa, dispone que éste debe dar cumplimiento a todo lo normado por el Código de Procederes; consiguientemente, para el caso de las controversias mercantiles, los árbitros también administran justicia y sus decisiones son susceptibles de los recursos previstos, tanto en el Código de Procederes, como en el referido Código Mercantil.

Merecen mención especial, la Ley General del Trabajo de 1942 y su Reglamento de 1943, primordialmente, y para aquel entonces, implican la separación o independencia –en la parte sustantiva y adjetiva– de las normas de regulación civil, e ingresan en la esfera del derecho administrativo.

En cuanto a la incorporación de los institutos de la conciliación y arbitraje en las controversias de orden laboral, entre empleadores y trabajadores: **a)** Plazo para conciliar de 72 horas hasta agotar el avenimiento en la Junta de Conciliación; **b)** 24 horas para conformar el tribunal arbitral; **c)** instalación del tribunal dentro de las 48 horas, con la asistencia de partes y la opción de avenimiento; **d)** término de prueba: 7 días; **e)** 15 días para laudar; **f)** laudo arbitral obligatorio; y, **g)** verdadera sentencia con calidad de cosa juzgada, únicamente revisable a través de una acción de naturaleza constitucional a raíz de la vulneración de

garantías constitucionales específicas, como determina la línea jurisprudencial constitucional existente.²

El Código de Procedimiento Civil de 1975, sujeto al contenido del compromiso suscrito entre las partes, faculta el sometimiento de la controversia –o sobre puntos precisos– al proceso arbitral, sea de derecho o de arbitradores o amigables componedores. Se instala el tribunal arbitral y el desarrollo se sujeta al procedimiento previsto en el compromiso, al que determine el tribunal arbitral o al inherente al proceso ordinario. La sentencia arbitral queda sujeta al recurso de apelación y de nulidad, tanto ante el Tribunal de Segunda Instancia como el Tribunal Supremo de Justicia. En cuanto a la ejecución de la sentencia arbitral, concierne al juez interviniente en la constitución del tribunal.

El Código de Comercio de 1977, establece un procedimiento algo diferente del previsto en el Código de Procedimiento Civil de 1975, aunque claramente determina la aplicación supletoria del aludido código en lo no previsto. Los árbitros, de forma separada, emiten sus dictámenes (cada uno en un plazo de 30 días) y el tercer árbitro (en el caso de que resulten discordantes) en el plazo de 20 días desde la última notificación con los dictámenes de los árbitros; la decisión del tribunal inicial –o del tercer árbitro– tiene calidad de sentencia ejecutoriada; sin embargo, se halla sujeta a los recursos previstos por el Código de Procedimiento Civil.

Posteriormente, con la Ley N° 1770, se produce la clara separación de los MASC del sistema propiamente jurisdiccional, definitivamente.

² El gobierno de facto de Hugo Banzer Suárez emitió el Decreto Ley N°14526 de 26 de abril de 1977 que aprobó la Ley de Procedimiento del Trabajo; sin embargo, no entró en vigor. El gobierno de facto de David Padilla Arancibia, derogó (en realidad abrogó) el Decreto Ley N° 14526 y emitió el Decreto Ley N° 16896 de 25 de julio de 1979 que aprobó el Código Procesal del Trabajo (en vigencia actual con derogaciones parciales), cuyo Art. 218° dispone: “Art. 218°.-En virtud a que los Tribunales Arbitrales en los conflictos colectivos son de naturaleza transitoria, los laudos arbitrales por comportar verdaderas sentencias, a tenor del artículo 157 del Reglamento de la Ley General del Trabajo, serán ejecutados por la Judicatura Laboral, en los mismos términos que una sentencia social ejecutoriada y de conformidad al presente Capítulo”.

Actualmente, bajo la garantía constitucional y la prerrogativa que postula la Ley N° 708, el Estado delega a favor de los árbitros la función de administrar justicia para el caso concreto, sujeto al acuerdo arbitral y a la renuncia al sistema judicial, cuyo laudo arbitral es equiparable a la sentencia judicial, con calidad de cosa juzgada.

En consecuencia, las personas formadas en derecho que aceptan officiar de árbitros y conciliadores en una determinada controversia, asumen la representación del Estado para administrar justicia en el caso específico –entre personas naturales o jurídicas– sin tener propiamente la calidad de juez jurisdiccional y cuya decisión no conlleva las características elementales de una sentencia judicial; sin embargo, resuelve la controversia fundada en la voluntad y libertad de decisión de renunciar a la justicia ordinaria y acudir al arbitraje. De no mediar la acción de anulación o, sin que la decisión judicial anule el laudo, éste adquiere ejecutoria, calidad de cosa juzgada y causa estado.

2.3. Legislación comparada

Ley de Arbitraje de España N° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003.

La actual Ley de Arbitraje española que, por cierto, denota una apropiación y adecuación prevista en la Ley Modelo UNCITRAL de 1985, advierte, en el artículo 43°, que el Laudo produce efectos de cosa juzgada y contra el mismo sólo procede la acción de anulación y, en su caso, el recurso de revisión de las sentencias firmes. Lo que conlleva a la afirmación de que, los árbitros, en estricta sujeción a la libertad y decisión de las personas en controversia, administran justicia por delegación del Estado.

Ley de Arbitraje Nacional e Internacional N° 1653/2012 de 11 de octubre del 2012 de la República de Colombia

De igual forma, recoge los lineamientos esenciales de la Ley Modelo UNCITRAL de 1985, en cuyo párrafo segundo del Art. 1°, otorga

calidad de sentencia al laudo y, en el Art.36º, calidad de cosa juzgada aún para aquellos que no suscribieron el pacto arbitral, pero están vinculadas al proceso; de manera que tienen la posibilidad de adherirse. De hacerlo, el laudo les obliga en cuanto a la decisión contenida en el mismo.

Ley N° 7727 sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social de 9 de diciembre de 1997 de Costa Rica

El contenido de esta ley denota la línea de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial UNCITRAL de 1985 y, en su artículo 58º, establece que, el laudo –escrito– tiene naturaleza definitiva, vinculante para las partes, motivado, inapelable y produce efectos de cosa juzgada material, salvo recurso de nulidad y de revisión.

Decreto Legislativo N° 1071 de fecha 1º de agosto de 2008 que aprueba la Ley de Arbitraje de Perú

Al igual que la normativa de los países aludidos, la ley aplica y adecua las previsiones de la Ley Modelo UNCITRAL de 1985. En los numerales 1 y 2 del Artículo 59º –inherente a los efectos del laudo– advierte que, es definitivo, inapelable, de cumplimiento obligatorio, produce efectos de cosa juzgada y, ante la dificultad de su cumplimiento, la parte respectiva puede pedir a la autoridad judicial competente su ejecución. Además indica, como única vía de impugnación, el recurso de anulación ante la Corte Superior y, en caso de anulación del laudo, la opción del recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Las normas que regulan el arbitraje comercial de los países citados, indudablemente, otorgan al laudo arbitral la calidad de definitivo, inapelable, de cumplimiento imperativo, con calidad de cosa juzgada y que causa estado, salvo el recurso de anulación; es más, en alguna de las legislaciones, el pronunciamiento llega al Tribunal Supremo, lo que consolida la afirmación de que los árbitros –en sujeción a la libertad y decisión de las partes en conflicto–, administran justicia excepcional, en cuanto a la controversia específica, por delegación del Estado.

2.4. Doctrina sobre el particular

Sobre el efecto de cosa juzgada del laudo arbitral en el ámbito inclusive internacional, la doctrina concuerda con las previsiones normativas.

Redfern Alan, Hunter Martin, Blackaby Nigel y Partasides Constantine, afirman que, el efecto de cosa juzgada, se proyecta en tres dimensiones: i) controversias existentes entre las partes; ii) futuras controversias que puedan suscitarse entre ellas; y, iii) respecto de terceros. Con referencia a la primera dimensión puntualizan que, si una de las partes inicia acción judicial contra la otra en relación con el objeto del arbitraje, basándose en la misma pretensión, el tribunal judicial debe desestimar la acción debido a que las cuestiones controvertidas ya han sido resueltas con efecto de cosa juzgada (Redfern, Hunter, Blackaby, & Partasides, 2019, pág. 538).

En esta línea, Esteban Carbonell O'Brien (2016, págs. 455-457), examina y comenta la Ley de Arbitraje Peruana y, particularmente, en cuanto a los medios de ejecución de los laudos, reconoce la calidad de cosa juzgada del laudo arbitral.

De su parte, Mantilla Espinoza puntualiza que, tanto el juez como el árbitro administran justicia, pero esta función la ejercen en forma distinta, cuya diferencia estriba en dos aspectos: i) *objeto*: el juez tiene facultades más amplias, tales como imponer multas y sanciones, decidir en procesos voluntarios y sobre derechos de no libre disposición; en tanto que, el árbitro, tiene la función arbitral y de conciliador, con posibles multas limitadas a la controversia concreta; ii) *estructura*: en el caso del juez, es parte de un “*órgano de la rama judicial*”, que implica una estructura organizada y jerárquica en la función pública de administrar justicia de forma principal y permanente; en tanto que, el árbitro, si bien cumple la concepción funcional, es de forma transitoria y aplica multas y eventuales inhabilidades al caso específico; sin embargo, no forma parte de la estructura del órgano

judicial ni es servidor público. No obstante, cumple una función pública como resultado de la celebración del contrato privado y la facultad prevista constitucionalmente (Mantilla Espinosa, *El árbitro, las partes y el centro de arbitraje*, 2017).

Por otro lado, Germán Chuquimia, en cuanto concierne a la naturaleza jurídica del arbitraje en nuestro país, afirma que es un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la justicia ordinaria, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada y, por ende, el laudo tiene el rango de cosa juzgada y sus efectos son vinculantes y de obligado cumplimiento para las partes (Chuquimia Choquehuanca, 2019, págs. 52-53).

3. A guisa de una primera conclusión

En paralelo a la independencia de nuestro país, los MASC –bajo distintas denominaciones–, están incluidos en el Sistema Judicial. De allí que, los árbitros asumen la calidad de jueces, por cuanto sus decisiones son impugnables mediante los recursos de apelación y de nulidad.

En la década de los 90s, se plasma una separación del ámbito propiamente judicial, con excepción de la conciliación y arbitraje *laboral*, cuya vigencia y aplicación subsiste al presente, bajo el paraguas administrativo.

Bajo la garantía constitucional y la prerrogativa que postula la actual Ley N° 708, el Estado delega a favor de los árbitros la función de administrar justicia para el caso concreto, sujeto al convenio o acuerdo arbitral y a la renuncia al sistema judicial, cuya decisión (laudo arbitral), es equiparable a la sentencia judicial, con calidad de cosa juzgada; a la par de la legislación comparada y la doctrina que la sustenta.

4. Aplicación de los principios de los MASC en el arbitraje

4.1. Principios incorporados en la normativa nacional o doméstica

Particularmente, en el arbitraje de nuestro país, resulta inusual la incorporación de principios a la normativa arbitral, al menos en el período inicial y hasta la década de los 70s; sin embargo, las normas procedimentales permiten inferir la inclusión tácita de los principios elementales.

Curiosamente, la Ley Modelo UNCITRAL de 1985, tampoco incluye una sección, capítulo o artículos precisos, en cuanto a los principios elementales del arbitraje comercial internacional; de allí que, a través de la enmienda del 2006 a la Ley Modelo, se incorpora el artículo 2-A, en cuyo numeral 2), advierte: “Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Ley que no están expresamente resueltas en ella, se dirimirán de conformidad con los *principios generales* en que se basa la presente Ley”. No obstante, la no precisión explícita y escrita de los aludidos principios generales, se extrapolan tales institutos del contenido de sus artículos; tales como: la libertad contractual de someter la controversia a la decisión de árbitros (Art. 7º, 2006), la oralidad (Art. 24º, 1985), la renuncia a la vía judicial, entre otros.

A partir de la Ley N° 1770, se postulan ocho principios: *libertad, flexibilidad, privacidad, idoneidad, celeridad, igualdad, audiencia y contradicción*; en tanto que, la Ley N° 708 postula trece principios, de allí que, los nuevos o complementarios, resultan: i) *buena fe* (honestidad y lealtad para poner fin a la controversia), ii) *cultura de la paz* (contribución a vivir bien), iii) *economía* (evitar trámites o diligencias innecesarias, sin vulnerar garantías jurisdiccionales), iv) *finalidad* (se subordina la validez de los actos procesales en aras de la solución de la controversia y no solo a la simple observancia de normas y requisitos), v) *imparcialidad* (no mantener relación personal, profesional o comercial ni interés alguno), vi) *independencia* (libertad y autonomía del árbitro en sus funciones), vii) *legalidad*

(actuar con arreglo a las normas jurídicas), viii) *voluntariedad* (libertad y mutuo acuerdo para acudir a los MASC).

4.2. La doctrina y los principios arbitrales

En cuanto concierne a la doctrina que preconiza los MASC, las apreciaciones profundizan en los principios de independencia e imparcialidad. De forma complementaria, los referidos a la legalidad, idoneidad e igualdad, básicamente.

Barba R. señala, como principios y derechos de la función jurisdiccional, la *independencia e imparcialidad* que, en el caso de los árbitros, pueden derivar en un conflicto de intereses. Afirma que, el principio de independencia judicial –en su forma *externa*– refiere a que la decisión judicial no puede sujetarse a ningún interés que provenga de fuera de la organización judicial –influencia política o sujeción jerárquica– y, –en su forma *interna*– la no sumisión a la voluntad de otros órganos judiciales o administrativos. Además, al analizar casos jurisprudenciales, puntualiza que, la garantía de independencia alerta al juez sobre la influencia *externa* al proceso, y la imparcialidad se vincula con las exigencias o influencias de naturaleza *interna* de las partes al juez y/o al objeto del proceso mismo; es más, bajo dicha óptica, resulta: i) *objetiva*: si la influencia negativa proviene de la estructura del sistema y resta imparcialidad; o: ii) *subjetiva*: si el juez responde a cualquier tipo de compromiso con las partes procesales o el resultado del proceso. En el campo arbitral, la imparcialidad implica la condición connatural al árbitro para no adoptar una posición, favorable o perjudicial, con respecto de ninguna de las partes, hasta que el caso se exponga y decida en su totalidad; lo opuesto, implica un “*conflicto de interés*” (Barba R., 2016), entendido como: “una serie de circunstancias que crean un riesgo de que las acciones o decisiones profesionales con respecto a un interés primario se vean indebidamente comprometidos por un interés secundario” (Thompson, 1993, pág. 1).

En el arbitraje, el conflicto de interés refiere a temas de independencia, imparcialidad y deber de revelación del árbitro, no existencia de

identidad entre una parte y el árbitro (que lleven a dudas justificadas) y/o que el árbitro tenga un interés económico directo o derivado (que afecte al resultado del arbitraje) (Barba R., 2016, págs. 76-94).

Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby y Constantine Partasides, afirman que el árbitro sea en todo momento independiente e imparcial, constituye un principio fundamental. Sin embargo, no es una novedad que algunos árbitros son designados para representar los intereses de las partes; no obstante, los árbitros deben mantener su independencia e imparcialidad. Manifiestan también que, en la actualidad, los vocablos independencia e imparcialidad son caras de una misma moneda y, en cuanto a la independencia, importa un aspecto más objetivo, vinculado a la relación entre los árbitros y las partes (sea de índole financiera u otra naturaleza); y, la imparcialidad, concierne al ámbito subjetivo, es decir, inherente a la predisposición mental (Redfern, Hunter, Blackaby, & Partasides, 2019, págs. 302-305).

De su parte, Carbonell, hace énfasis en el principio de “no intervención”, que abarca todo el sistema arbitral y delimita la relación directa entre juez y árbitro, de donde emerge la fuerza, importancia, certeza y claridad de este principio (Carbonell O’Brien, 2016, págs. 70-72).

García A., manifiesta como principios sustanciales del arbitraje y del convenio arbitral: i) competencia de la competencia, ii) separabilidad del convenio, y iii) única instancia. Con relación al primero, puntualiza que, los árbitros, son los únicos legitimados para decidir si en verdad existe o no convenio arbitral que refleja la voluntad de las partes de acudir a un proceso arbitral, o si el mismo contiene elementos –o no– que lo invaliden, hagan anulable, nulo, ineficaz o caduco. No obstante, el recurso de anulación permite no dejar en indefensión a la parte que considere que no existe competencia de los árbitros. En cuanto al *principio de única instancia*, ampara su trabajo tanto en la Ley Modelo UNCITRAL, el Decreto Legislativo N° 1071 y la sentencia

constitucional N° 01755-2007-PA/TC, que reconocen al proceso arbitral en una única instancia y no susceptible de impugnación. A su vez, manifiesta como un real problema, la utilización del recurso de anulación y el proceso constitucional de amparo, por la parte no beneficiada con la decisión final (García Ascencios, 2012, págs. 37-45).

Por su lado, Pejnovic y Delgado, señalan que el arbitraje suele estar expuesto a factores externos que muchas veces lo ponen en riesgo, de allí la creación de principios, tales como: i) inevitabilidad del arbitraje; ii) autonomía de la voluntad; iii) presunción de validez del convenio arbitral; iv) separabilidad del convenio arbitral; v) *competence-competence*; y, vi) validación. Este último determina, a partir de principio de inevitabilidad del arbitraje, que –a falta de pacto de las partes– es la ley del lugar del arbitraje la que se debe aplicar en relación a la validez sustantiva del acuerdo arbitral, cuya aplicación parte de dos presupuestos fundamentales: **a)** el objetivo de las partes es siempre firmar un acuerdo válido y ejecutable; y, **b)** no tiene sentido asumir que las partes pretenden elegir una ley que invalide su acuerdo. Afirman que, este principio, aún no es de uso extendido en la jurisprudencia arbitral y judicial, como ocurre en la doctrina; sin embargo, claramente le otorga una protección a la voluntad de las partes que no ha sido cubierta por otras reglas (Pejnovic & Delgado , 2016, págs. 59-67).

4.3. Responsables de la aplicación de los principios arbitrales

La acepción general del vocablo “*principios*” implica reglas universales que orientan el comportamiento humano, o en base a los cuales los individuos deben regir sus actos.

De forma complementaria, y necesaria a los principios arbitrales expuestos, resulta menester ingresar en la revisión que concierne a las personas vinculadas al arbitraje: las partes suscribientes del acuerdo o convenio arbitral, los asesores o patrocinadores, el árbitro único o colegiado, la autoridad jurisdiccional y el centro o institución de

administración del arbitraje, en calidad de responsables del cumplimiento y aplicación de los principios revisados.

Partes suscribientes de la cláusula o acuerdo arbitral

Personas físicas que asumen la calidad de partes en una relación contractual (en la que se incorpora una cláusula arbitral) o que, de forma separada, suscriben un convenio arbitral.

La Ley Modelo UNCITRAL de 1985, actualizada en 2006, no proporciona una definición del vocablo “*partes*”; sin embargo, sus Arts. 2º y 7º, brindan las definiciones de varios otros vocablos arbitrales; entre ellos, “convenio” o “contrato arbitral”, como un acuerdo por el que las partes deciden someter –a arbitraje– todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no.

En nuestro país, la Ley N° 708, tampoco incluye definiciones sobre el vocablo “*partes*”; no obstante, el Art. 27º del Código Procesal Civil (Ley N° 439 de 19 de noviembre de 2013, en vigencia plena desde el 6 de febrero del 2016), otorga el alcance procesal del vocablo al señalar que, son “*partes*” esenciales en el proceso: el demandante, el demandado y terceros.

En el plano internacional, en varios artículos de la Ley de Arbitraje de España Ley N° 60/2003, se menciona a las “*partes*”, sin brindar un alcance de dicho vocablo. Lo propio en varios artículos de la Ley de Arbitraje del Perú –Decreto Legislativo N° 1071 de 2008. En Colombia, el Art. 4º del Código General del Proceso (Ley N° 1564 de 2012), únicamente hace alusión a la igualdad real de las partes en el proceso civil; en tanto que, en los Arts. 3º, 6º y siguientes de la Ley de Arbitraje N° 1563 del 2012, se hace alusión concreta al vocablo “*partes*”, sin establecer sus alcances procesales. De manera que, impele recurrir a la doctrina.

Así, Mantilla E., Myriam Salcedo C., y Francisco Bernate O., en cuanto al vocablo: “*partes*”, diferencian al lenguaje contractual del procesal;

de allí que, para tener calidad de parte de un contrato, se tienen que cumplir las condiciones de: **a)** voluntad en la celebración del contrato, **b)** que deriva en derechos y obligaciones de orden contractual. Sin embargo, pueden ser partes, sin haber suscrito el documento: i) el mandatario profesional que no acepta el mandato; ii) los herederos en caso de fallecimiento; iii) beneficiarios del contrato de seguro; y, iv) el consentimiento del ajeno al contrato para su eficacia legal. En tanto que, en el lenguaje procesal, se determina como partes al sujeto activo y pasivo de la pretensión (demandante o demandado), que implica una situación eminentemente procesal, independiente de la sustancial; es más, el vocablo “*parte*”, va más allá de la persona física o natural, incluye también a las personas jurídicas y otros, como los patrimonios autónomos, el concebido para la defensa de sus derechos, los terceros excluyentes, coadyuvantes, de derecho preferente, facultativos y a quienes la sentencia alcanza en sus efectos jurídicos. Aspectos de suyo aplicables en materia arbitral (Mantilla Espinosa, Salcedo Castro, & Bernate Ochoa, 2018, págs. 139-162).

En relación al objeto del presente trabajo y, en cuanto concierne al convenio, acuerdo o compromiso arbitral, en aplicación del principio de libertad, fundado en la autonomía de la voluntad, exige –irremediamente– a la persona natural por sí misma o, cuando asume la representación legal de una persona jurídica (sociedad comercial o persona colectiva), la obligación de considerar y examinar con cuidado cada uno de los principios inmanentes a la decisión arbitral y, en total conocimiento de los posibles resultados de una resolución positiva o negativa, aceptar o rechazar la misma, en atención a su interés y la probable pretensión.

La realidad en los procesos arbitrales domésticos en nuestro país (particularmente en el caso de la inclusión de la cláusula arbitral en el contrato comercial o civil), muestra la casi nula consideración, valoración y previsión ante la eventualidad de arribar a un proceso arbitral; lo que resulta opuesto en el caso de la opción de suscripción de un convenio arbitral como efecto de la efectiva existencia de la controversia; en

cuya circunstancia, las personas conocen y pueden avizorar los posibles resultados. En todo caso, en ninguna de las dos situaciones descritas, las personas –que llegan a ser las partes– pueden apoyar sus pretensiones en el desconocimiento o ignorancia de los alcances y efectos inherentes a los principios arbitrales.

Los asesores o patrocinadores legales

En un supuesto de que las partes, por circunstancias diversas, desconozcan los alcances y efectos del proceso arbitral, están –precisamente– los asesores o patrocinadores, quienes tienen formación especial para ingresar en el análisis de mayor profundidad y sustentable sobre los efectos y consecuencias de naturaleza arbitral; por ende, la inclusión de una cláusula arbitral al contrato principal o la posterior suscripción de un convenio arbitral, es el resultado del examen de las opciones positivas y negativas, así como la asunción de la decisión de renunciar a la jurisdicción ordinaria y acudir al proceso arbitral, en mérito de la autonomía de la voluntad.

Lamentablemente –afirma Huáscar Ezcurra– existen prácticas corruptas en el arbitraje, tales como: *El árbitro “preferido”*, aquel que nombra cuantas veces puedes y quieres (para todos tus casos y todos tus clientes); *el árbitro “puertas abiertas”*, aquel con el que se puede conversar cada vez que sea necesario, cuyo problema se genera cuando se le cuenta el caso y brinda una opinión, hasta por escrito, y resulta designado árbitro por tu cliente; *el árbitro “coimero”*, aquel al que se le pagan honorarios legítimos para ser imparcial, independiente y diligente; sin embargo, al no ser imparcial, el honorario se convierte en “coima”; *el “abogado oculto”*, para evitar conflicto de interés y falta de imparcialidad del árbitro, no firma los escritos, no asiste a las audiencias, pero los prepara. En este sentido, el autor considera que, si bien hay corrupción en el arbitraje, es mucho menor que en el poder judicial. La razón principal es que, en el arbitraje, existe competencia,

que funciona como un antídoto anticorrupción; el cliente elige a su árbitro y la otra parte fiscaliza dicha elección respetando las buenas prácticas. En el poder judicial, no se elige al juez y los mecanismos de fiscalización no son efectivos. Además, la existencia de competencia entre los abogados por ganar el caso y la competencia entre los árbitros por adquirir prestigio, mantenerlo y acrecentarlo, redundan en menor riesgo de corrupción en el arbitraje que en el poder judicial. Finalmente –concluye– el virus de la corrupción existe, está vivo y buscará propagarse, de manera que hay que mantener los antídotos actuales para combatirlo (Ezcurra, 2016, págs. 209-216).

El árbitro único o tribunal colegiado.

Personadas designadas o seleccionadas, que asumen la calidad de árbitros en un caso controvertido.

El Art. 57° de la Ley N° 708, señala como requisitos para los árbitros: i) ejercicio pleno de capacidad de obrar; ii) responder al perfil profesional idóneo que definen los centros de arbitraje; iii) no tener sentencia ejecutoriada penal o pendiente de cumplimiento; iv) no tener sanción civil vinculada en otro proceso y en calidad de árbitro; y, v) no haber recibido sanción por cuestiones relacionadas con la ética profesional.

En tanto que, el inciso 1) del Art. 12° de la Ley Modelo UNCITRAL, actualizada al 2006, habilita a todas las personas naturales y, tan solo impele al posible árbitro, la obligación de revelar todas las circunstancias que den lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad e independencia. No especifica exigencias mínimas.

El Art. 13° de la Ley de Arbitraje de España N° 60/2003, determina que, pueden ser árbitros, las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, si la legislación a la que están sometidos no lo impide, y que la nacionalidad no es obstáculo para el nombramiento. No obstante, el numeral 1 del Art. 21° de la misma ley, impone la obligación de cumplimiento de sus funciones al árbitro

aceptante, bajo responsabilidad por daños y perjuicios que ocasione debido a mala fe, temeridad o dolo.

El Art. 25° de la Ley N° 7727 de 26 de noviembre de 1997 de Costa Rica, señala que, todas las personas físicas que se encuentran en pleno ejercicio de sus derechos civiles y no tengan nexo alguno con las partes o sus apoderados, pueden ser árbitros y, si se trata del arbitraje de derecho, los árbitros deben ser siempre abogados; en tanto que, los jueces no pueden ser investidos como árbitros.

El Art. 20° del Decreto Legislativo N°1071 del 2008 del Perú, indica que, pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitros. La nacionalidad del árbitro no es un obstáculo.

En cuanto a la doctrina, inicialmente, están las puntualizaciones de Castro de Cifuentes, quien señala que, el arbitraje, parte del supuesto fundamental de la idoneidad profesional de los árbitros, de su profundo conocimiento de la ciencia jurídica y de su integridad moral. Este encargo, para ejercer la función pública jurisdiccional, es *intuitu personae*, se permite en razón de las cualidades personales y se espera una conducta acorde con la delicada misión, donde brillen los principios de la labor arbitral: independencia, imparcialidad, idoneidad, diligencia, probidad y discreción. El Art. 7° de la Ley Arbitral de Colombia 1563 de 2012, postula los requisitos del árbitro en su jurisdicción. Los requisitos adicionales, según los centros de arbitraje, y los que considera personalmente, son: i) formación académica sólida en la especialidad y maestría; ii) dominio de los temas jurídicos sustantivos relevantes en el área respectiva; iii) conocimiento de las reglas procedimentales de arbitraje aplicables; y, iv) desempeño del árbitro en casos anteriores (Castro de Cifuentes, 2017, págs. 251-261).

Aldana Duque, señala que, en los términos de la ley colombiana, el arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción y, es a los árbitros y

secretarios de los tribunales de arbitramento, a quienes corresponde garantizar su cumplimiento (Aldana Duque, 2017, págs. 125-133).

De su parte, William Namén Vargas advierte que, en el arbitraje, las directrices éticas, la independencia e imparcialidad del árbitro, adquieren mayúscula complejidad y trascendencia acentuada por la confianza y los deberes éticos y legales, que son exigibles también a las partes, apoderados e intervinientes en el proceso arbitral. En relación con la *independencia* – advierte que– constituye un principio imperativo (*ius cogens*) con notable influjo en el derecho esencial al *juez natural*, debido proceso y acceso a la justicia, consiste en la no dependencia o injerencia de otro, esto es, una cuestión objetiva apreciada en los hechos, y la *imparcialidad*, en la ausencia de predisposición o prejuicio hacia una parte o la materia litigiosa, o sea, un asunto subjetivo. Se agrega la *neutralidad*, en cuanto a distancia del árbitro con las partes y resistencia a influencias sociales, culturales, religiosas, políticas, incluso técnicas. Sin embargo, la independencia del árbitro se examinará en el asunto litigioso singular frente a las instituciones arbitrales, quien lo designa, las partes, apoderados, intervinientes en el proceso y los restantes árbitros. La imparcialidad se aprecia en el caso particular considerando el comportamiento ético, pulcro y transparente del árbitro durante el proceso, la igualdad de trato, condiciones y oportunidades que dispensa a las partes, respeto de sus garantías, análisis y decisión honesta de la *litis*. En prevención del quebranto de estos deberes –señala– la ley, reglamentos de las instituciones, asociaciones o agremiaciones arbitrales, reglas de la profesión, códigos éticos o deontológicos, consagran la obligación a cargo del árbitro de informar las circunstancias que puedan generar duda razonable o justificada sobre su independencia, en especial, conflictos de interés o causal de recusación. Concluye que, árbitro es sólo a quien se confía la función de administrar justicia para la cuestión litigiosa (Namén Vargas, 2017, págs. 99-129).

En línea con lo anterior, Mejía Martínez manifiesta que, la actividad de los árbitros, tiene especificidades que hacen necesario establecer modelos particulares de conducta, generados desde el propio seno de la comunidad

arbitral y, quizás, la primera exigencia ética que se hace a los árbitros, es la de ser especialistas en las materias que se someten a su conocimiento, tener amplio nivel de experiencia en ellas y la más alta calificación de idoneidad profesional y personal; lo que hace que, quienes cumplen tales requisitos, sean con frecuencia un número reducido de profesionales y que, por consiguiente, sean designados en múltiples casos, lo cual lleva a que, en ocasiones, los mismos individuos que fungen como abogados en uno o varios procesos arbitrales, sean designados como árbitros en un proceso en el que quien es su juzgador en uno de aquellos casos, en este otro sea su colega árbitro; de allí que, el designado, debe evitar incurrir en esta conducta incorrecta, así se trate de una circunstancia que no esté expresamente contemplada como causal de recusación. Si el árbitro carece de la especialidad y conocimiento suficiente, debería declinar de su designación (Mejía Martínez, 2017, págs. 145-154).

“El árbitro es corrupto” es la frase que merece un análisis detallado, afirman los coautores Mantilla Espinoza, Salcedo Castro y Bernate Ochoa, quienes analizan el vocablo en su enfoque moral. Consideran que, la conducta del árbitro no se restringe al mero campo de la moral, sino a su aprehensión por el derecho, que postula deberes respecto al prójimo, como el deber de justicia, y mediante conductas externas susceptibles de una sanción de parte de un tercero, en el ámbito propiamente penal (Mantilla Espinosa, Salcedo Castro, & Bernate Ochoa, 2018).

Lorca Navarrete, sobre la ponencia de Polo García llamada “*El denominado árbitro “partisan”*”, referente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de junio del 2015), advierte que, la autora postula el protagonismo de la independencia e imparcialidad del árbitro en la controversia, que se complementarían con el denominado árbitro profesional o “*partisan*”, representante de intereses y actividades concretas, así como de particulares profesiones dentro de un colegio arbitral o del ámbito de actuación unipersonal del árbitro. De su parte –alude el comentarista– el

Art. 12° de la Ley Modelo UNCITRAL, agrega que la persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia; en tanto que, los Art. 17°.1 y 17.2 de la norma española, agregan que el árbitro no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial y que, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora, cualquier circunstancia sobrevenida, de manera que, en cualquier momento del arbitraje, una de las partes puede pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras (Lorca Navarrete, 2020).

Se trate de un árbitro único o tribunal colegiado, las normas previstas en las leyes de arbitraje detalladas, así como la doctrina que respalda la normativa, impelen al cumplimiento de los principios de imparcialidad, independencia, neutralidad, legalidad, idoneidad y otros, que resultan implícitos e imperativos a la función arbitral, con el agregado necesario de la formación y experiencia de la persona que deba ser seleccionada como árbitro en un caso sujeto a proceso arbitral.

La autoridad jurisdiccional.

Persona que forma parte del Sistema Judicial y participa en un proceso arbitral: **a)** en función de auxilio judicial; **b)** para resolver el recurso de anulación; y, **c)** para proceder a la ejecución del laudo arbitral, una vez adquiera la calidad de cosa juzgada.

En cuanto concierne a nuestro país, tal y como muestra la normativa legal objeto de revisión inicial, los árbitros formaban parte del sistema judicial y, no sólo ello, sino que sus sentencias fueron susceptibles del recurso de apelación e, incluso, de casación o nulidad ante el Tribunal Supremo de Justicia, con escasa afluencia de los ciudadanos para recurrir al sistema arbitral, bajo dicha estructura.

De allí que, la Ley Modelo UNCITRAL de 1985, posibilita la promulgación de la Ley N° 1770, que implica el desprendimiento del sistema arbitral de la estructura judicial, la participación de los operadores de

justicia de forma limitada para el auxilio judicial, la resolución del recurso de anulación, que no implica que la autoridad judicial ingrese en el fondo del arbitraje sino, simplemente, a la revisión restringida a la parte procedimental y, para los casos de ejecución del laudo arbitral, una vez que adquiere la calidad de firme.

Innecesariamente, la opción de naturaleza excepcional de recurrir al recurso de anulación –al presente– se convierte en la generalidad, lo que paralelamente importa que los operadores de justicia –en el caso de Bolivia– es que los jueces públicos en materia civil-comercial (que deben resolver los recursos de anulación) carecen de la experiencia, especialidad necesaria y suficiente formación sobre los MASC, lo que deriva en la continua preocupación de las instituciones o centros de arbitraje sobre las limitaciones en relación al recurso de nulidad.

Los Arts. 27º, 34º y 35º de la Ley Modelo UNCITRAL de 1985, actualizada al 2006, advierten que, se tiene que acudir al sistema judicial para: **a)** asistencia del tribunal competente del Estado para la práctica de pruebas; **b)** la resolución de la impugnación mediante el recurso de anulación del laudo arbitral en el plazo de tres meses y sujeto a condiciones, con o sin suspensión de los actos de ejecución provisional; y, **c)** la ejecución vinculante del laudo por la autoridad judicial competente.

En el contexto internacional, en Costa Rica, los Arts. 52º, 64º, 65º, 67º de la Ley N° 7727 de 26 de noviembre de 1997, establecen que: **a)** en cualquier etapa del proceso arbitral las partes pueden solicitar a la autoridad judicial competente medidas cautelares; **b)** interposición del recurso de nulidad dentro de los 15 días siguientes a la notificación ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. No suspende el cumplimiento del laudo; e, **c)** interposición del recurso de revisión en sujeción al Código Procesal Civil. No tiene una norma específica sobre el auxilio judicial para el caso de ejecución del laudo.

Los Arts. 8º, 33º, 41º, 42º, 43º y 44º de la Ley de Arbitraje N° 60/2003 de España, establecen la competencia de los tribunales ordinarios, para: i) remoción o nombramiento de árbitros; ii) asistencia para la práctica de pruebas; iii) adopción de medidas cautelares; iv) ejecución forzosa de laudos arbitrales; v) conocer la acción de anulación de laudo; y, vi) reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros.

El Art. 8º del Decreto Legislativo N° 1071 del Perú de fecha 1º de septiembre del 2008, detalla la colaboración y competencia de la autoridad judicial, para: i) producción de las pruebas; ii) medidas cautelares; iii) ejecución forzosa del laudo; iv) recurso de anulación; v) reconocimiento de laudos extranjeros; y, vi) ejecución de laudos extranjeros reconocidos: juez sub-especializado del lugar del emplazado o sus bienes.

En Chile, los Arts. 11º, -b)-3, 13º-3, 14º, 16º, 27º, 34º y 35º de la Ley N° 19971 del 2004, consignan las disposiciones inherentes al auxilio judicial, en cuanto a: **a)** nombramiento de árbitros en defecto de las partes y el tribunal arbitral; **b)** remoción del árbitro; **c)** si el tribunal se declara competente; **d)** práctica de pruebas; **e)** petición de nulidad como único recurso contra el laudo; y, **f)** reconocimiento y ejecución de laudos.

En Colombia, los Arts. 90º, 100º, 107º, 108º y 111º de la Ley de Arbitraje N° 1563 del 2012, establecen provisiones sobre: **a)** medidas cautelares; **b)** producción de pruebas; **c)** en el plazo de 30 días, la parte afectada puede impugnar el laudo, únicamente mediante el recurso de anulación; y, **d)** para el reconocimiento de ejecución de los laudos también se tiene que recurrir a la autoridad judicial competente.

En el caso de nuestro país, los Arts. 77º, 78º, 79º, 84º, 85º, 111º, 112º, 119º y 123º de la Ley N° 708, determinan la intervención de la autoridad judicial –a solicitud de las partes– en los siguientes casos: **a)** procedimiento de recusación contra los árbitros; **b)** petición de medidas cautelares no dispuestas por el árbitro de emergencia o tribunal arbitral; **c)** recurso de nulidad como única vía de impugnación, en el plazo de 10 días y por las causales expresamente previstas; **d)** ejecución forzosa

del laudo arbitral; y, e) reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, cuyo trámite concierne al Tribunal Supremo de Justicia.

Doctrinalmente, Lorca Navarrete señala, sobre la ponencia de José Francisco Valls Gombau llamada “El control judicial del laudo arbitral no permite analizar la corrección en aplicación de las normas jurídicas realizada por el árbitro”, referente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 15 de junio del 2015, que el árbitro sólo está en disposición de garantizar que se ha tramitado un “proceso justo” (Lorca Navarrete, 2020).

Polo García, en su posición denominada “Control de las garantías procesales en la emisión del laudo”, en referencia a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del país vasco de 18 de junio del 2015, indica que, la intervención judicial, se restringe a establecer si en el procedimiento y la resolución arbitral se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ha ajustado a los límites marcados en el convenio arbitral y si el mismo carece de validez o si la decisión arbitral invade cuestiones no susceptibles de arbitraje; por lo que, en la revisión por la vía del recurso de anulación, “no procede revisar la corrección o no de los argumentos del laudo arbitral, lo que no debe ser confundido con su falta de acierto o con su falta de motivación” (Polo García S., citada en Lorca Navarrete A. M., 2020). De allí que el comentarista concluye, de forma incontrovertible, que:

Los posibles errores de derecho en que hubiera incurrido el laudo no pueden considerarse como una contravención del orden público procesal, que sólo cabe estimar producida cuando se vulneran derechos y garantías procesales constitucionales, entre cuyos derechos no se encuentra el de obtener una resolución acertada. (Lorca Navarrete, 2020).

En análisis de la ponencia de Ángel Iriarte Francisco de Borja: “Control de las garantías procesales en la emisión del laudo”, en referencia a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del país vasco de 18 de junio

del 2015, Lorca Navarrete comenta que, el control de la decisión de fondo del laudo arbitral, que sería habitual en una segunda instancia judicial, es inhabitual en el control judicial con arreglo a los motivos que lo justificarían, según la Ley Modelo UNCITRAL, con dos explicaciones: El laudo sólo puede anularse por los motivos establecidos, de modo que no es posible la revisión del mismo por parte de los Tribunales de Justicia, porque el recurso de anulación nunca se puede entender como una segunda instancia, en la cual, sobre la base de los motivos de disconformidad, se realice una nueva valoración de los hechos enjuiciados; y, a través de un control judicial del laudo arbitral, únicamente, como “control de garantías formales” (Lorca Navarrete, 2020).

El comentarista, también analiza la ponencia “Causales que permiten el control judicial del laudo arbitral”, en revisión de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de junio del 2015, de Enric Anglada Fors; quien resume las causales de anulación en: **a)** control de existencia y validez del convenio arbitral, en tanto la renuncia a la jurisdicción debe ser cierta, aceptada libremente por las partes y admisible desde el punto de vista de las materias susceptibles de arbitraje; **b)** control de regularidad del procedimiento arbitral, en especial garantía del derecho de defensa y de los principios constitucionales de igualdad entre las partes, audiencia, contradicción y seguridad jurídica; y, **c)** un excepcional control sobre el fondo, estrictamente limitado a la garantía del orden público, en sentido material, que vendría constituido por aquellos principios políticos, económicos, morales y sociales que conforman el marco jurídico identificador de un Estado en cada momento histórico; por ende, el orden público, en sentido material, se halla constituido por “aquellos principios o normas que configuran la organización general de la comunidad y que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada” (Lorca Navarrete, 2020).

De manera específica, la participación de los operadores de justicia en el proceso arbitral tiene un alto grado de importancia en relación al recurso de anulación o la demanda de nulidad del laudo arbitral; muy

diferente del auxilio judicial en cuanto al nombramiento de los árbitros, medidas cautelares, práctica de pruebas, excepciones y ejecución de laudos nacionales y extranjeros, que no tiene como resultado la anulación o no de la decisión arbitral. Más aún, ante la posibilidad de responsabilidad por probables daños civiles, como en forma expresa advierten las leyes arbitrales examinadas, lo que implica que la autoridad jurisdiccional no sólo debe tener formación en MASC, sino también especialidad y experiencia sobre el particular.

Centros y/o instituciones de administración del arbitraje

Personas jurídicas constituidas en un Centro Arbitral o Institución de administración de los MASC. En el caso de nuestro país, los Centros de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio, en algunos departamentos; el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Industria, Comercio, Turismo y Servicios “CAINCO”, del Departamento de Santa Cruz; el Centro de Conciliación y Arbitraje de Cámara Boliviana de Hidrocarburos y Energía de Santa Cruz; algunos Centros de Conciliación y Arbitraje de los Colegios Departamentales de Abogados y otros, no muy difundidos, por cuya omisión dispensen.

La Ley Modelo UNCITRAL de 1985, actualizada en 2006, en el inciso a) del Art. 2º, señala que “arbitraje” significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercerlo. No tiene otra previsión normativa.

En la *legislación comparada*, el párrafo tercero del Art. 25º, el párrafo segundo del Art. 29º, y los Arts. 71º, 72 y 73º de la Ley N° 7727 sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social de 9 de diciembre de 1997 de Costa Rica, hacen alusión a las personas jurídicas que administran institucionalmente procesos de arbitraje, quienes pueden designar su propia lista de árbitros de conciencia y en derecho, quienes deben cumplir los requisitos de la ley. Si luego de los quince días no es nombrado el árbitro presidente, puede ser nombrado por una entidad

autorizada para administrar arbitrajes; es más, pueden constituir entidades dedicadas a la administración institucional del arbitraje a título oneroso o gratuito, con la autorización del Ministerio de Justicia, previa verificación de regulaciones apropiadas, recursos humanos, infraestructura adecuada y con facultad de control de funcionamiento de los centros y de revocar autorizaciones mediante resolución razonada.

Los Arts. 4º-a), 11º-3, 14º-1 y 2 y 21º-1 y 2 de la Ley de Arbitraje N° 60/2003 de España, incorporan en su normativa a las instituciones arbitrales: **a)** facultad de decidir sobre un asunto mediante un tercero, que puede ser una institución arbitral; **b)** en el caso de conflictos de las sociedades comerciales pueden encomendar la administración del arbitraje y designación de árbitros a una institución arbitral; **c)** las partes pueden encomendar la administración del arbitraje y designación de árbitros a: i) corporaciones de derecho público y entidades públicas y, ii) asociaciones o entidades sin ánimo de lucro; **d)** las instituciones deben velar por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros, la transparencia en su designación y su independencia; y, **e)** obligación de la institución arbitral de asumir responsabilidad por los daños y perjuicios que causen por mala fe, temeridad y dolo, mediante acción directa del perjudicado, independientemente del resarcimiento contra los árbitros, para lo que deben contratar un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente.

El inciso a) del Art. 2º y el inciso c) del numeral 4) del Art. 11º, ambos de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional de la República de Chile, en relación a las instituciones que administran el arbitraje, señalan: **a)** acepción del vocablo “*arbitraje*”: cualquier arbitraje, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercerlo; y, **b)** si la institución arbitral no procede al nombramiento, una de las partes puede solicitar al Presidente de la Corte de Apelaciones.

En Colombia, los Arts. 8º, 12º y numerales 3, 5, 6 y 7 del Art. 51º, todos ellos de la Ley de Arbitraje Nacional e Internacional N° 1653/2012, indican: **a)** sobre el nombramiento de los árbitros, permiten la delegación a un centro de arbitraje, el mismo debe ser por sorteo

dentro de la especialidad jurídica relativa a la controversia; **b)** demanda dirigida al centro de arbitraje acordado. Si el centro no es competente, remitir al competente; si no existe centro de arbitraje en el domicilio acordado, al centro más cercano; y, **c)** el centro de arbitraje debe emitir sus reglamentos, aprobados por el Ministerio de Justicia, que deben contener: el procedimiento de nombramiento de árbitros, tarifas u honorarios, gastos administrativos, mecanismos de información, funciones del director, estructura administrativa y reglas de procedimientos arbitrales que garanticen el debido proceso.

En los numerales 1 al 4 del Art. 7º del Decreto Legislativo N° 1071 de fecha 1º de septiembre de 2008 que aprueba la Ley de Arbitraje del Perú, se señala que: i) el arbitraje puede ser ad –hoc o institucional, según sea conducido por el tribunal arbitral directamente u organizado y administrado por una institución arbitral; ii) las instituciones arbitrales constituidas en el país deben ser personas jurídicas con o sin fines de lucro. Cuando se trate de instituciones públicas, con funciones arbitrales previstas o incorporadas en sus normas reguladoras, deberán inscribirse en el Ministerio de Justicia; iii) en caso de falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es ad-hoc. La misma regla se aplica cuando exista designación que sea incompatible entre dos o más instituciones, cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo, salvo pacto distinto de las partes; iv) el reglamento aplicable a un arbitraje es el vigente al momento de su inicio.

En cuanto a los centros de conciliación y arbitraje de nuestro país, los Arts. 11º, 12º, 14º, 15º, 16º, 17º y 64º de la Ley N° 708, señalan: **a)** el Ministerio de Justicia es la autoridad competente para autorizar el funcionamiento de centros de conciliación y de arbitraje, registrarlos, aprobar sus reglamentos compatibles a la ley y con opinión especializada, suspender la autorización; **b)** las personas jurídicas pueden constituir administradoras de

conciliación y arbitraje; **c)** requisitos: personalidad jurídica, reglamentos de conciliación, de arbitraje o ambos, aprobados por el Ministerio de Justicia, más de un conciliador y árbitro acreditados y la infraestructura adecuados; **d)** atribuciones: i) servicios de conciliación y arbitraje, ii) acreditar y designar a sus árbitros y conciliadores, iii) suspender temporal o definitivamente a sus conciliadores o árbitros por incumplimiento del reglamento, iv) definir el arancel por el servicio prestado; y, **e)** obligaciones de los centros de arbitraje: i) elaborar sus reglamentos de conciliación o arbitraje en el marco de la ley, ii) elaborar y aplicar sus códigos de ética, iii) presentar informes estadísticos semestralmente al Ministerio de Justicia, iv) difundir en medios de comunicación el arancel del servicio y la nómina actualizada de árbitros y conciliadores, v) contar con archivo o registro de actas y laudos, vi) contribuir al desarrollo de capacidades de los conciliadores; y, vii) obtener la autorización de funcionamiento del Ministerio de Justicia. Las partes pueden acordar la autoridad nominadora de los árbitros que será un centro de arbitraje, en defecto de las partes, el centro de arbitraje puede designar la autoridad nominadora.

En cuanto a la *doctrina*, Lorca Navarrete manifiesta que, la administración del arbitraje, a través de instituciones, puede ser de índole privada y pública; ambas, se proyectan en la “*administración*” del arbitraje, incluida la designación de árbitros. De ahí que, las instituciones de arbitraje deban ampararse en una doble normativa: una *orgánica*, en la que se establezca su estructura interna, los órganos de que se compone, la adopción de acuerdos, las funciones que tienen encomendadas, etc., y otra *funcional*, dirigida fundamentalmente al *fin* de la institucionalización del arbitraje mediante su administración; ambas estructuras imprescindibles. Constituida la asociación privada –sin fines de lucro– o corporación de derecho público, sus respectivas juntas o asambleas de socios, deben aprobar sus *reglamentos de arbitraje*, en los que se concretan las particularidades que, cada una de ellas, van a ofertar al momento de administrar el arbitraje (Lorca Navarrete, 2010, págs. 349-370) y que deben sujetarse a los requisitos de:

1º *Aprobación por el órgano competente;*

2º *Preceptos imperativos de la Ley Arbitral.* En el caso español, hace referencia al ámbito de autonomía de las instituciones arbitrales en la configuración de sus reglamentos, que encuentra su límite en el contenido de la Ley Arbitral Nº 60/2003 de España, para no incurrir en una anulación del laudo;

3º *Ajustar el reglamento a las disposiciones de los estatutos y demás normas reguladoras relativas a la función arbitral de la institución.*

Estas normas constituyen la fuente inmediata de la que deriva la facultad de la institución para la administración de los arbitrajes. Deben contener *normas inherentes a la designación de los árbitros*: **a)** *por las partes*; y, **b)** *por la institución arbitral*, ante la omisión de designación de las partes. Contempla dos modalidades: i) *abierta* –implica la atribución a la institución de elección del árbitro y en consideración del tema litigioso– y, ii) *cerrada* –elección de los que integran el censo arbitral de la institución; en el *sistema mixto de designación*: las partes nombran un número similar de árbitros y la institución se reserva la elección. Otro aspecto que, igualmente, justifica la institucionalización del arbitraje, implica la *administración de las actuaciones arbitrales* por la institución arbitral, que, en modo alguno, representa dejar en manos de la institución toda la parte inherente al procedimiento arbitral. Finalmente, la creación de la *árbitro-prudencia* por la que (a través de la institucionalización del arbitraje) es posible llegar a crear una doctrina *árbitro-prudencial*, entendida como el conjunto de laudos arbitrales pronunciados por los árbitros institucionales o pertenecientes a las pautas de actuación administrativa de la institución y la doctrina que contienen (Ciurana, 2001, citado por Lorca Navarrete, 2010).

La ponencia de Santos Vijande: “No hay atisbo de legitimación para una lectura del árbitro y de la institución arbitral en clave de partes demandadas por quien plantea el control judicial del laudo arbitral”,

con específica referencia a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de octubre del 2019, es motivo de comentarios de parte del profesor Lorca Navarrete, quien señala que, el Art. 21º.1 de la Ley de arbitraje 60/2003 de España, obliga al árbitro o árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hacen, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causen por mala fe, temeridad y dolo. Es más, en los arbitrajes encomendados a una institución arbitral, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que le asistan contra el árbitro. Más adelante, conviene destacar el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, así como el reconocimiento en la vigente Ley arbitral de España, de que la institución arbitral sirve para organizar el arbitraje y no para debilitarlo; lo contrario: ¿en qué lugar queda la institucionalización del arbitraje en España cuando se airea que existen instituciones arbitrales que se posicionan a favor de una parte (la más fuerte económicamente), para administrarles los conflictos que les surjan en sus relaciones jurídicas, con evidente resultado a su favor? ¿Acaso se está sosteniendo que la lista entera de instituciones arbitrales españolas (sin faltar ni una) admiten el cohecho u otros comportamientos afines tipificables penalmente? (Lorca Navarrete, 2020).

Para desvirtuar tal cuestionamiento, el comentarista recurre a los trabajos de Polo García, Gavilán Lope, Ramos Rubio y De la Mata.; entre ellos, que la imparcialidad en el arbitraje que se predica en la ley viene, siempre, referida a los árbitros, no a la institución administradora del arbitraje, los motivos de recusación del árbitro son personales, no colectivos de la institución y que la eventual intervención de la institución en actividades de promoción de los medios alternos para la resolución de controversias para un determinado ámbito empresarial y que recomiende la inclusión en los convenios arbitrales la administración del arbitraje por esa institución, por sí sola, no permite dudar de la imparcialidad del árbitro designado. (Polo García , Gavilán Lope , Ramos Rubio , & De la Mata Amaya , 2015, págs. 756-757, citado por Lorca Navarrete, 2020).

2. A guisa de la segunda conclusión.

Bajo la presunción legal “*iure et de iure*” –que no admite prueba en contra– ninguna de las personas vinculadas al arbitraje puede alegar ignorancia o desconocimiento de los principios y reglas inmanentes.

Así, las personas físicas o jurídicas que consideran incluir la cláusula compromisoria arbitral o suscribir el acuerdo o convenio arbitral para la solución de sus discrepancias, ante la relatividad de sus apreciaciones formativas, tienen la opción de acudir al profesional del área especial para complementar el análisis que, naturalmente, implica el asesoramiento en un grado mayor de conocimiento y experiencia particular relacionada a la solución de conflictos por la vía arbitral y, específicamente, en cuanto a los principios y reglas esenciales que, implícitamente, son inherentes al arbitraje.

No sólo ello, sino que –en el caso del arbitraje en derecho– las personas elegidas para asumir la calidad de árbitros están compenetradas, esencialmente, de los principios y reglas de naturaleza arbitral e impelidos a su aplicación al caso en particular; más aún –bien sea para el auxilio judicial o resolución del recurso de nulidad–, las personas que tienen la calidad de operadores de justicia, en nombre y representación del Estado, están también impelidas al cumplimiento y aplicación de los principios y reglas inherentes al arbitraje; finalmente, los centros e instituciones que administran el arbitraje, también tienen la obligación imperativa de estar empapadas de los servicios que ofrecen y, particularmente, en relación a los principios arbitrales que están plasmados en sus propios reglamentos procedimentales.

Por ende, un criterio diferente, deriva en la distorsión de los aludidos principios y reglas fundamentales inherentes al arbitraje, salvo aquella situación excepcional, que viabiliza la pretensión de nulidad de la decisión arbitral por una de las partes, ante la autoridad jurisdiccional, por razones absolutamente fundadas o no. No obstante, al presente, esta

excepcionalidad queda convertida en la regla general, lo que demuestra la repetida desnaturalización de los principios elementales que conciernen al arbitraje por las personas naturales o jurídicas responsables de su aplicación; situación que impele una revisión de la norma principal inherente al arbitraje en actual vigencia.

6. Las prácticas y actuaciones arbitrales, no se ajustan ni concuasan, con la naturaleza jurídica del arbitraje y la norma arbitral en vigencia

Otro elemento que motiva la presente investigación tiene relación con las prácticas y actuaciones arbitrales o procedimentales que, no se ajustan ni concuasan, con la naturaleza jurídica del arbitraje y la propia norma arbitral; de allí la necesidad de propiciar cambios, o –si se prefiere– precisiones en la Ley N° 708, que –paralelamente– impliquen o deriven en modificaciones y precisiones en los reglamentos de los centros e instituciones que administran la conciliación y arbitraje nacional o doméstico del país.

6.1. Doctrina inherente al arbitraje nacional o doméstico

Resulta menester recoger el criterio y experiencias de los cultores de los MASC de los países vecinos. Así, Bernardo Carvajal Sánchez, advierte que, son varias las obligaciones de los árbitros para con las partes, que se derivan del respeto del principio de legalidad de sus actuaciones: i) la *obligación de ejercer activamente el papel de conciliador en derecho* en el momento oportuno y proponer activamente fórmulas de arreglo, cuando menos, parcial; ii) el deber legal de *confidencialidad*, fijado en los reglamentos de arbitraje, bajo el cual no le está permitido dar acceso o exhibir el expediente, archivos o documentos a personas no autorizadas y, menos, emitir opinión sobre el asunto arbitral y guardar la reserva documental; iii-iv) *custodiar responsablemente los elementos relacionados con el proceso y citar debidamente a las partes y sus apoderados*, en particular el expediente y la citación, en reguardo del debido proceso; y, iv) finalmente,

emitir el *laudo con la observancia de todos los requisitos legales*, motivado, si es en derecho (Carvajal Sánchez, 2017, págs. 87-102).

De su parte, Aldana Duque señala que, los árbitros tienen la obligación de practicar personalmente todas las pruebas y actuaciones judiciales que les competen; de manera que están en la obligación de observar reglas y procedimientos establecidos en garantía del respeto al debido proceso. Es más, los árbitros, como los jueces del sistema de justicia, al interpretar la ley procesal, deberán tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. En caso de duda, los árbitros deberán aclararla mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal. *Le está vedado a los árbitros exigir y cumplir formalidades innecesarias* (Aldana Duque, 2017, págs. 125-133).

Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackhaby y Constantine Partasides, en cuanto a la naturaleza de los laudos arbitrales, afirman que, los reglamentos arbitrales tanto de UNCITRAL, de la LCIA y de la CCI, establecen claramente que el laudo arbitral es definitivo y vinculante. Estas no pretenden ser palabras vacías ya que, una de las ventajas del arbitraje es que busca poner fin a la controversia entre las partes de forma definitiva. Así, si las partes desean una propuesta de arreglo, deberían acudir a la mediación y si están dispuestos a llevar el caso adelante hasta agotar la última instancia del sistema judicial interno, deberían optar por el contencioso nacional y entablar juicio. Al escoger el arbitraje, las partes eligen un sistema de solución de controversias que dispone que la decisión es, en principio, *definitiva y vinculante*; de manera que, no pretende ser una mera propuesta acerca de cómo podría resolverse la controversia, ni tampoco ser el primer escalón de una escalera de apelaciones ante los tribunales nacionales. Para la parte perdedora, esta supuesta ventaja del arbitraje puede, en perspectiva, parecer todo lo contrario. El derecho interno de muchos países contempla lo que en otro contexto se ha denominado como

una “*tendencia pro-ejecución*”, tal y como se recoge, tanto en la Convención de Nueva York como en la Ley Modelo. Esto significa que, si bien en algunos casos es posible recurrir un laudo arbitral, es probable que las opciones disponibles para hacerlo sean limitadas (Redfern, Hunter, Blackaby, & Partasides, 2019, pág. 562).

Sobre el particular, Córdova Schaefer, refiriéndose a la aplicación supletoria del Código Procesal Civil, puntualiza la determinación contenida en el Art. 34° de la Ley de Arbitraje 1071 del Perú, que busca enterrar la aplicación supletoria del Código Procesal Civil, al establecer que, sobre las materias no reguladas en la propia ley, se debe aplicar, de manera supletoria, las instituciones arbitrales (Córdova Schaefer, 2018, págs. 237-271). Así, el citado autor señala que, debe quedar en claro que la aplicación supletoria, en caso de no existir una norma en la Ley de Arbitraje que regule ese supuesto de hecho, deben aplicarse los principios arbitrales, y no el Código Procesal Civil. Esto responde a dos razones fundamentales: i) el proceso civil tiene sus reglas particulares, donde el juez tiene competencia distinta a la del árbitro, ya que puede llamar a otras partes que no son ni demandantes ni demandados, sin ningún inconveniente y por el solo poder que ejerce, sin necesitar el consentimiento de los actores; y, ii) debido a que el arbitraje –nace de un contrato– las partes disponen que su conflicto sea resuelto bajo las reglas distintas al proceso civil y que solo por las atribuciones del arbitraje pueda cumplirse. Más aún, entre las virtudes o bondades del arbitraje está su informalismo y rapidez; en tanto que, al dotarse de reglas del proceso civil al arbitraje, simplemente se convertiría al proceso arbitral a imagen y semejanza de un proceso civil, viéndose en ese caso, reducidas aquellas ventajas que destacan al arbitraje; no obstante, las partes son libres y pueden pactar como parte de las reglas de su arbitraje, las del proceso civil, nada lo impide. El autor concluye con la indicación de que el Poder Judicial del Perú, lamentablemente, aún sigue tan enquistado con el virus procesal, que simplemente contagia de esta enfermedad al arbitraje y a los árbitros, lo cual debe evitarse, siendo el reto para los jueces y árbitros el entender la lógica y reglas de juego con las que el arbitraje se desenvuelve (Córdova Schaefer, 2018).

Por su parte, Tobar O., luego de realizar un bagaje histórico sobre la oralidad del procedimiento arbitral en Colombia, señala que, existe una suposición bastante arraigada según la cual la forma más eficiente de conducir un proceso es dando preponderancia a la oralidad; no obstante, frente a las controversias de mayor complejidad, existe unanimidad en que deben tramitarse mediante un proceso principalmente oral aunado, en cierto grado, de escritura (memoriales, notificaciones, pruebas, etc.), de manera que, tanto el legislador como los centros de arbitraje, al momento imponer una forma determinada de procedimiento para determinadas controversias, deben tener en cuenta los siguientes criterios: **a)** simplicidad de las cuestiones planteadas; **b)** posible insuficiencia probatoria; y, **c)** necesidad de rapidez en la respuesta jurisdiccional. El Estatuto Arbitral, expedido mediante Ley N° 1563 de 2012, regula de manera especial el proceso arbitral y por ello, únicamente, podrá remitirse a las normas del Código General del Proceso en aquellos casos no regulados en él. Concluye que, para profundizar la implementación de la oralidad en Colombia, se debe tener una visión mucho más integral del arbitraje, para que éste se posicione con más fuerza como una forma expedita de solución de controversias que contribuya a la descongestión judicial (Tobar O. , 2017, págs. 437- 449).

Las apreciaciones esbozadas de varios doctrinarios y acuciosos de los MASC –salvo las que corresponden a los profesores colombianos que postulan para el arbitraje nacional o doméstico la mayor aproximación al proceso civil– en atención a la libertad de las personas, plasmada, no sólo en el convenio o acuerdo arbitral, sino también en la decisión de aprobar las actuaciones arbitrales o procedimentales –en apoyo de los principios fundamentales– y los institutos inherentes a una única instancia, oralidad, informalismo, rapidez, concentración, inmediatez e impugnación, invitan –incuestionablemente– a la innecesaria remisión por la vía supletoria de las normas procesales de orden civil; como debería ser el caso de nuestro país, la no aplicación supletoria del

Código Procesal Civil en la parte propiamente adjetiva y distinta de lo que implica el auxilio o colaboración de naturaleza judicial.

6.2. El arbitraje doméstico en el enfoque de la legislación comparada

La Ley Modelo UNCITRAL de 1985, actualizada al 2006, aplicable tanto al arbitraje nacional como internacional, en los Arts. 18° y 19°, establece la obligación de trato igual a las partes y plena oportunidad de que hagan valer sus derechos. Con referencia al procedimiento: i) las partes tienen plena libertad para convenir el procedimiento al que se ajuste el tribunal arbitral en sus actuaciones; y, ii) a falta de acuerdo, el tribunal arbitral puede, con sujeción a lo dispuesto en la ley arbitral, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, inclusive, en cuanto a la admisión, pertinencia y el valor de las pruebas.

De su parte, los Arts. 24° y 25° de la Ley de Arbitraje de España N° 60/2003 –aplicable al arbitraje nacional e internacional– consagran el trato igual a las partes, la suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos, la confidencialidad de la información por parte de los árbitros. En cuanto al procedimiento, determinan: i) las partes pueden convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones; y, ii) a falta de acuerdo, los árbitros pueden, con sujeción a la ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado, inclusive, con relación a la admisión, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración.

Los Arts. 91° y 92° de la Ley de Arbitraje Nacional e Internacional N° 1563/2012 de Colombia –en cuanto concierne específicamente al arbitraje internacional– incorporan las previsiones normativas de los artículos 18° y 19° de la Ley Modelo UNCITRAL. De igual forma, previsiones del citado artículo 19°, se replican en la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional N° 19971 de 29 de septiembre de 2004 de Chile.

En Costa Rica, el Art. 39° de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos N° 2777 de 1997, en cuanto al arbitraje nacional e internacional, de forma expresa, señala que, con sujeción a la ley, las partes pueden: **a)**

escoger libremente el procedimiento que regule el proceso arbitral, siempre que respete los principios del debido proceso, derecho de defensa y de contradicción; **b)** en cualquier etapa del proceso, modificar las normas sobre el procedimiento acordado si no se ajusta a los principios indicados, para propiciar un equilibrio procesal entre las partes y para la búsqueda de la verdad real; y, **c)** a falta de acuerdo, el tribunal arbitral debe dirigir el arbitraje guiado por los principios de contradicción, oralidad, concentración e informalidad, o adoptar las reglas o procedimientos existentes sobre arbitraje en las entidades dedicadas a la administración de procesos arbitrales, tanto nacionales como internacionales, así como las leyes o reglas modelo publicadas por entidades u organismos nacionales o internacionales; y, **d)** de oficio o a petición de parte, el tribunal debe celebrar las audiencias necesarias para recibir y evaluar cualquier tipo de prueba o presentación de alegatos orales. A falta de petición, el tribunal decide la celebración de audiencias o si las actuaciones se sustancian, únicamente, sobre la base de los documentos y demás pruebas existentes.

El Art. 34° de la Ley de Arbitraje del Perú, Decreto Legislativo N° 1071 de 2008 –aplicable al arbitraje nacional e internacional– establece la libertad de regulación de las actuaciones arbitrales, de manera que las partes pueden determinar: **a)** las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones y, a falta de acuerdo o del reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas, teniendo en cuenta las circunstancias del caso; **b)** el tribunal arbitral debe tratar de dar –a cada una de ellas– la suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos; **c)** si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas del Decreto y, si no existe norma aplicable en el mismo, el tribunal podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral; y, **d)** el tribunal arbitral, a su criterio, podrá ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones, incluso, si

estos plazos estuvieran vencidos. No dispone la aplicación supletoria del Código Procesal Civil.

Las legislaciones de los países vecinos y de España –en cuanto al arbitraje nacional o doméstico– claramente concuerdan con las previsiones de la Ley Modelo UNCITRAL de 1985, actualizada al 2006, inherente a las regulaciones específicas o propias de naturaleza procedimental del arbitraje; de allí que, postulan como la atribución plena de las partes, la de decidir sobre las actuaciones arbitrales o procedimentales a seguir en la controversia concreta y, a falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral tiene la facultad de establecer dichas actuaciones o procedimientos, supeditado a los principios y reglas del arbitraje y, de ningún modo, recurrir a la aplicación supletoria de las normas procedimentales de orden civil.

6.3. Las contradicciones de la normativa nacional o doméstica del país

En cuanto concierne a nuestro país, la Ley N° 1770, incorpora el artículo 19° de la Ley Modelo en la previsión del Art. 39°, con una redacción amoldada a nuestro medio, que consagra la facultad de las partes para precisar el procedimiento arbitral a seguir en la controversia concreta; y, a falta del acuerdo, el tribunal arbitral: i) decide las actuaciones arbitrales o el procedimiento arbitral aplicable o, ii) –en su defecto– ordena la aplicación de los principios generales del arbitraje; por lo que, sin referirse en este caso a la posibilidad de supletoriedad de las normas procedimentales de naturaleza civil.

Además, el párrafo III del Art. 7° de la reiterada Ley N° 1770, refrenda o consolida la posición del Art. 39°, toda vez que, bajo el apelativo de “*reglas de interpretación*”, la norma citada advierte que, las normas inherentes a las actuaciones arbitrales previstas en ella, tienen el carácter de supletorias con referencia a la voluntad de las partes e, inclusive, son susceptibles de modificación, igualmente, por voluntad de las partes.

No obstante la claridad y precisión de los dos artículos advertidos, de manera inadecuada, el Art. 97° determina la aplicación del Código

Civil y del Código de Procedimiento Civil de forma supletoria, si las partes, los reglamentos de las instituciones que administran el arbitraje y los propios árbitros, no establecen una previsión específica sobre actuaciones procedimentales.

En el caso de nuestro país, los tribunales arbitrales de un solo árbitro o tribunal colegiado (con la finalidad de evitar la anulación o nulidad de los laudos emitidos y posibles procesos de responsabilidad contra los árbitros) acudían a la simplicidad de disponer la aplicación de las normas procedimentales del proceso ordinario previstas en el Código de Procedimiento Civil de 1975 (abrogado), en sujeción o al amparo –precisamente– de la permisión contenida en el Art. 97º-I de la Ley Nº 1770. La consecuencia obvia: la conversión del proceso arbitral en un proceso ordinario civil, con la salvedad de los casos excepcionales, como suele ocurrir. De todas formas, exista o no la justificación al “*modus operandi*”, lo evidente es que deriva en la desnaturalización del proceso arbitral.

Supresión del Art. 39º de la Ley Nº 1770 y la contradicción subsistente

El advenimiento de la Ley Nº 708, debía suponer la clara opción de una corrección sobre la postura de contradicción advertida en la Ley Nº 1770 y la adecuación a la Ley Modelo UNCITRAL de 1985, actualizada al 2006, así como a la legislación comparada y la doctrina que la respalda.

Sin embargo, una primera precisión radica en que, llama la atención la supresión del Art. 39º de la Ley Nº 1770 en la vigente Ley Nº 708; lo que deriva, en una clara posición no acorde al Art. 19º de la Ley Modelo UNCITRAL de 1985, actualizada al 2006, menos aún, con la legislación comparada y los principios fundamentales inmanentes al arbitraje que desarrollan los expertos e investigadores en cuanto a la naturaleza jurídica del proceso arbitral.

Una segunda precisión tiene relación con la *DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA* de la Ley Nº 708, que mantiene la aplicación supletoria de

las normas procesales en materia civil, en calidad de opción, cuando las partes, el reglamento institucional adoptado o el propio tribunal, no hayan previsto un tratamiento específico de esta materia.

Indudablemente, la subsistencia de la aplicación supletoria del Código Procesal Civil, aún sea opcional, posibilita al árbitro único o tribunal colegiado, a retornar al “*modus operandi*” de la Ley N° 1770, en previsión de evitar las acciones de responsabilidad por daños y perjuicios en contra de los árbitros, que son consecuencia del laudo emitido.

Sin embargo, se produce un “*condimento*” inesperado –si vale el caso– que deriva del Código Procesal Civil, al suprimir el instituto procesal inherente al “*periodo de prueba*” y conminar o impeler, tanto al demandante como al demandado, a la presentación de toda la prueba documental que curse en su poder y precisar la que no disponga, proponer la pericial, testifical y otras, y materializarlas o desarrollarlas en la audiencia preliminar y/o la complementaria; de tal forma que, se reducen los plazos procesales, se impulsa la oralidad, se limitan a dos las audiencias y otros temas similares.

Ocurre que, los aludidos institutos procesales civiles, en las actuaciones arbitrales o el procedimiento arbitral normado por la Ley N° 708, tienen diferente tratamiento arbitral; verbigracia: se fija un período de prueba de 30 días; se establece una etapa de méritos de 270 días, ampliable a 365; consiguientemente, la posibilidad de señalar varias audiencias (no sólo dos) y otras actuaciones arbitrales previstas en la Ley N° 708 resultan –nítidamente– contraproducentes con el Código Procesal Civil. Lo que determina –inobjetablemente– la ineficacia procedimental de la supletoriedad opcional referida al Código Procesal Civil; contrariamente la situación descrita, impele a una modificación o mejor precisión de la Ley N° 708, en relación a las actuaciones arbitrales o el procedimiento arbitral; situación muy distinta de los alcances normativos inherentes al auxilio o colaboración judicial, resolución del recurso de nulidad y/o ejecución de los laudos arbitrales, que constituyen competencia inherente a la autoridad jurisdiccional ordinaria.

La previsión tangencial inherente a las actuaciones arbitrales

De manera no categórica, la Ley N° 708, en el párrafo III del Art. 47°, determina su propia aplicación supletoria con relación a la voluntad de las partes e incluye a las actuaciones arbitrales o el procedimiento arbitral, más la opción de modificación o complementación del mismo, siempre que no se alteren los principios elementales del arbitraje.

En concordancia con la previsión anterior, está el Art. 66° de la misma ley, que viabiliza una audiencia en la que las partes aprueban el “*calendario procesal*”. Los árbitros y las partes, al momento de la celebración de la audiencia convocada para aprobar el referido calendario, tienen la facultad de, no sólo fijar las fases procesales y sus tiempos, sino también las actuaciones o procedimiento arbitrales al que deben dar cumplimiento todos los involucrados en el proceso arbitral.

De allí que –en forma tangencial– ambos artículos, devienen en una apertura importante y vinculada al contenido del Art. 19° de la Ley Modelo UNCITRAL de 1985, y que –bajo la misma prerrogativa procesal– está prevista también en el Art. 92° de la Ley de Arbitraje Nacional e Internacional N° 1563/2012 de la República de Colombia (arbitraje internacional), el Art. 39° de la Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos de la República de Costa Rica N° 2777 de 1997, el Art. 19° de la Ley sobre Arbitraje N° 19971 de Chile y el Art. 34° de la Ley de Arbitraje del Perú, Decreto Legislativo N° 1071 de 2008.

Si bien el contenido de ambos artículos no resulta una manifestación categórica, la redacción inversa permite colegir su aproximación al contenido de las regulaciones procedimentales arbitrales de los países aludidos.

Como aditamento y justificación válida a la puntualización anterior, está el hecho de que la Ley N° 708, responde a la naturaleza jurídica de ser supletoria en relación a la libertad fundada en la autonomía de la voluntad de las partes para definir las actuaciones arbitrales o el procedimiento al que debe sujetarse la controversia o conflicto específico inherente a la

pretensión de las partes. No sólo ello, sino que también, la *disposición final segunda*, establece la aplicación supletoria de los títulos II y III de la misma ley, a los reglamentos de los centros o instituciones administradoras de arbitraje, como opción alterna, en todo aquello que no esté normado en dichos reglamentos, que resulta comprensible y aceptable, por cuanto concierne a las previsiones procedimentales o actuaciones de naturaleza arbitral. Esto impele una revisión de la repetida Ley N° 708, en aras de una mejor precisión de los institutos arbitrales.

7. El arbitraje laboral y la simplicidad de las actuaciones arbitrales

En cuanto a las actuaciones arbitrales o el procedimiento laboral, merece especial atención el arbitraje de naturaleza laboral, cuyas previsiones normativas están en la Ley General del Trabajo y su Decreto Reglamentario, vigente desde 1942–1943 hasta el presente, aplicadas con una frecuencia evidente y efectiva, para la solución de los conflictos laborales entre los empleadores y trabajadores.

La particularidad elemental implica que, al presente, no existe una norma legal laboral que modifique, suprima o derogue ninguna de las regulaciones de aplicación imperativa tanto de la Ley General del Trabajo como de su Reglamento.

El laudo arbitral laboral tiene calidad de cosa juzgada y causa estado, el único medio de impugnación constituye la acción de amparo constitucional por vulneración de derechos fundamentales previstos en la Constitución, como determina el Art. 218° del Código Procesal del Trabajo, consolidado por las sentencias constitucionales plurinacionales: SCP: 1710/2011-R de 21 octubre de 2011; N° 0051/2015-S3 de 2 de febrero de 2015; y, 0191/2018-S4 de 14 de mayo de 2018.

Llama la atención el proceso arbitral laboral, por su simplicidad y brevedad en la decisión del tribunal.

8. Institutos procesales del Código Procesal Civil y del proceso arbitral

Varios institutos procesales contenidos en el Código Procesal Civil, tales como: el periodo de prueba, etapas procesales, plazos procesales, citaciones y notificaciones, audiencia preliminar y audiencia complementaria; entre otros, no conciden y menos concuerdan, con las actuaciones arbitrales y, hasta resultan –en algún caso– inaceptables, como es el caso de la nombrada “*etapa de méritos*”, cuya máxima duración se indica de 270 días, ampliable excepcionalmente, a 365 (Arts. 50º y 53º-II: Ley N° 708, 2015); contrariamente –incluida la sentencia– el proceso ordinario, técnicamente, puede concluir en 90 a 100 días. Aspecto que no condice con los principios arbitrales expuestos ampliamente; por ende, requiere una mejor precisión.

Periodo de prueba en el Código Procesal Civil y en la Ley de Conciliación y Arbitraje N° 708

El Código Procesal Civil elimina el “*período de prueba*” en función de los principios de oralidad, intermediación y concentración, con la finalidad de evitar la extensión innecesaria del proceso. Por ello, impone que toda la prueba literal, así como la proposición de la prueba, debe presentarse en su totalidad, juntamente con el memorial de demanda, ya sea el caso del proceso ordinario o de conocimiento, del proceso extraordinario o procesos monitorios.

En tanto, la Ley N° 708: i) no impone la presentación de toda la prueba documental y proposición de mayor prueba con la presentación de la demanda y tampoco impone que el demandado presente prueba con la contestación y/o reconvenición (Art. 89º- IV); ii) el tribunal arbitral, de oficio o instancia de partes, puede decidir el señalamiento de audiencias para la presentación de pruebas, o considerar suficiente la simple presentación de documentos y pruebas (Art. 93º- IV); iii) existe un período de prueba de 30 días –computables desde la notificación con la contestación o

reconvención— para el ofrecimiento y recepción de pruebas; iv) el tribunal, de oficio, puede requerir más pruebas y su producción, con la presencia de todos árbitros (Art. 95°- I, II, III y IV); v) el tribunal arbitral puede consultar a las partes si tienen más prueba y si no, declarar cerradas las audiencias; vi) reapertura de audiencias si el tribunal arbitral así lo considera (Art. 99°- I y II); y, vii) a tiempo de emitir el laudo, el tribunal arbitral tiene la obligación de valorar toda la prueba, tanto las que amparan la decisión como las desestimadas (Art.98°).

Constituye una costumbre inveterada de los profesionales abogados de nuestro país, que influye en las personas físicas, jurídicas o los clientes, reservar la presentación de pruebas (consideradas sustanciales) para los últimos momentos o al borde los 270 días, de manera que el tribunal arbitral se vea obligado a la ampliación.

El que escribe considera que, absolutamente toda la prueba, tiene que presentarse juntamente con el memorial de demanda, precisar la que no se tenga y la forma de obtenerla. Esto permitirá al tribunal conocer, básicamente, toda la prueba documental de las partes, revisarla y considerar si requerirá más prueba u otra diferente; en su caso, determinar los alcances de la prueba pericial y si requiere un perito de oficio, las pruebas testificales y los elementos importantes de refuerzo a la prueba documental.

Resulta imprescindible que los abogados y las partes preparen con suficiente tiempo las pruebas y no según el transcurso del proceso arbitral. En consecuencia, el modo de acreditar y justificar la prueba de respaldo de las partes y la que respalde al tribunal arbitral, previsto en la Ley N° 708, requiere de una revisión importante.

Audiencias en el Proceso Civil y en la Ley N° 708

El Código Procesal Civil, con relación al proceso ordinario o de conocimiento, limita dos audiencias imperativas: **a)** preliminar (en la que se resuelve todo e inclusive la propia sentencia), y **b)** complementaria, dentro de los 15 días siguientes (para los actos no completados y la sentencia oral y en plazo breve de forma escrita). Mientras que, en la

Ley N° 708, las audiencias están abiertas en cuanto a su número y se supeditan al criterio de las partes y del tribunal arbitral, con una diversidad amplia y para cualquier acto arbitral.

La limitación de audiencias en el proceso civil se debe a que el operador de justicia debe tramitar cientos de procesos; al contrario, el tribunal arbitral debe resolver un solo proceso. Por tanto, no resulta apropiado limitar a la audiencia preliminar y complementaria al proceso arbitral; de allí que, la aplicación supletoria que previene la disposición final *primera* de la Ley N° 708, resulta ineficaz, contraproducente y sin la menor sindéresis legal.

Lo que si considera el suscrito, es que las partes y sus abogados tengan la mayor amplitud de tiempo para fundamentar y precisar la calidad y eficacia probatoria de las pruebas literales, testificales, periciales, inspecciones oculares o de visu y otras que respaldan su pretensión, y la obligación de contrastarlas con las pruebas de la otra parte, sus fundamentos, calidad probatoria y eficacia, de tal forma que se establezca la verdad de los hechos y se permita al tribunal asumir una posición de su propio examen de las pruebas; de ninguna manera, el señalamiento de audiencias carentes de significación, sin finalidades concretas.

Una de las audiencias que el suscrito extraña en el desarrollo de los procesos arbitrales, precisamente, concierne a la audiencia de fundamentación de las pruebas, en la que las partes, establezcan el valor probatorio de sus medios de prueba y el tribunal requiera que las partes intercambien criterios sobre la valoración y eficacia probatoria de su parte y la ineficacia de la contraria; de manera que –el tribunal– a tiempo de emitir el laudo, tenga su propia valoración.

En la actualidad, ocurre que el tribunal arbitral se limita a la recepción de las pruebas y se deja al propio tribunal la valoración sobre las mismas; lo que invita a que las partes y sus abogados esgriman argumentos que debían exponer en la audiencia pertinente. Consiguientemente,

lejos de la aplicación supletoria, resulta pertinente revisar el desarrollo de las audiencias.

Plazos procesales en el Proceso Civil y en la Ley N° 708

En relación a la pretensión de tutela efectiva, a través del proceso ordinario o de conocimiento que regula el Código Procesal Civil, los plazos procesales resultan elementales bajo los principios de inmediación, concentración, preclusión, debido proceso y garantías procesales; si bien en el Código de Procedimiento Civil de 1975, las decisiones emitidas fuera de plazo determinaban la pérdida de competencia del juez o tribunal jurisdiccional, en el Código Procesal Civil no ocurre así; en cambio, la repetición puede dar lugar a la remoción de la autoridad judicial. En el proceso arbitral actual, da lugar a la nulidad del laudo arbitral y posible responsabilidad del tribunal arbitral, si la decisión ingresa en tales presupuestos.

Otra diferencia entre el proceso jurisdiccional y el proceso arbitral estriba en que, en el primero, los plazos están previstos y las partes no pueden modificarlos, aún sea por mutua decisión; en cambio, en el proceso arbitral, las partes pueden establecer plazos para las actuaciones arbitrales e incluso el tribunal arbitral, en defecto de las partes, puede establecer plazos, precisarlos, complementarlos o modificarlos.

Una otra diferencia radica en que, en el proceso civil judicial, el juez tiene que dictar sentencia en la segunda audiencia complementaria, aunque sea oral, y luego escriturarla; en tanto que, en el proceso arbitral—luego de los 270 días o, en su caso, 365— el tribunal tiene 30 días calendario para emitir el laudo arbitral, una vez producido el cierre de las actuaciones arbitrales (Arts. 50°, 51° y 104° - I de la Ley N° 708).

Aplicar los plazos del proceso ordinario, que no deben exceder los 100 días, implica una clara vulneración de los referidos artículos de la Ley N° 708, dada su naturaleza de preferente aplicación al ser Ley Especial, por disposición del Art. 15°- I de la Ley del Órgano Judicial N° 025 de 24 de junio del 2010. En consecuencia, con referencia al instituto “*plazos procesales*”, resulta totalmente contraproducente la aplicación supletoria del

Código Procesal Civil. No obstante, justifica una revisión de la Ley N° 708 sobre el particular.

Comunicaciones en el Proceso Civil y en la Ley N° 708

El régimen de comunicación procesal de los actos judiciales se regula en los Arts. 73° al 88° del Código Procesal Civil, referentes a la citación: **a) personal; b) por cédula; c) por comisión; d) por exhorto suplicatorio; y, e) por edictos.** En tanto, el Art. 92° de la Ley N° 708°, tiene el *nomen iuris* de “notificaciones”, para precisar la forma en que se comunica válidamente con las actuaciones de decisión emitidas por el tribunal arbitral, bien sea personal (memorial de demanda y laudo entregado personalmente al destinatario) o *mediante cédula*, en su domicilio real, establecimiento donde ejerce su actividad principal o residencia habitual. Sin embargo, no define el alcance o contenido de los vocablos “*mediante cédula*”, que es la forma prevista y claramente definida en el Art. 75° del Código Procesal Civil. De mantenerse los vocablos referidos en la Ley N° 708, se tiene que dar cumplimiento al contenido del repetido Art. 75° del Código Procesal Civil, bajo sanción de nulidad del acto.

El suscrito considera pertinente eliminar los vocablos “*mediante cédula*” y simplemente precisar algo más la entrega de la comunicación con la demanda y el laudo arbitral en el domicilio de la parte correspondiente, en su lugar de trabajo o residencia habitual. En todo caso, en cuanto al instituto inherente a las comunicaciones de naturaleza arbitral, conviene revisar la norma prevista en la Ley N° 708 y adecuarla a los principios y naturaleza jurídica del arbitraje.

Impugnaciones en el Código Procesal Civil y en la Ley N° 708

El Código Procesal Civil establece como medios de impugnación los recursos de: i) reposición; ii) apelación; iii) nulidad o casación, en cuanto a la forma y en cuanto al fondo; y, iv) revisión extraordinaria.

La base esencial implica que, los procesos civiles, tienen dos instancias y el recurso de casación, lo que equivale a puntualizar que la decisión de fondo del tribunal de primera instancia, puede ser objeto de revisión por el tribunal de segunda instancia e, inclusive, en la vía de puro derecho (según los casos y procesos, como es en el caso del proceso ordinario) la revisión total del proceso y la decisión final sobre el fondo mismo de la pretensión y la concesión de la tutela efectiva o denegación.

El 111° de la Ley N° 708 señala, como único medio de impugnación contra el laudo arbitral, al recurso de nulidad, limitado a la parte formal del proceso. Sin embargo, en innumerables casos, la autoridad judicial revisa el proceso arbitral con “ojos” de juez, obligado al cumplimiento de las normas procesales civiles y no con “ojos” de árbitro e, inclusive, ingresa al análisis de fondo.

La revisión de la legislación, así como la propia doctrina española, advierten que se trata en realidad de una demanda de nulidad que, bajo ninguna apreciación, implica un recurso propiamente dicho. De nuestra parte, agregar que, el recurso de anulación –en términos procesales– implica que la decisión contiene vicios susceptibles de corrección; no obstante, la pretensión del impugnante es que se declare NULO el laudo arbitral; de allí la postura de nulidad y no de anulación, advertida en el repetido Art. 111°.

Un aspecto que, inequívocamente, respalda que no se trata de un recurso propiamente judicial, radica en que, bajo ninguna circunstancia, la autoridad jurisdiccional que resuelve la impugnación de nulidad del laudo puede ingresar en valoración del fondo mismo de la decisión que resuelve la pretensión de tutela, como claramente señala la legislación comparada y la doctrina; de manera que, se limita al examen de los aspectos inherentes a las actuaciones arbitrales adjetivas de la decisión arbitral. Por ende, la aplicación supletoria del Código Procesal Civil, en cuanto concierne al recurso de nulidad, carece de justificación sustentable por la naturaleza jurídica misma de los medios de impugnación, que resultan en puntos opuestos, entre los del proceso civil y en relación con el proceso arbitral.

9. Supresión del recurso o demanda de nulidad contra el laudo arbitral

El suscrito llega al convencimiento de proponer la supresión del denominado “recurso de anulación”, “recurso de nulidad” o “demanda de nulidad” u otro apelativo posible, en virtud de las siguientes puntualizaciones:

Las causales de nulidad del laudo arbitral

De modo general, y así prevista en el Art. 63° de la Ley N° 1770 y reproducida en el Art. 112° de la Ley N° 708, las causales de anulación (en la nueva Ley “causales de nulidad”) tienen similitud en cuanto al fondo mismo, pero con cambios en la redacción en ambas leyes; no obstante, en la Ley N° 708, se suprimen las causales referidas a la parte procesal: i) la falta de notificación con la designación de árbitro y actuaciones arbitrales; ii) el desarrollo viciado del procedimiento arbitral; y, iii) la emisión del laudo arbitral fuera del plazo previsto en la norma.

De allí que, en la Ley N° 708, las causales son: **a)** materia no arbitrable; **b)** laudo arbitral contrario al orden público; y, **c)** si el recurrente prueba cualquiera de las causales siguientes, siempre y cuando hubiera hecho la protesta de dicha causal en el desarrollo del proceso arbitral: i) existencia de nulidad o anulabilidad de la cláusula arbitral o del convenio conforme a la Ley Civil, ii) afectación del derecho de defensa durante el procedimiento arbitral, iii) se emita decisión arbitral con referencia a una controversia no prevista en la cláusula o convenio arbitral, iv) composición irregular del tribunal arbitral.

La Ley Modelo UNCITRAL de 1985, actualizada al 2006, señala como causales de nulidad: **a)** que la parte que interpone el recurso pruebe: i) incapacidad de una de las partes o acuerdo inválido en virtud de la ley del país respectivo, ii) falta de notificación a la parte impugnante con la designación de un árbitro, las actuaciones arbitrales o no hizo valer sus derechos, iii) laudo sobre una controversia no prevista o que excede los términos del acuerdo de arbitraje, iv) composición irregular del

tribunal arbitral o procedimiento arbitral que no se ajusta al acuerdo de las partes o a la ley; **b)** objeto de la controversia no susceptible de arbitraje; y, **c)** laudo contrario al orden público del Estado.

La mayoría de los países miembros de la ONU asumen y acomodan las causales de nulidad previstas en la Ley Modelo, en función de sus particularidades, como es el caso de nuestro país.

Sobre la materia no arbitrable

Al momento de suscribir un contrato e incluir la cláusula compromisoria o de suscribir el acuerdo arbitral, las partes realizan, recíprocamente, un examen exhaustivo de la capacidad de ejercicio, a través del asesoramiento de los profesionales con especialidad y experiencia; salvo mala fe de una de las partes, que no solo afecta al acuerdo arbitral, sino al contrato principal en esencia.

La doctrina, particularmente española, respalda la puntualización del suscrito. Así, el autor García Ascencios, en cuanto al recurso de anulación advierte que, el inciso 2) del Art. 62º del Decreto legislativo N° 1071-2008 del Perú, claramente impide al tribunal jurisdiccional ingresar en el fondo del laudo, al establecer que: *“está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral”* (García Ascencios, 2012, págs. 57-71). Esta prohibición está contenida en la Ley N° 708 de nuestro país.

Es más, la autora Bellini Domínguez elabora dos ponencias: “La demanda de anulación se asocia a unos topes máximos en su control judicial” y “La sumisión a arbitraje ha de ser decisiva, exclusiva y excluyente y no concurrente o alternativa con la jurisdicción de los tribunales”, ambas, con específica referencia a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 19 de junio del 2015, comentadas por el profesor Lorca Navarrete. En relación con la primera ponencia –Bellini– alude a la siguiente posición:

Lo juzgado en el laudo no puede ser sometido de nuevo a la jurisdicción estatal. Ésta únicamente puede apreciar, no si el árbitro ha dado la solución

adecuada al problema que le ha sido sometido, si el laudo tiene alguno de los defectos tasados por la ley que hacen que sea nulo y ni el proceso de impugnación de la validez del laudo constituye una segunda instancia ni la acción de anulación un recurso de apelación. Hay que partir de la base de que los motivos de anulación no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión arbitral; es decir, que la revisión constituye la excepción. Y, como toda excepción, tiene que estar razonablemente justificada (Martínez Moya J., y Quiñonero Cervantes A., citados en Bellini, 2015).

En cuanto a la segunda ponencia –el comentarista puntualiza– que el Tribunal debe resolver el recurso o demanda, fundado en la existencia de una cláusula arbitral para solucionar la controversia, e indica: “la sumisión al arbitraje ha de ser decisiva, exclusiva y excluyente, y no concurrente o alternativa con otras jurisdicciones, así se deduce de la ley de arbitraje” (Polo García, citado en Lorca Navarrete A. M., 2020).

Sobre el mismo particular, Iriarte Francisco de Borja, puntualiza la importancia de que: i) el laudo sólo puede anularse por los motivos establecidos y no se puede entender como una segunda instancia; y, ii) el control judicial del laudo arbitral únicamente puede referirse a un “control de garantías formales” (Iriarte Francisco de Borja).

En cuanto a la causal de nulidad de materia no arbitrable, en los Arts. 4º y 5º de la Ley Nº 708, se detallan, de forma clara y precisa, estas materias que –incuestionablemente– deben evitarse, razón por la cual, las personas naturales y/o jurídicas y los asesores expertos y especializados, están impelidos al conocimiento pleno de los principios y la naturaleza jurídica del arbitraje; consiguientemente, esta causal tiene directa vinculación con los artículos puntualizados de la Ley Nº 708, y –subsecuentemente– con aquellos actos que lindan en la mala fe y hasta de naturaleza sancionable penalmente, según sea el caso.

Laudo arbitral contrario al orden público

De manera inicial, resulta menester recurrir a la doctrina en consideración a la temática que exponen. Así, Valls Gombau, tiene dos ponencias relacionadas con el tema del orden público: “El control judicial del laudo arbitral no permite analizar la corrección en aplicación de las normas jurídicas realizada por el árbitro” y “No se puede confundir vulneración del orden público con la posible vulneración de normas imperativas”; ambas, con referencia a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de junio del 2015. Sobre este trabajo, el comentarista Lorca N. concluye de forma incontrovertible, que:

Los posibles errores de derecho en que hubiera incurrido el laudo no pueden considerarse como una contravención del orden público procesal, que sólo cabe estimar producida cuando se vulneran derechos y garantías procesales constitucionales, entre cuyos derechos no se encuentra el de obtener una resolución acertada (Lorca Navarrete, 2020).

En la segunda ponencia, el autor manifiesta que:

No se puede afirmar, con carácter general y sin más precisiones, que la infracción de normas imperativas en el eventual supuesto de que estuvieran implicadas en el caso, entrañe una correlativa vulneración del orden público por el cauce del artículo 41.1 f) de la ley de arbitraje de manera que, “no se puede confundir vulneración del orden público con posible vulneración de normas imperativas” (Valls Gombau, citado en Lorca Navarrete A. M., 2020). A partir de ello, el comentarista concluye: “toda vulneración del orden público implica la vulneración de una norma imperativa, pero no toda vulneración de norma imperativa, si se produjera, comporta la vulneración del orden público” (Lorca Navarrete, 2020).

En esta línea, en la ponencia: “La motivación del laudo arbitral”, referente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de junio del 2015, Polo García, alega que, “es exigible una motivación, aunque sea sucinta, y una respuesta a todas las cuestiones planteadas, pues lo contrario implica una clara infracción del principio de tutela judicial efectiva lo que,

sin duda, contraviene el orden público” (Polo García, citada en Lorca Navarrete A. M., 2020). Por ello, el comentarista advierte que, la motivación del laudo arbitral es un imperativo de orden público, cuya contravención originaría un desorden público (Lorca Navarrete, 2020).

En cuanto a las causales de anulación, Anglada Fors, señala: **a)** control de existencia y validez del convenio arbitral, en tanto la renuncia a la jurisdicción debe ser cierta, aceptada libremente por las partes y admisible desde el punto de vista de las materias susceptibles de arbitraje; **b)** control de la regularidad del procedimiento arbitral, en especial, la garantía del derecho de defensa y los principios constitucionales, entre ellos, los principios de igualdad entre las partes, audiencia, contradicción y seguridad jurídica; y, **c)** un excepcional control sobre el fondo, estrictamente limitado a la garantía del orden público en sentido material, que se constituye por “aquellos principios o normas que configuran la organización general de la comunidad y que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada”. (Enric Anglada Fors, citado en Lorca Navarrete, 2020).

Alfredo Bullard, afirma que, los vocablos *orden público* son como la paráfrasis: “*no cometerás actos impuros*”, cuyo acatamiento concierne a todos y, en función de la nacionalidad de que se trate; por ello, acude a la acepción de orden público de Böckstiegel, quien sostiene que éste es un:

Sistema legal no codificado que refleja las convicciones y valores básicos de una comunidad o lo que la comunidad siente como la correcta aplicación de la ley y relativo, ya que depende en principio de cada sociedad. Lo que se considera parte del orden público de un Estado puede no ser igual en otro Estado con una diferente, economía, política, religión o costumbres. (Böckstiegel, citado en Bullard Gonzáles, 2017, pág. 196).

Redfern, Hunter, Blackhaby y Partasides, advierten que, cada Estado tiene su propio concepto de “orden público”; así, la Corte Suprema Federal de Suiza, determina que el orden público abarca principios

jurídicos fundamentales, cuya violación atentaría contra el sistema jurídico y económico de Suiza. El derecho francés reconoce la existencia de dos tipos de orden público: el interno, que se limita a consideraciones estrictamente nacionales, y el internacional, de alcance más amplio; no obstante, no hay nada nuevo en la distinción entre ambos, más allá de que cada país determine lo que considera orden público (Redfern, Hunter, Blackaby, & Partasides, 2019, págs. 577-579).

La publicación de la revista *News Letter-Arbitraje* del mes de junio del 2020 –en la parte referida a jurisprudencia– aborda la Sentencia de fecha 15 de junio del 2020 del Tribunal Constitucional de España, que concede la tutela impetrada por los recurrentes mediante el recurso de amparo constitucional y anula la sentencia (que resuelve el recurso de anulación en apoyo de los criterios de “vulneración del orden público” e “interés general” y rechaza la solicitud de ambas partes de terminación al existir un acuerdo de partes y el archivo de obrados) emitida por la Sala Civil-Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. La revista comenta que, la Sala Civil-Penal, observó una posible falta de imparcialidad objetiva de la institución arbitral al coincidir los socios, los datos e identidad de intereses de la asociación arrendadora con la institución arbitral y, por ello, el laudo arbitral no solo infringió el orden público, sino que el convenio arbitral sería, en sí mismo, “radicalmente nulo”. El fundamento del Tribunal Constitucional, transcrito literalmente, señala:

Con independencia de que la causa de la anulación afecte al orden público o no, lo cierto es que la cuestión de fondo es jurídico-privada y disponible, por lo que, en el sistema procesal civil español, para que exista una decisión, se requiere que las partes acrediten su interés en litigar.

Más adelante, advierte que, bajo el paraguas del “orden público”:

Se busca una revisión del fondo del litigio por el órgano judicial, lo que pertenece en esencia a los árbitros y desborda el alcance de la acción de anulación y despreja el poder de disposición o justicia rogada de las partes del proceso, ya que el órgano judicial no puede revisar el

fondo del asunto sometido a arbitraje. (Estudio Jurídico JM Beneyto & Asociados, 2020).

Indudablemente, el instituto procesal del orden público, conlleva diversas interpretaciones y posiciones de los propios operadores de justicia. No obstante, en aplicación del repetido párrafo I del Art. 179º de la Constitución, la administración de justicia, a través de los tribunales arbitrales, constituye una jurisdicción especializada y delegada por el Estado; por ende, la jurisdicción ordinaria no puede, ni debe, revisar las decisiones de los tribunales arbitrales emitidas en única instancia; por lo que, la revisión concierne a la jurisdicción constitucional, en el caso de que los laudos arbitrales incurran en la vulneración de las garantías y derechos consagrados constitucionalmente.

Causales referidas a las actuaciones arbitrales o procedimentales

Inherentes a la: i) existencia de nulidad o anulabilidad de la cláusula arbitral o del convenio conforme a la Ley Civil; ii) afectación del derecho de defensa durante el procedimiento arbitral; iii) decisión arbitral con referencia a una controversia no prevista en el convenio arbitral; y, iv) composición irregular del tribunal arbitral.

Sobre este particular, el párrafo I del Art. 90º del Código de Procedimiento Civil (abrogado), establecía que las normas procesales son de orden público y cumplimiento obligatorio para las partes y su incumplimiento se sancionaba con la nulidad del acto. Esta previsión procesal servía de fundamento a la autoridad judicial para declarar nulo el laudo arbitral; motivo por el que el árbitro único o tribunal colegiado prefería aplicar las normas procesales del Código de Procedimiento Civil de 1975 y evitar, de esta forma, represalias o acciones de responsabilidad.

En tanto que, el Art. 5º del Código Procesal Civil, impone que las normas procesales son de orden público y de obligado cumplimiento, tanto por la autoridad judicial como por las partes y los terceros. De forma

clara y terminante, la siguiente frase resulta de suma importancia, al disponer que se exceptúan de la regla general advertida las normas que, aunque procesales, sean de carácter facultativo, por referirse a intereses privados de las partes.

Complementariamente a la norma procedimental civil aludida, el párrafo III del Art. 47º de la Ley Nº 708, faculta a las partes a decidir sobre el nombramiento de los árbitros y las actuaciones o procedimiento arbitrales. En consecuencia, la excepción a la regla general de cumplimiento de las normas procesales de orden público, determina el respaldo normativo de orden procedimental del Código Procesal Civil, a las facultades reconocidas a las partes (en su defecto el tribunal arbitral), para decidir sobre sus actuaciones o procedimientos arbitrales; aspecto que, simultáneamente, implica un expreso impedimento o –si se prefiere– desliga a la autoridad judicial de la facultad de revisar o conocer –por la vía del recurso de nulidad– las actuaciones o procedimientos arbitrales que las mencionadas partes aprueban o –en su caso el tribunal arbitral– en la administración de justicia excepcional que concierne a los árbitros en una controversia específica.

Naturalmente, se salva la situación en que la decisión arbitral vulnere derechos y garantías de naturaleza constitucional, cuya valoración y decisión no concierne a la jurisdiccional ordinaria.

10. Impugnación contra el laudo arbitral y la vía procesal apropiada

En el caso de nuestro país, el párrafo I del Art. 179º de la Constitución Política del Estado, consagra que la función judicial es única y reconoce la jurisdicción ordinaria, agroambiental, indígena-originaria-campesina y que *existirán jurisdicciones especializadas reguladas por ley*; precisamente, el caso de la Ley Nº 708, a través de la cual el Estado delega la administración de justicia al árbitro o tribunal colegiado, para la decisión en el caso concreto y en una única instancia, sin recurso posterior, en cuanto al fondo mismo de la decisión contenida en el laudo arbitral.

Los fundamentos que respaldan la proposición del suscrito se desarrollan a continuación:

Improcedencia de la revisión de las decisiones entre jurisdicciones.

La Constitución, al reconocer la existencia de jurisdicciones y competencias, así como las distintas atribuciones de cada una de ellas para la administración de justicia, también garantiza que ninguna de las tres jurisdicciones tiene competencia para revisar las decisiones de las otras. De manera tal que, la jurisdicción constitucional, por ejemplo, no tiene competencia para revisar el contenido inherente al fondo de las resoluciones o fallos de la de la jurisdicción ordinaria, ni de la jurisdicción agroambiental y, menos, de la jurisdicción indígena-originaria-campesina; y viceversa.

Excepcionalmente, la propia Constitución faculta al Tribunal Constitucional Plurinacional, a revisar decisiones o fallos si es que el operador de justicia de cualquiera de las jurisdicciones aludidas, incurre en clara vulneración de las garantías y derechos de alcance constitucional; esta limitación implica –al mismo tiempo– que, el tribunal de garantías constitucionales, no ingresa a la revisión en cuanto al fondo mismo de la decisión. Únicamente, si la misma vulnera garantías constitucionales, determina que la propia jurisdicción de la que se trate corrija la decisión que contiene transgresiones, objeto de la acción constitucional. La línea jurisprudencial constitucional, resultante de las innumerables sentencias reiterativas, respalda plenamente tal prerrogativa.

La jurisdicción especializada, excepcional, de naturaleza arbitral

La parte final del párrafo I del Art. 179° de la Constitución Política del Estado, garantiza la existencia de jurisdiccionales especializadas reguladas por ley. Es más, el numeral 2 del párrafo I del Art. 297° de la misma Constitución, brinda la definición de: “competencias exclusivas”, como “aquellas en las que un nivel de gobierno tiene sobre una

determinada materia las facultades legislativa, reglamentaria y ejecutiva, pudiendo transferir y delegar estas dos últimas”.

En consonancia con lo anterior, el numeral 24 del párrafo II del Art. 298° de la repetida Constitución Política del Estado, consagra como *competencia exclusiva* del Nivel Central del Estado, la administración de justicia, la cual puede ser transferida y/o delegada. En plena concordancia con las garantías descritas, el Art. 2° de la Ley N° 708 dispone que, la referida ley, desarrolla la Conciliación y el Arbitraje en el marco del parágrafo II del Art. 297° de la Constitución.

Por tanto, las personas naturales que cumplen la función de “conciliadores” y “árbitros”, administran justicia en los casos expresos y específicos, en virtud de la delegación de la competencia exclusiva del Nivel Central del Estado; consiguientemente, constituye una jurisdicción especializada y de naturaleza excepcional.

La nulidad de la resolución judicial por usurpación de funciones

Como en forma expresa advierte la Ley N° 708, las personas que aceptan el nombramiento de árbitros, asumen competencia (por delegación del Nivel Central del Estado) de administrar justicia en una controversia concreta y mediante la emisión del laudo arbitral, en única instancia y sin lugar a recurso posterior con referencia al fondo mismo de la decisión arbitral, por cuanto constituye una jurisdicción especial y de naturaleza excepcional.

En apoyo de la misma previsión y garantía constitucional, al constituir una jurisdicción especial y de naturaleza excepcional, creada mediante la Ley N° 708, la jurisdicción ordinaria no puede, ni tiene competencia para, revisar la decisión de fondo y tampoco, de forma o adjetiva del laudo arbitral, que tiene la equivalencia de una sentencia judicial, con calidad de cosa juzgada y que causa estado. No existe previsión expresa en la Constitución que otorgue competencia a la jurisdicción ordinaria para revisar el laudo arbitral.

Así, la Ley del Órgano Judicial N° 025 de 24 de junio de 2010 (en cuanto a la competencia de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, de las Salas especializadas, los Tribunales Departamentales de Justicia en sala plena y los jueces públicos en materia civil-comercial), únicamente incorpora la frase: “*otras establecidas por ley*”; lo propio con relación al Tribunal Agroambiental (sala plena, salas especiales y jueces agroambientales).

En la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional N° 027 de 06 de julio del 2010 y el Código Procesal Constitucional (Ley N° 254 de 5 de julio del 2012), tampoco se incorpora competencia específica de los operadores de justicia constitucional para conocer las impugnaciones –en vía de recursos– contra la decisión en el fondo y en la forma de un laudo arbitral, específicamente.

Consiguientemente, la única vía posible radica en que, la propia la Ley N° 708, atribuya competencia a la jurisdicción ordinaria para la revisión adjetiva o formal de los laudos arbitrales; lo que, precisamente, ocurre. La mencionada ley, de forma genérica, señala como autoridad competente para resolver el recurso de nulidad, a la autoridad judicial; sin embargo, no precisa si corresponde al juez de primera instancia, al tribunal colegiado de segunda instancia o al Tribunal Supremo de Justicia.

Así, el párrafo II del Art. 113° de la Ley N° 708 advierte que, el tribunal arbitral debe conceder el recurso y disponer el envío de los antecedentes ante la autoridad judicial competente de la jurisdicción donde se realizó el arbitraje y en los párrafos I, II, III y IV del Art. 114°, detalla el trámite o procedimiento, aludiendo simplemente a los vocablos: “*la autoridad judicial*”. En el caso de negativa de la concesión del recurso de nulidad, los párrafos I y II del Art. 116°, otorgan la facultad a la parte impugnante de acudir ante “*la autoridad judicial competente*” en materia civil y comercial de turno, para interponer y obtener la decisión sobre la compulsa positiva o negativa; pero, tampoco precisa si

concierno a la autoridad judicial de primera o segunda instancia o al Tribunal Supremo. Nítidamente, la Ley N° 708 se limita a mencionar la autoridad judicial competente, sin especificar su grado.

En realidad, el tribunal arbitral se limita a remitir los antecedentes a la Presidencia del Tribunal Departamental de Justicia del Departamento en el que se desarrolla el proceso arbitral, que remite obrados a conocimiento del Juzgado Público en materia civil-comercial; pero, sin previsión normativa que respalde o que establezca –con precisión– que la competencia para conocer del recurso de nulidad corresponde al juez público en materia civil-comercial o al Tribunal Departamental de Justicia en esta materia.

Esto no ocurría con la Ley N° 1770, que en su Art. 64° establecía que los antecedentes debían ser remitidos ante el juez de partido de turno en lo civil del correspondiente Distrito Judicial, lo propio en el caso de la compulsu y, resulta que, en la legislación comparada (España, Colombia, Perú, Costa Rica y Chile) se establece que la autoridad judicial competente es el tribunal de segunda instancia, que debe conocer y resolver el recurso o demanda de nulidad del laudo arbitral.

Las apreciaciones anteriores permiten concluir que: **a)** ni en la Constitución Política del Estado y tampoco en las Leyes del Órgano Judicial, el Tribunal Constitucional Plurinacional y Código Procesal Civil, se otorga competencia a la jurisdicción ordinaria para revisar y resolver en grado de recurso de nulidad el laudo arbitral que emite la jurisdicción especializada y excepcional de naturaleza arbitral; y, **b)** ninguno de los artículos de la Ley N° 708, otorga competencia a la autoridad jurisdiccional de primera instancia, tribunal colegiado de segunda instancia o al Tribunal Supremo de Justicia, para conocer y resolver el recurso de nulidad; por cuanto, se limitan a mencionar a la “*autoridad judicial competente*”.

Por lo tanto, los recursos de nulidad presentados a la fecha y resueltos, resultan nulos, debido a la falta de asignación específica del tribunal competente para conocer y resolver los mismos, pues el Art. 122° de la Constitución preconiza que, son nulos los actos de los que usurpen funciones

que no les competen o que ejercen jurisdicción que no emane de la ley. En el caso específico de la Ley N° 708°, no define si la competencia para conocer y resolver los recursos de nulidad contra los laudos arbitrales corresponde a la autoridad judicial de primera o segunda instancia. Por ende, el operador de justicia en materia civil-comercial de primera instancia –inobjetablemente– invalida la resolución que emite.

Acción constitucional viable por vulneración de derechos esenciales

La posibilidad de sentencias constitucionales plurinacionales posteriores al 25 de junio del 2015, no enervan la falta de competencia clara y terminante, que debe estar prevista en una ley que faculte a la autoridad judicial de primera instancia para conocer y resolver los recursos de nulidad contra los laudos arbitrales; situación inexistente al presente y que –indudablemente– otorga la opción de subsanación mediante la promulgación de una ley que especifique la omisión prevista en la Ley N° 708.

No obstante, en la actualidad, en el caso de que el laudo arbitral –al momento de decidir la controversia– incurra en la violación de los derechos y garantías fundamentales, se abre la competencia –de manera excepcional– del Tribunal Constitucional Plurinacional, mediante la acción constitucional de defensa de los aludidos derechos.

La revisión o análisis, se limita a las formas procesales o actuaciones arbitrales, en cuanto al debido proceso, derecho de defensa, materia no arbitrable, vulneración del orden público y otros, sin ingresar en el fondo de la decisión arbitral. En particular, la acción de amparo constitucional por violación de garantías constitucionales, que afecte directamente a una de las personas naturales o físicas, en sus derechos fundamentales, con la decisión del laudo arbitral.

En las legislaciones comparadas, los recursos de anulación o de nulidad, deben ser resueltos por los Tribunal Superiores de Grado o de Segunda Instancia (Cortes o Tribunales Superiores de Justicia). De

manera inadecuada –en términos procesales– lo que acontece en nuestro país, a partir de la Ley N° 1770, es otorgar competencia a los tribunales de justicia ordinaria de primera instancia, de forma totalmente inapropiada por cuanto, aún sea para la revisión en la forma, existe una decisión sobre el caso específico en primera y única instancia: laudo arbitral; por lo que, si se trata de un medio de impugnación, denominado “*recurso*”, la revisión concierne, de manera apropiada, a una autoridad en grado superior y no de equivalente nivel estructural; tal y como acontece con la legislación comparada.

La doctrina española advierte que, no se trata de un recurso propiamente, sino de una *demanda* de nulidad; de ser así, la parte demandada debe ser el tribunal arbitral. Sin embargo, no ocurre tal caso, por cuanto la pretensión se corre en traslado a la otra parte contraria en el proceso arbitral, y el tribunal arbitral no tiene la oportunidad de emitir un pronunciamiento con referencia a las causales que se esgrime por la parte afectada –supuestamente– con la decisión arbitral.

Todo ello, conlleva a la postura de suprimir el denominado *recurso de nulidad* y habilitar, únicamente, la vía de la acción de defensa fundada en la vulneración de los derechos y garantías constitucionales que la parte considere infringidas y permita que el tribunal arbitral eleve informe o explique sus fundamentos y razones expresadas en el laudo arbitral.

11. A modo de conclusión

Los elementos de consideración en el presente trabajo, permiten puntualizar: **a)** la ratificación de la jurisdicción especializada de naturaleza excepcional de los MASC; **b)** la falta de competencia de la jurisdicción ordinaria para revisar las decisiones de fondo y forma de los laudos arbitrales nacionales o domésticos; **c)** la revisión de los laudos arbitrales, únicamente, a través de las acciones de defensa previstos en la Constitución Política del Estado y como consecuencia de la vulneración de los derechos y garantías constitucionales; **d)** la consolidación de la

naturaleza jurídica del arbitraje y los principios esenciales que le son inmanentes y de imperativo cumplimiento para las personas naturales y jurídicas involucradas; y, e) la revisión de la Ley de Conciliación y Arbitraje N° 708 de 25 de junio del 2015, sobre las puntualizaciones del presente esbozo, bien para su modificación, precisión o adecuación.

12. Referencias

- Aldana Duque, H. G. (2017). La legislación concerniente a deberes de los árbitros. En H. Herrera Mercado, & F. Mantilla Espinosa, *El árbitro y la Función Arbitral. Colección Arbitraje 360o. Tomo I* (Vol. II, págs. 125-133). Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
- Barba R., J. M. (13 de Junio de 2016). La necesidad de incluir al árbitro cautelar en el arbitraje doméstico (tesis de pregrado). Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Bellini, C. (19 de Junio de 2015). *La demanda de anulación del laudo arbitral se asocia a unos topes máximos en su control judicial*. Obtenido de Ley Procesal: <http://leyprocesal.com/leyprocesal/de/la-demanda-de-anulacion-del-laudo-arbitral-se-asocia-a-unos-topes-maximos-en-su-control-judicial-pon.asp?nombre=7592&cod=7592&sesion=1>
- Bullard Gonzáles, A. (2017). "No cometerás actos impuros": El orden público y el control judicial del laudo arbitral. *Themis*, 185-200.
- Caivano, R. J. (2008). *Arbitraje*. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L.
- Carbonell O'Brien, E. (2016). *Derecho Arbitral con énfasis en la Ley de Arbitraje Peruana* (1era ed.). Lima, Perú: Jurista Editores E.I.R.L.

- Carvajal Sánchez, B. (2017). Obligaciones del árbitro para con las partes. En H. Herrera Mercado, & F. Mantilla Espinosa, *El árbitro y la Función Arbitral. Colección Arbitraje 360o. Tomo I* (Vol. II, págs. 87- 102). Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
- Castro de Cifuentes, M. (2017). Las calidades legales exigidas para el desempeño del árbitro. En H. Herrera Mercado, & F. Mantilla Espinosa, *El árbitro y la Función Arbitral. Colección Arbitraje 360o. Tomo I*. (Vol. I, págs. 251-261). Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
- Chuquimia Choquehuanca, G. R. (2019). *Medios Alternativos de Resolución de Conflictos Conciliación y Arbitraje* (1ra ed.). La Paz, Bolivia: Ideas.
- Ciurana, A. (2001). La aceptación del arbitraje y la designación de los árbitros por las instituciones arbitrales. *Actualidad civil*, 307-338.
- Córdova Schaefer, J. (2018). *El convenio arbitral* (1era ed.). Breña, Perú: Instituto Pacífico SAC.
- Cremades Sanz-Pastor, B. (2003). El convenio arbitral . *Revista de la Corte Española de Arbitraje,, Volumen XVIII*.
- Estudio Jurídico JM Beneyto & Asociados. (15 de Junio de 2020). Newsletter-junio-2020-arbitraje. Madrid, España. Obtenido de Estudio Jurídico JM Beneyto & Asociados: <https://jmbeneyto-yasociados.com/newsletter-de-arbitraje-junio-2020/>
- Ezcurra, H. (2016). Corrupción y arbitraje: a propósito de las reglas IBA sobre conflictos de intereses. En A. Bullard González, *Litigio Arbitral* (págs. 209 – 216). Lima: Palastra Editores.
- Gaillard, E. (2010). *Teoría jurídica del arbitraje internacional*. Asunción : CEDEP.
- García Ascencios, F. (2012). *Amparo versus Arbitraje* (Ed.1ª ed.). Arequipa, Perú: Edt. Adrus SRL.

- Guasp, J. (1956). *El Arbitraje en el derecho español*. Barcelona: Bosch.
- Iriarte Francisco de Borja, Á. (s.f.). Control de las garantías procesales en la emisión del laudo.
- Lorca Navarrete, A. M. (2008). *Algunas aportaciones sobre una nueva concepción de la naturaleza jurídica del arbitraje*. Grijley, España: Athina 5.
- Lorca Navarrete, A. M. (2010). *La garantía del convenio arbitral y su jurisprudencia*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, D.L. 2010.
- Lorca Navarrete, A. M. (15 de Mayo de 2020). Boletín de Noticias de la Corte Vasca de Arbitraje N° 129. Donostia, España.
- Lorca Navarrete, A. M. (7 de Febrero de 2020). Boletín de Noticias de la Corte Vasca de Arbitraje N° 119. Donostia, España.
- Lorca Navarrete, A. M. (17 de Abril de 2020). Boletín de Noticias de la Corte Vasca de Arbitraje N° 126. Donostia, España.
- Lorca Navarrete, A. M. (17 de Abril de 2020). Boletín de Noticias de la Corte Vasca de Arbitraje N° 126. Donostia, España.
- Lorca Navarrete, A. M. (24 de Abril de 2020). Boletín de Noticias de la Corte Vasca de Arbitraje N° 127. Donostia, España.
- Lorca Navarrete, A. M. (8 de Mayo de 2020). Boletín de Noticias de la Corte Vasca de Arbitraje N° 128. Donostia, España.
- Lorca Navarrete, A. M. (29 de Mayo de 2020). Boletín de Noticias de la Corte Vasca de Arbitraje N° 131. Donostia, España.
- Lorca Navarrete, A. M. (5 de Junio de 2020). Boletín de Noticias de la Corte Vasca de Arbitraje N° 132. Donostia, España.

- Lorca Navarrete, A. M. (12 de Junio de 2020). Boletín de Noticias de la Corte Vasca de Arbitraje N° 133. Donostia, España.
- Lorca Navarrete, A. M. (3 de Julio de 2020). Boletín de Noticias de la Corte Vasca de Arbitraje N° 136. Donostia, España.
- Mantilla Espinosa, F. (2017). El árbitro, las partes y el centro de arbitraje. En F. Mantilla Espinosa, & H. Herrera Mercado, *El árbitro y la Función Arbitral. Colección Arbitraje 360o. Tomo I.* (Vol. II, pág. Introducción). Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
- Mantilla Espinosa, F., Salcedo Castro, M., & Bernate Ochoa, F. (2018). *El arbitraje nacional frente a la corrupción* (1era ed.). Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
- Mejía Martínez, C. (2017). Código de Ética arbitral: una propuesta. En H. Herrera Mercado, & F. Mantilla Espinosa, *El árbitro y la Función Arbitral. Colección Arbitraje 360o. Tomo I* (Vol. II, págs. 145- 154)). Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
- Munné Catarina, F. (2004). *El arbitraje en la Ley 60/2003*. Barcelona: Ediciones Experiencia.
- Namén Vargas, W. (2017). La función arbitral Heterocompositiva. En H. Herrera Mercado, & F. Mantilla Espinosa, *El árbitro y la Función Arbitral. Colección Arbitraje 360o. Tomo I.* (Vol. I , págs. 99-129). Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Pejnovic, M., & Delgado, M. A. (2016). A prueba de balas. El principio de validación como mecanismo de protección del arbitraje. En A. Bullard González, *Litigio arbitral* (págs. 59-67). Lima: Pa-lestra Editores.
- Polo García, S., Gavilán Lope, J., Ramos Rubio , C., & De la Mata Amaya , J. (2015). *Jurisprudencia arbitral comentada de los Tribunales Superiores de Justicia. Estudios de las sentencias*

y autos de los Tribunales de Justicia en materia de arbitraje (Vol. IV). San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal.

Redfern, A., Hunter, M., Blackaby, N., & Partasides, C. (2019). *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Navarra, España: Aranzadi S.A.

Serra Dominguez, M. (1969). *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Ariel.

Thompson, D. F. (19 de Agosto de 1993). Understanding Financial Conflicts of Interest. *New England Journal of Medicine*, págs. 1-5.

Tobar O. , J. H. (2017). Oralidad y arbitraje. En H. Herrera Mercado, & F. Mantilla Espinosa, *El árbitro y la Función Arbitral. Colección Arbitraje 360o. Tomo I* (Vol. I, págs. 437- 449). Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.

**Arbitraje de los contratos administrativos:
Un enfoque desde el Derecho Público**

*Arbitration of Administrative Contracts:
An Approach from Public Law*

HORACIO ANDALUZ VEGACENTENO *

Recibido: 23 de julio de 2020

Aceptado: 14 de octubre de 2020

Resumen

De acuerdo con la Ley de Arbitraje de Bolivia, los contratos administrativos no pueden ser objeto de arbitraje. Este artículo demuestra que dicha prohibición no tiene fundamento en una supuesta naturaleza sustantiva de dichos contratos.

Palabras clave: arbitraje boliviano / arbitraje comercial / contratos administrativos.

Abstract

According to Bolivian Law of Arbitration, administrative contracts cannot be object of arbitration. This article demonstrates that such a

* Profesor de Teoría General del Derecho y de Derecho Constitucional (UPSA). LLM Harvard Law School, antiguo alumno de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, Máster en Derecho Internacional (Universidad Complutense de Madrid). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8869-8447>

Contacto: handaluz@cotas.com.bo

Revista de Derecho de la UCB – *UCB Law Review*, Vol. 4 N° 7, octubre 2020, pp. 89-104 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa). DOI: <https://doi.org/10.35319/lawreview.2020750>

prohibition has no basis in an allegedly substantive legal nature of such contracts.

Keywords: Bolivian arbitration / commercial arbitration / administrative contracts.

El contrato es un acto jurídico que tiene el mismo carácter en derecho público que en derecho privado; o más bien, no hay distinción entre el derecho público y el derecho privado y el Estado está obligado por los contratos que ha celebrado como un simple particular.

–León Duguit, 1913

(Las transformaciones generales del Derecho)

I

La Ley 708¹ excluye del arbitraje dieciséis materias en total, según la literalidad de su texto. Una simple lectura de ellas muestra que se

¹ La Ley 708 modificó innecesariamente la Ley 1770. A cambio de no haber necesidad para la reforma en los términos que la hizo, la Ley 708 perpetúa ciertos defectos de su antecesora (como mantener la remisión a las normas del proceso civil, contribuyendo a que se tome el arbitraje como un apéndice de aquel); reglamenta lo que las leyes de arbitraje no regulan (como las fases del arbitraje o la designación de peritos); introduce normas sin consecuencia jurídica aparente (como establecer un plazo para el dictado del laudo y, a la vez, excluir que éste pueda ser anulado por haberse dictado fuera de plazo); simple y llanamente no norma nada (como cuando se limita a decir que el laudo será anulado por la “autoridad judicial competente”, sin jamás individualizarla en la organización judicial, y a la que, al final, se tiene que llegar residualmente a partir del carácter vis atractivo que la Ley del Órgano Judicial da a los jueces públicos en materia civil y comercial); y, cuando quiere ponerse a tono con las legislaciones más modernas,

trata de una reiteración incesante de la misma idea, a saber, que no son arbitrables los derechos que no son de libre disponibilidad. Así, lo único prohibido de arbitrar son los contratos administrativos². La presente argumentación de *lege ferenda* va a favor de su arbitrabilidad, y se la hace desde el derecho público, para evitar la petición de principio de hacerlo desde el arbitraje. Hacerlo desde el arbitraje presupondría implícitamente su arbitrabilidad, cuando es esto precisamente lo que tiene que demostrarse.

Tres cuestiones de forma: Uno, aunque la brevedad del texto no justifica su fragmentación en subtítulos, se pone sus partes en números romanos. Dos, la numeración de los párrafos en arábigos obedece a fijar la unidad conceptual de cada uno de ellos. Tres, las únicas fuentes legales citadas textualmente son las de carácter histórico; para las vigentes, solo se indica el artículo respectivo.

II

Un contrato es un acuerdo de voluntades. Y un acuerdo de voluntades que decide excluir de la jurisdicción estatal la resolución de ciertas controversias es un contrato de arbitraje. Que dicho acuerdo esté expresado en una cláusula contenida en otro contrato, o que lo esté

se cohíbe, normando ineficientemente (como cuando introduce la figura del árbitro de emergencia pero lo ata a su inclusión expresa en la cláusula arbitral, en vez de normarlo como un efecto accesorio de dicha cláusula).

² Esta prohibición desplegó sus efectos en el tiempo con carácter inmediato, tanto (1) para los arbitrajes en curso, como (2) para los pactados al amparo de Ley 1770, pero no iniciados antes del cambio legislativo. Las disposiciones transitorias Segunda y Tercera de la Ley 708, referidas a los dos supuestos anteriores, no son de aplicación a los contratos administrativos. Véase la SCP 1017/2017-S1-AAC, de 11 de septiembre, y la SCP 554/2019-S4-AAC, de 25 de julio.

en un documento independiente; que su formación sea coetánea o posterior a la formación de la relación jurídica arbitrable; o que su objeto sea determinable (eventuales controversias futuras) o determinado (controversias actuales), da siempre lo mismo: es un contrato. Lo demás, si es cláusula o convenio arbitral, es un asunto de denominación y regulación legislativa, que, más allá de las diferencias accidentales, en nada cambia el efecto principal y definitorio de su naturaleza jurídica, a saber, la exclusión de la jurisdicción estatal.

Es el Estado –su derecho positivo– el que permite que su jurisdicción sea sustraída por contrato. Y es también el que decide las hipótesis en las que tal sustracción es válida y en las que no, dando contenido al objeto del contrato de arbitraje. Esto es lo que la doctrina y legislación universalmente denominan materia arbitrable. Una precisión respecto del lenguaje: lo arbitrable no son jamás materias, sino siempre derechos. Específicamente, controversias sobre derechos. Tan simple como que, si el arbitraje es un medio de resolución de controversias, versa, en efecto, sobre controversias; y éstas, por definición, son una contraposición de derechos. Son los derechos en disputa los que dan sentido a la materia arbitrable. Y por eso ésta debe entenderse como un complejo entramado de derechos que se consideran arbitrables.

La posibilidad de arbitrar se predica, así, respecto de cada uno de los derechos que integran la materia en cuestión. El derecho positivo da la opción de que en un caso concreto determinados derechos puedan ser arbitrados. Y ya que ejercer esta opción es disponer del derecho, suele ocurrir el redoblado equívoco de equiparar la arbitrabilidad de los derechos con su disponibilidad: lo que importa, por una parte, un razonamiento circular según el cual son arbitrables los derechos disponibles y son disponibles los derechos arbitrables; y, por otra, asumir a priori que arbitrabilidad y disponibilidad son connaturales a algunos derechos. Y no es así. No hay derechos arbitrables ni disponibles por naturaleza, sino sólo, y siempre, por virtud del

derecho positivo. Lo mismo ocurre a la inversa: tampoco hay derechos indisponibles ni de orden público por naturaleza, sino también sólo y siempre por derecho positivo. Para ambos casos se trata de lo mismo: un acto estatal que traduce en términos jurídicos una política pública.

El derecho positivo, en la forma de la legislación sobre arbitraje, usa dos criterios para definir los derechos arbitrables. De un lado, acude a un permiso general, abierto e inclusivo, que consiente que se someta a arbitraje toda una categoría de derechos, específicamente, aquellos de libre disponibilidad por parte de sus titulares. De otro lado, acude a una prohibición, tasada y cerrada, que marca las fronteras de dicho permiso, estableciendo las excepciones a la regla: si el permiso deja arbitrar la generalidad de los derechos disponibles, la prohibición tasa aquellos que, a pesar de su libre disponibilidad, no pueden ser arbitrados. Otra vez: no se trata de una virtud por naturaleza, sino de una práctica común en la legislación de la materia. Nada más.

Un examen de la Ley 708 revela su desvío con respecto a dicha práctica. Para esta Ley, la prohibición de arbitrar no es un *posterius*, sino un *prius*. No es sólo que por su ordenación sistemática las materias excluidas del arbitraje anteceden al permiso general, sino que no hay tal permiso. (1) El primer artículo propiamente normativo de la Ley es una prohibición (artículo 4), que encima se pretende general y abierta con la exclusión ociosa de “cualquiera otra [materia] determinada por la Constitución o la ley” (artículo 4.13), como si lo prohibido por una constitución pudiese ser autorizado por una ley y como si la competencia para producir nuevo derecho se extinguiese de no advertirse que pueden dictarse otras leyes. (2) Su siguiente artículo es una ampliación de la prohibición (artículo 5), que enfatiza su carácter bautizándose de “expresa”, como si el listado de exclusiones del artículo anterior no fuese también expreso o como si prohibir arbitrar una materia no fuese lo mismo que excluirla del arbitraje. (3) Para rematar: decir

que se pueden arbitrar los “temas no prohibidos por la Constitución y las leyes” (artículo 39.I) no es un permiso. Un permiso no es lo que queda después de una prohibición. Es al revés: es la prohibición lo que queda después de un permiso, en tanto aquélla es excepción de éste. La redacción empleada por la Ley en este asunto revela que su concepción del poder prima sobre su concepción de la libertad individual, al punto que, como defendiendo aquélla frente a ésta, se ha esforzado para eludir en su texto cualquier referencia a la arbitrabilidad de los derechos disponibles, cayendo en una serie de reduplicaciones y redundancias normativas que hubiese podido evitar con tan sólo hacer del permiso, y no de la prohibición, el *prius*.

Considérese: una ley que, a título de regla abierta e inclusiva, se limitara a permitir el arbitraje tan sólo de los derechos disponibles, no necesitaría excluir la “propiedad de los recursos naturales” (artículo 4.1), asunto que es tan de orden público como que la propia Constitución atribuyó tal propiedad al Estado (artículo 348). Ni tampoco requerirían de exclusión “los títulos otorgados sobre reservas fiscales” (artículo 4.2), “los tributos y regalías” (artículo 4.3) ni “las licencias, registros y autorizaciones sobre recursos naturales en todos sus estados” (artículo 4.6), que son todos asuntos indisponibles por estar sujetos a regulación administrativa y tributaria.

Lo mismo que son indisponibles, como asuntos de derecho constitucional, el “acceso a los servicios públicos” (artículo 4.5), con la estrecha salvedad de los efectos patrimoniales de su prestación, las “cuestiones que afecten al orden público” (artículo 4.7) y las “funciones del Estado” (artículo 4.11). Como tampoco es disponible, por definición, la cosa juzgada (artículo 4.8), porque no se puede disponer de aquello que es inmodificable (artículo 1451 del Código Civil y artículo 397.I del Código Procesal Civil). Lo mismo que tampoco puede disponerse de “las cuestiones que no sean objeto de transacción” (artículo 4.12), desde que únicamente se puede transar

sobre derechos disponibles (artículo 946 del Código Civil y artículo 233.II.3 del Código Procesal Civil).

También son indisponibles, por ínsitos a la personalidad jurídica atribuida al ser humano, el “estado civil y la capacidad” (artículo 4.9); lo mismo que “los bienes y derechos de incapaces sin previa autorización judicial” (artículo 4.10), por la especial e inveterada protección que recibe este grupo humano; y lo mismo que “las controversias en materia laboral y de seguridad social” (artículo 5.1), que son indisponibles desde las reformas constitucionales de 1938 (artículo 129: “Los derechos y beneficios reconocidos por ley a favor de los trabajadores y empleados son irrenunciables. Son nulas las convenciones contrarias o que tiendan a burlar sus efectos”), que inauguraron el constitucionalismo social en el país. Y tampoco son disponibles, por ser asuntos de derecho internacional público y, por tanto, concernientes al Estado en tanto sujeto de dicho orden, “los acuerdos comerciales y de integración entre Estados” (artículo 5.2) ni “los contratos de financiamiento externo” entre el Estado y “organismos financieros internacionales” (artículo 5.3).

De tanto redundar quedan dos cosas. (1) Que a fuerza de repetir no se amplía un contenido normativo. Ociosamente, sólo se lo reafirma. Así, de las dieciséis exclusiones listadas, con excepción de la prohibición general y abierta del artículo 4.13 y de la exclusión de los contratos administrativos (artículo 4.4), catorce repiten lo mismo, a saber, que, cualquiera que sea la parcela del ordenamiento, aquello que no es de libre disponibilidad de sus titulares, no es objeto de arbitramento. Por esta vía sólo se llega a un contrasentido: la Ley que se contuvo de reconocer la arbitrabilidad de los derechos disponibles, a carro de sumar prohibiciones, terminó reforzando la idea de la arbitrabilidad sólo, y nada más, de los derechos disponibles. (2) Que la única exclusión atribuible al imperio de esta Ley es la de los contratos administrativos. Excluirlos del arbitraje no es redundar en

la inarbitrabilidad de lo indisponible. Es exceptuar de lo disponible un entramado de derechos de contenido patrimonial.

Es dicha exclusión, y no alguna de las otras, la única con un auténtico carácter normativo, en el sentido de que es ella, y no las otras fuentes que le place reduplicar, la que impide arbitrar lo que, de otro modo, sería arbitrable por su disponibilidad. Concentrémonos en esto.

III

El objeto del contrato administrativo no es la función pública. Para evitar confusiones, ni siquiera lo es en el caso del servicio público, en que sólo se concede su gestión. El objeto es la adquisición de bienes y servicios. Acá, la Administración es cliente de los privados en un terreno de intercambio patrimonial. Y como es el intercambio patrimonial entre sujetos de derecho lo que da entidad a la relación jurídica, se acude a la forma normativa por antonomasia que se utiliza para regular las relaciones patrimoniales consensuales entre personas, a saber, el contrato. Dicho de otra forma, el mismo instrumento utilizado desde siempre por los particulares en su tráfico jurídico. El contrato administrativo es, pues, un contrato en todo el sentido de la palabra. Vayamos por orden.

Un contrato es un acuerdo de voluntades que crea o modifica una obligación y el derecho subjetivo que le es correspondiente. Esta es su sustancia. Puestos lado a lado, tal sustancia es la misma tratándose del contrato civil o del administrativo. En lo que ambos se diferencian es en las particularidades de su régimen jurídico. Estas particularidades atingen (1) al proceso de formación del contrato, atado siempre a rigores formales pensados para que desde su formación se garantice el fin público administrativo; (2) a su ejecución, atada, también siempre, al ejercicio de ciertas

prerrogativas administrativas que arraigan en el mismo fin; y (3) a su juzgamiento, que corresponde a un fuero distinto al de derecho común. Ninguna de estas particularidades da al contrato administrativo sustantividad propia alguna.

Que el proceso de formación del contrato esté sujeto a formas rigurosas, en vez de decir de una sustancia propia del contrato administrativo, de hecho, ratifica su identidad de sustancia con el contrato civil, tanto como que la forma es para ambos contratos una condición para su validez, y que ambos comparten los factores constitutivos de consentimiento, objeto y causa, con lo que se asegura la identidad de ambos contratos a través de la identidad de sus elementos de formación.

Fijémonos en la segunda particularidad referida: las prerrogativas administrativas. Estas prerrogativas pueden agruparse en el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, por un lado; y, por otro, en el privilegio de la modificación unilateral del contrato³. Por el primero, la Administración decide con fuerza ejecutoria sobre la invalidez del contrato, su interpretación, cumplimiento, prórroga, resolución, liquidación, aplicación de sanciones, aceptación de las prestaciones, devolución de fianzas, etc. Al contratista, por su parte, le asiste el derecho de impugnación contencioso-administrativa, si es su voluntad ejercerlo, abriendo la competencia de un tercero imparcial e independiente para revisar los actos de la Administración y revocarlos o atribuirles firmeza. Por el segundo privilegio, la Administración modifica por su sola voluntad el contrato, manteniéndose la equivalencia de prestaciones al acompañarse la modificación de una indemn-

³ Cf. Dromi, Roberto; *Derecho administrativo* (9ª edición, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001), pp. 368-371; García de Enterría, Eduardo – Fernández, Tomás-Ramón; *Curso de derecho administrativo*, tomo I (12ª edición, Lima, Palestra, 2006), pp. 733-747; Vedel, Georges; *Derecho administrativo* (6ª edición, Madrid, Aguilar, 1980), pp. 205-212. En la bibliografía nacional cf. Dermizaky Peredo, Pablo, *Derecho administrativo* (3ª edición, Cochabamba, Serrano, 1997), pp. 141 y 142; y Martínez Bravo, Juan Alberto; *Derecho administrativo boliviano* (2ª edición, Santa Cruz, El País, 2010), p. 193.

zación al contratista, a quien, como es obvio, le sigue asistiendo el derecho de impugnación contencioso-administrativa.

De la existencia de estos privilegios nace el lugar común de asumir para el contrato administrativo una sustancia distinta a la de su par civil. Este error en tratar lo accidental como esencial no repara en que las prerrogativas de poder público operan formalmente sobre el contrato, pero no alteran materialmente su contenido obligacional. En abono a la claridad: los privilegios del *imperium* estatal no sustituyen el acuerdo de voluntades, sino que son un accidente al hecho que uno de los contratantes sea la Administración, y son tan así accidentales, como que de hecho no operan cuando la Administración no es parte. De modo que considerar las prerrogativas de la Administración como propiedades definitorias de la esencia contractual es tan errado como inferir que sólo en Alemania hubo compositores barrocos porque Bach y Pachelbel fueron alemanes. En ambos casos, es una falacia de accidente la base del equívoco.

En el contrato administrativo la Administración es, a la vez de contratante, titular de sus potestades soberanas, y esto oscurece el hecho de que su régimen exorbitante sea una pura consecuencia de los poderes propios de la Administración; poderes que no pueden ser definidos sino es a partir de la Constitución. De hecho, (1) el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria no es otra cosa que el privilegio general de autotutela. Se trata de la pura aplicación de la potestad ejecutiva, nacida del artículo 172.1 de la Constitución, y que, desde su propia denominación, dice de suyo de la competencia de la Administración para ejecutar sus propias actuaciones, siempre con cargo a la probable revisión en el contencioso-administrativo a instancia del afectado. (2) El privilegio de la modificación unilateral del contrato es ejercicio de la potestad imperativa, que se desprende del mismo artículo 172.1, en la medida que “hacer cumplir” no es sino emitir órdenes y obligar al cumplimiento de las órdenes emitidas, mediante actos oportunos de mando para satisfacción del interés general, al

cual se supone que el contrato y las modificaciones ordenadas sirven. (3) El privilegio de la modificación unilateral también puede ser expresión de la potestad reglamentaria de la Administración, nacida del artículo 172.8 de la Constitución, que le confiere competencia normativa para producir reglamentos que, por las particularidades del sistema de fuentes, inciden, modificándolos, en los contratos de ejecución continua relacionados con tales regulaciones, en todas las prestaciones que no hubiesen sido ya cumplidas por el contratista⁴.

IV

Pasemos a la tercera particularidad: el enjuiciamiento de los contratos administrativos en la sede contenciosa-administrativa. Esta jurisdicción especializada, distinta a la común de derecho civil, no es causa ni efecto de una sustantividad propia del contrato administrativo. No es causa, porque es un asunto de organización judicial, no de derecho sustantivo. Y no es efecto, porque su origen es contingente a un problema de poder en un momento histórico determinado⁵.

⁴ Esto último es un límite que la garantía de irretroactividad (artículo 123 de la Constitución) impone a la potestad reglamentaria. Desde la introducción de esta garantía en las reformas constitucionales de 1843 (artículo 89: “Ninguna ley puede tener fuerza retroactiva”) hasta el presente, la Constitución jamás ha determinado ella misma su significado jurídico: no ha tomado partido por la teoría de los derechos adquiridos ni por la teoría de los hechos cumplidos. Tal determinación normativa ha correspondido al Tribunal Constitucional, el cual ha tomado partido por la teoría de los hechos cumplidos desde su primera sentencia en la materia: “se entiende por retroactividad no auténtica conocida también como retrospectividad cuando una Ley regula o interviene en situaciones fácticas aún no concluidas” (STC 11/2001-R/II, 5 de febrero, párrafo VI.1).

⁵ Cf. David, René; *Os grandes sistemas do direito contemporaneo* (2ª edición, Lisboa, Meridiano, 1978), pp. 55-166, 327-455; Merryman, John Henry; *La tradición jurídica romano-canónica* (8ª reimpresión, México DF, Fondo de Cultura Económica, 2003),

La Revolución francesa tomó del derecho inglés la división de poderes. Pero dedujo de ella una prohibición que vedaba a los jueces interferir en el funcionamiento de la Administración. Sin eufemismos: prohibía juzgarla. Su razón: la resolución de las controversias en que estaban implicados el poder ejecutivo y sus agentes no podía ser confiada a los tribunales, porque, de ser así, el poder ejecutivo quedaría subordinado al poder judicial. Convengamos en que la división del poder, por sí sola, más que garantía para la libertad, acrecienta sus riesgos. La división de poderes es relevante únicamente en tanto precondition de los frenos y contrapesos: para estructurar las competencias del poder público de tal manera que se fiscalicen recíprocamente es necesario que distintos órganos tengan distintas competencias, de tal manera que ínsito al ejercicio de las competencias propias sea el control de las ajenas.

Aquello es lo que hace de la división de poderes una garantía para la libertad. Bajo esta lógica, mientras que para fines del siglo XVIII ingleses y americanos recién independizados tenían a su disposición el *writ of mandamus*, para imponer a la Administración el cumplimiento de un acto debido, y el *quo warranto*, para cuestionar la legalidad de los actos administrativos, en Francia la Ley 16-24 de 1790, en sentido opuesto, disponía lo siguiente: “Las funciones judiciales son distintas y se mantendrán siempre separadas de las funciones administrativas; los jueces no podrán, bajo pena de abuso de funciones, obstaculizar en modo alguno la actividad de los cuerpos administrativos, ni convocar ante sí a los administradores por causa de sus funciones”⁶. Cinco años después estas disposiciones fueron recordadas por un segundo texto: “Se reitera la prohibición a los

pp. 163-171; Van Caenegem, R.C.; *Jueces, legisladores y profesores. Fases de la historia jurídica europea* (1ª edición, Lima, Palestras, 2011), pp. 123-135.

⁶ Cit. por Vedel, Georges; en *ob. cit.* en nota al pie 3, p. 59.

tribunales para conocer de los actos administrativos, de cualquier clase que sean”⁷.

Una posición así no podía sostenerse. Violaba la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. (1) Su artículo 7 había llevado al derecho positivo el principio de legalidad en sentido lato (“Los que solicitan, facilitan, ejecutan o hacen ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o requerido en virtud de lo establecido en la Ley debe obedecer inmediatamente”). Si los poderes públicos sólo podían hacer aquello para lo cual habían sido habilitados legalmente, como quedaba del artículo 7, entonces los actos no autorizados de la Administración eran arbitrarios y algún remedio debía haber contra ellos. (2) A su vez, la libertad general de actuación, que nacía del artículo 5 (“Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que la Ley no ordena”), quedaba desprovista de medios de defensa frente a los abusos de la Administración si ésta no podía ser objeto de enjuiciamiento. (3) Y el artículo 16, que asentaba el régimen constitucional en la garantía efectiva de los derechos (“Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene constitución”), quedaba privado de su virtud jurídica, cayendo el principio de legalidad por su base y con él la garantía efectiva de la libertad, si a favor de la Administración regía tal suerte de inmunidad.

De quedarse así las cosas, la Revolución habría dado un rodeo para llegar al mismo punto: el enseñoramiento de la Administración sobre los ciudadanos. Se instituyó un remedio, en consecuencia, pero la cura no fue completa. Recelos y resquemores frente a un estamento judicial todavía monárquico condujeron a lo que, de otro modo, podría sin motivo creerse una solución contraída a las palabras y no al fondo de la cuestión: no los jueces, pero sí la Administración, juzgaría

⁷ Cit. por Duguít, León; en *ob. cit.* en nota al pie 1, p. 91.

a la Administración, porque “juzgar a la Administración es administrar”. La Constitución napoleónica del año VIII (1799), aplicando dicho razonamiento, creó el Consejo de Estado, para que se ocupe de las reclamaciones patrimoniales contra la Administración y del control de legalidad de sus actos (exceso de poder). Con el devenir del tiempo el Consejo tomó características judiciales, volviendo las cosas al curso natural de la división de poderes. Empero, dejó como legado una jurisdicción reservada para el juzgamiento de los actos de la Administración, incluyendo los contratos en los que ésta participa.

V

Llegados acá, no hay retorno: el contrato administrativo no tiene sustantividad propia. Es tan contrato como lo es uno de derecho civil. Que hoy el intercambio patrimonial de la Administración tenga un fuero propio para su enjuiciamiento es entendible por una cuestión de especialización, pero también por el simple acostumbramiento a una forma de organización judicial que se asume natural, acaso por su antigüedad y expansión en el derecho comparado.

Y ya que el fuero no sigue a una sustancia propia, nada hay que impida conceptualmente que las controversias sobre contratos administrativos sean radicadas en el fuero común de derecho civil o en el arbitraje. (1) En ambas sedes se litigan derechos de contenido patrimonial, como los que dan forma a los negocios jurídicos que los particulares celebran con la Administración. (2) En ambas sedes, también, la división de poderes, como garantía de los derechos, queda por igual asegurada. En el fuero común, porque, lo mismo que la jurisdicción contencioso-administrativa, es parte del poder judicial, por lo que ofrece las mismas garantías que ésta. Y en el arbitraje, porque, aun cuando por definición es un fuero inorgánico, por igual se trata de un fuero imparcial e independiente, cuyos laudos quedan abiertos

al escrutinio judicial a instancias del interesado, a través del recurso de nulidad. Y en ambas, a la vez, porque todo acto de aplicación del derecho está sujeto a las garantías constitucionales para el ejercicio de la jurisdicción y, por tanto, a la competencia de la jurisdicción constitucional para su enjuiciamiento.

Si no fuera así, estarían fuera del sistema jurídico. (3) Y a favor del arbitraje, en particular, hay una cuestión de coherencia. Prohibirlo es inconsistente con el hecho de que hasta los servicios públicos, aquello que se teorizó como fundamento y límite del Estado (Duguit⁸), puedan ser gestionados vía contrato por particulares (artículo 20.II de la Constitución). Si el Estado ha sustraído la gestión directa de sus propias obligaciones sustantivas, no debiera caer en el dogma de prohibir que las contingencias procesales de dichas obligaciones fuesen también sustraídas de su poder.

Referencias

- David, R. (1978). *Os grandes sistemas do direito contemporaneo* (2a edición). Meridiano.
- Dermizaky Peredo, P. (1997). *Derecho administrativo* (3a edición). Serrano.
- Dromi, R. (2001). *Derecho Administrativo* (9a ed.). Ciudad Argentina.
- Duguit, L. (1975). *Las transformaciones generales del Derecho* (1a edición). Heliasta.
- García de Enterría, E., & Fernández, T.-R. (2006). *Curso de derecho administrativo: Vol. I* (12ª edición). Palestra.

⁸ “La noción del servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del derecho público” (Duguit, León; en *ob. cit.* en nota al pie 1, p. 27).

Martínez Bravo, J. A. (2010). *Derecho administrativo boliviano* (2ª edición). El País.

Merryman, J. H. (2003). *La tradición jurídica romano-canónica* (8ª reimpresión). Fondo de Cultura Económica.

Van Caenegem, R. C. (2011). *ueces, legisladores y profesores. Fases de la historia jurídica europea* (1ª ed.). Palestra.

Vedel, G. (1980). *Derecho administrativo* (6ª edición). Aguilar.

La apertura de la legislación boliviana a la solución por arbitraje de conflictos que podrían ser calificados como delitos¹

The acceptance by Bolivian legislation of arbitration for dispute resolution that could be classified as crimes

FRANCISCO FERMIN ZENTENO SANTIVAÑEZ *

Recibido: 20 de mayo de 2020

Aceptado: 29 de septiembre de 2020

Resumen

La Constitución Política promulgada en 2009 define a Bolivia como un Estado que promueve el diálogo y la cultura de paz. Consecuentemente, el 2015 se promulgó la Ley de Conciliación y Arbitraje, a fin de fomentar dicha cultura de paz y aligerar la carga procesal. Paralelamente, el sistema penal arrastra una profunda crisis, la cual se evidencia en la sobrecarga procesal y la retardación de justicia. En virtud de dichos antecedentes, la posibilidad de resolver por arbitraje conflictos susceptibles de ser calificados como delitos fue objeto de múltiple análisis dentro de la jurisprudencia constitucional, existiendo líneas jurisprudenciales contradictorias en cuanto a dicha posibilidad, como

¹ Esta investigación es parte de la tesis de grado “La razonabilidad de solucionar por arbitraje conflictos que podrían ser calificados como delitos”, que el autor defendió en diciembre de 2019 en la carrera de Derecho de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” en la ciudad de La Paz, Bolivia para la obtención de su licenciatura en Derecho.

* Licenciado en Derecho (Universidad Católica Boliviana “San Pablo”). Investigador independiente. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6209-1003>

Contacto: franciscozentenosanti@gmail.com

Revista de Derecho de la UCB – *UCB Law Review*, Vol. 4 N° 7, octubre 2020, pp. 105-132 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa). DOI: <https://doi.org/10.35319/lawreview.2020751>

consecuencia de su antagonismo con el principio de legalidad procesal. Por tanto, esta investigación pretende determinar si de conformidad con la legislación vigente se podría plantear la aplicación del arbitraje para dirimir los mencionados conflictos, además de analizar la necesidad y los beneficios que tendría la medida dentro del contexto nacional. En ese sentido, se determinó que el arbitraje es acorde a los principios y límites establecidos por la legislación vigente y su utilización supondría grandes beneficios; consecuentemente, se recomienda su aplicación en aquellos delitos que no supongan la afectación de los bienes jurídicos más importantes.

Palabras clave: Arbitrabilidad objetiva / persecución penal pública / principio de ultima ratio / principio de oportunidad / justicia restaurativa / cultura de paz.

Abstract

The Political Constitution promulgated in 2009 defines Bolivia as a State that promotes dialogue and a culture of peace. Consequently, the Conciliation and Arbitration Law was passed in 2015, in order to promote such culture of peace and lighten the procedural burden. At the same time, the criminal system is experiencing a deep crisis, which is evident in the procedural overload and the delay in justice. Due to this, the possibility of solving disputes that could be classified as crimes through arbitration has been subject to discussion and analysis in constitutional case-law, as there are contradictions regarding this possibility, as a result of its antagonism with the principle of procedural legality. Therefore, this research aims to determine whether, in accordance with legislation in force, arbitration could be used to resolve the aforementioned conflicts, in addition to analyzing the need and benefits of the measure within the national context. In this regard, it was determined that arbitration is in accordance with the principles and limits established by the legislation in force and its use would bring great

benefits; consequently, its application is recommended for those crimes that do not involve the most important legal assets.

Keywords: Objective arbitrability / public criminal prosecution / ultima ratio principle / principle of opportunity / restorative justice / culture of peace.

1. Introducción

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de controversias por el cual las partes de común acuerdo someten sus conflictos a la potestad de un árbitro único o tribunal arbitral, el cual “asume el papel de juez y resuelve con su juicio el problema que previamente le han sometido las partes” (Matheus López, 2003, p. 150). Para que un conflicto pueda ser resuelto por esta vía, se requiere la previa existencia de una cláusula o convenio arbitral, por el cual las partes, además de obligarse a resolver sus controversias únicamente por vía arbitral (efecto positivo), también renuncian a someter las mismas a la justicia ordinaria (efecto negativo). Por ende, si alguna de las partes somete el conflicto al conocimiento y decisión de cualquier otra autoridad judicial, la contraparte está facultada a interponer una excepción de arbitraje ante dicha autoridad, debiendo la misma apartarse del caso (Art. 45, Ley 708, 2015). Para que una cláusula o convenio arbitral¹ sea válido y genere los mencionados efectos, deben cumplirse dos condiciones mínimas: la arbitrabilidad objetiva y la arbitrabilidad subjetiva. Follonier-Ayala (2012/2013) considera la primera como la susceptibilidad de una materia de ser resuelta por

¹ La Ley 708 define a la cláusula arbitral como “el acuerdo escrito establecido en una cláusula de un contrato, en la cual las partes se obligan a someter sus controversias derivadas del indicado contrato, a arbitraje” (Art. 42). A diferencia de la cláusula arbitral, el convenio arbitral, establecido en el Art. 43 de la misma norma, consta en otro documento posterior y diferente al contrato, pudiendo consecuentemente ser acordado incluso de manera posterior a la existencia del conflicto.

arbitraje, y a la segunda como la “capacidad de las partes de concurrir a un convenio arbitral” (p.127).

A raíz de la creciente popularidad que ganó el arbitraje durante los últimos años, se ha debatido constantemente la posibilidad de extender el alcance de la arbitrabilidad objetiva, ya que inicialmente no todos los conflictos pueden dirimirse por esta vía, estando limitada a conflictos patrimoniales relativos a la libre disposición². Caivano (2013) considera al crecimiento de la arbitrabilidad objetiva como uno de los aspectos que demuestran la evolución que ha sufrido el arbitraje en los últimos años, la cual se ve reflejada en la ampliación de las materias para las cuales puede pactarse válidamente una cláusula o convenio arbitral, teniendo como resultado que en diversos países hoy en día las cuestiones no arbitrables son excepcionales.

Dentro de esta ampliación se encuentra la materia penal, la cual inicialmente se contemplaba como completamente ajena e incompatible con el arbitraje, ya que como señala Moure (2008), se considera que el arbitraje se basaba únicamente en la autonomía de las partes, teniendo como único objetivo solucionar controversias privadas, a diferencia de la justicia penal, en la cual se limita la autonomía privada en defensa de un interés general. Empero, en la actualidad, a consecuencia de la crisis que afecta a la justicia penal, en diferentes países se está analizando, debatiendo y promoviendo la posibilidad de resolver por vías extrajudiciales conflictos que, si bien podrían ser calificados como delitos, al no conllevar un daño o puesta en peligro de mayor gravedad, y teniendo como base el principio de *ultima ratio* del derecho penal, podrían ser solucionados por vías menos lesivas que la penal; a fin de lograr una reducción en el

² “Se habla de libre disponibilidad cuando el titular de un derecho dispone de la facultad de decidir libremente, es decir cuando dispone del control total, lo que implica el derecho de alinearlo o de renunciar a él –total o parcialmente– por vía de transacción” (Follonier-Ayala, 2012/2013, p. 128).

congestionamiento de los tribunales penales y una rápida reparación del daño sufrido por la víctima.

En consideración a los referidos antecedentes, se analizará el contexto del sistema penal boliviano y la normativa vigente, desde la CPE, la legislación relativa al derecho penal y al arbitraje y la jurisprudencia constitucional, a fin de determinar si de conformidad con la legislación vigente se podría plantear la aplicación del arbitraje como mecanismo para dirimir determinados conflictos que podrían ser calificados como delitos, los cuales se enmarquen dentro de lo pactado en una cláusula o convenio arbitral y no conlleven la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos más importantes, además de analizar si dicha medida es necesaria y/o útil en el contexto nacional.

2. El principio de *ultima ratio* y el contexto del sistema penal boliviano

En virtud al principio de *ultima ratio*, el ejercicio del poder punitivo estatal por medio de la sanción penal únicamente debería emplearse cuando los otros sistemas de control fallen (TCP, Sentencia Constitucional Plurinacional 1337, 2012). El mismo se encuentra integrado por los postulados de: (1) subsidiariedad, en consideración al cual, antes de utilizar el sistema penal, se debe recurrir primero a otros controles menos gravosos dentro del sistema Estatal; y de (2) fragmentariedad, el cual establece que “el Derecho penal solo debe intervenir o aplicarse en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-365/12, 2012).

Contrariamente, en la práctica del foro, el miedo a la pena ha generado que hoy en día se esté dando un uso instrumental del sistema penal³,

³ Bertolio (2003) considera inadmisibles que “el Estado se ponga al servicio del interés pecuniario o de la venganza personal, que son casi siempre los móviles que llevan al damnificado a ejercer la acción pública, móviles que se ponen en evidencia si nos

por el cual la amenaza de la pena se ha convertido en la manera más fácil y rápida para que la parte afectada logre el resarcimiento del daño sufrido, abandonando el proceso penal una vez logrado su cometido.

A su vez, este uso instrumental ha derivado en la inflación punitiva⁴, reflejada en la ‘penalización’ de controversias comerciales y civiles, debido a que, a fin de lograr un rápido resarcimiento del daño, en conflictos surgidos en el marco de una relación jurídica entre privados, la parte afectada prefiere ampararse en la amenaza de la pena y acudir a la justicia penal, cuando dichos conflictos, al no generar un verdadero daño o puesta en peligro del interés general, podrían ser resueltos por otras vías.

Dicho uso instrumental también es producto de la poca confianza de la población en la eficacia de los otros niveles de intervención, situación que provoca el empuje de “los conflictos hacia la intervención penal, provocando el fenómeno que se ha denominado inflación punitiva” (Binder A. M., 2018, p. 15). Esta distorsión de la acción penal es una de las principales causas de la crisis en la justicia penal, la cual deriva en otros males, como la sobrecarga procesal que sufren los juzgados penales, que a su vez deriva en la retardación de justicia y reparación del daño a la víctima.

En Bolivia, la referida inflación punitiva se ve reflejada en los datos vertidos por el Consejo de la Magistratura en el Anuario Estadístico Judicial (2018), donde se establece que los Juzgados de Sentencia Penal de las ciudades capitales y El Alto atendieron 11.080 causas sobre delitos de acción privada, prácticamente el doble de causas sobre delitos de acción pública (5.658). En cuanto a la sobrecarga procesal y la retardación de justicia que afectan al sistema penal, el Informe de Rendición de Cuentas

fijamos el gran número de querellantes que desisten de su acción, dando pretextos fútiles, una vez que han recibido la suma en la que se consideraban perjudicados” (p. 33).

⁴ Binder (2018) diferencia dos procesos dentro del fenómeno de la inflación punitiva: “el que lleva al aumento permanente de las tasas de uso de la cárcel y el segundo referido al aumento de delitos en la legislación” (p. 15).

Inicial del Consejo de la Magistratura (2018) establece que el 64% de las causas de las ciudades y provincias en Bolivia se concentran en materia penal. A su vez, dentro del referido Anuario Estadístico Judicial (2018) se establece que los Juzgados de Instrucción Penal atendieron 148.263 causas en la gestión 2018, de las cuales se fueron resueltas 74.270 (50,09%), dejando 73.993 (49,91%) causas pendientes para la siguiente gestión. En cuanto a los Juzgados y Tribunales de Sentencia Penal, los mismos atendieron 34.196 causas, resolviéndose 9.878 (28,89%) y quedando pendientes 24.320 (71,11%) causas.

Sobre la aplicación de las salidas alternativas previstas en el CPP, según datos vertidos por el Consejo de la Magistratura, recuperados en el Informe sobre el estado de situación de la Justicia en Bolivia (Plataforma Ciudadana por el Acceso a la Justicia y los Derechos Humanos, 2018), en la gestión 2015 únicamente se resolvieron por esta vía el 5,68% del total de causas penales.

Los datos vertidos son una clara demostración del estado crítico en el cual se encuentra el sistema penal nacional, el cual se encuentra afligido no solo por la crisis institucional (dentro de la cual destaca la burocracia, el poco presupuesto destinado a la justicia y la falta de recursos humanos y materiales), sino también por el uso erróneo que se da de la acción penal por parte de la población, siendo ambos causales de los ya mencionados males que afectan a la vía penal.

De igual manera, otro de los problemas que afecta al sistema penal es la expropiación del daño a la víctima, reflejada en la tendencia de varios sistemas de justicia penal de considerar los procedimientos penales como procesos antagónicos entre el Estado y el delincuente, en los que la víctima apenas posee la condición de testigo.

La referida expropiación conllevó a que las soluciones emitidas se centren únicamente en el castigo al infractor, dejando de lado la reparación del daño a la víctima, al no ser esta una finalidad del sistema penal. Dichos males se ven reflejados en la opinión Maier (1992), el cual considera que

el derecho penal excluyó de sus finalidades tanto a la víctima como a la reparación del daño y que el derecho procesal penal únicamente otorga a la víctima el papel secundario de informar lo sucedido.

3. El arbitraje dentro de la Constitución Política del Estado

En consideración a los factores previamente señalados, los cuales cabe resaltar no afectan únicamente al sistema penal boliviano, sino que son una constante en diferentes Estados, y buscando soluciones frente a los referidos males, es que en los últimos años se ha promovido la implementación y el uso de vías extrajudiciales de justicia restaurativa⁵, a fin de asegurar que se acuda a la justicia penal como último recurso y únicamente en los casos que conlleven mayor gravedad, en los cuales si se genera la obligatoria intervención del Estado en defensa de la sociedad. Esta promoción de MASC busca además garantizar la revalorización del papel de la víctima dentro del proceso penal y la priorización en la reparación del daño sufrido por la misma.⁶

Teniendo presente dicho contexto, Bolivia no ha sido ajena al debate en cuanto a la posibilidad de promover e instaurar la aplicación de vías extrajudiciales para la resolución de ciertos conflictos que podrían ser considerados como delitos, más aun considerando que por la CPE, el Estado boliviano debería privilegiar la solución pacífica de controversias

⁵ Gordon Bazemore y Lode Walgrave (1999) definen la justicia restaurativa como “toda acción orientada principalmente a hacer justicia a través de la restauración o reparación del daño causado por el delito” (p. 49). Howard Zehr (2007), señala como principal característica de esta su “especial interés por aquellas necesidades de las víctimas que no son atendidas adecuadamente por el sistema de justicia penal” (p. 19).

⁶ Un claro ejemplo es la postura tomada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la cual, tras recomendación del Séptimo Congreso de la ONU sobre Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente, instó a los Estados miembros a la utilización de mecanismos oficiosos para resolver controversias, entre los cuales señala al arbitraje, ya que los mismos favorecen a la reparación en favor de las víctimas (Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985).

por sobre la aplicación de los instrumentos violentos, siendo además una obligación del Estado y de todos los bolivianos promover la instauración de la cultura de paz en el país (Arts. 10 y 108 inc. 4, CPE, 2009). Es así que, la vía arbitral no ha sido ajena a dicho debate, debido a que inicialmente la materia penal no se encuentra expresamente excluida de la arbitrabilidad objetiva establecida en las dos normas que regularon el arbitraje en Bolivia y cuya posibilidad de ser arbitrada fue ampliamente analizada en diferentes sentencias constitucionales, en las que se presentaron criterios contradictorios sobre la misma.

Como punto de partida, bajo el entendido de que el principio de cultura de paz tiene como objetivo encarar todo problema de forma no violenta, razón por la que se encuentra estrechamente ligada a los principios limitantes del poder punitivo⁷, es que se considera al arbitraje como manifestación de esta nueva tendencia constitucional.

Esta idea se ve reflejada en el Auto Supremo 681/2017, el cual, citando a Christian Tarifa (2010), desarrolla la conciliación dentro de la CPE, situación que puede ser aplicada de igual manera para el arbitraje, señalando tres artículos de la norma suprema: (1) el art. 1 de la CPE, que establece que “Bolivia se funda en la pluralidad y pluralismo político, económico, jurídico” (2009), entendiéndose por el mismo que dentro del Estado coexisten más de un régimen jurídico, por tanto “no solo la conciliación, sino todos los medios alternos de solución de controversias pueden ser incluidos en el denominado pluralismo jurídico (...) [como] la conciliación extrajudicial y el arbitraje (para citar los más importantes)” (Tarifa Foronda C., 2010, p. 33-35); (2) el art. 8.I de la CPE, al señalar que “el Estado asume y promueve como principio ético-moral de la sociedad plural el principio del: (...) ñandereko (vida armoniosa)” (2009), estableciendo que el Estado privilegia la solución pacífica de controversias a través del diálogo, por sobre la aplicación de

⁷ Binder (2004) sostiene que el derecho penal forma parte de un sistema de garantías, al cual define como un conjunto de principios cuyo objetivo es asegurar los fines del derecho penal y limitar el uso del poder punitivo.

los instrumentos violentos y la controversia; y (3) por último el art. 108 núm. 4, el cual instauro el deber de “defender, promover y contribuir al derecho a la paz y fomentar la cultura de paz” (2009).

A su vez, la SC 2472/2012 establece que el arbitraje cuenta con respaldo de la dogmática constitucional, haciendo hincapié una vez más en la pluralidad judicial establecida en el art. 1 de la CPE, pero añadiendo nuevos principios constitucionales que respaldan al arbitraje, entre los cuales señala: (1) los principios de dignidad, armonía y cultura de paz, establecidos en los arts. 7.II y 10.I de la CPE; (2) además de los principios de celeridad, equidad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos proclamados por el art. 178.I de la norma fundamental; y (3) los principios de eficacia y eficiencia característicos de la jurisdicción ordinaria, según el art. 180.I de la CPE.

De acuerdo a lo establecido en dicha sentencia, todos estos principios estructuran un esquema constitucional que faculta a la población a buscar mecanismos que los aparten de la “conflictividad judicial, con el objetivo superior de encontrar paz individual e irradiarla a la sociedad para generar un medioambiente social consonante con la cultura de la paz que permita el ejercicio equilibrado de los derechos individuales” (TCP, Sentencia Constitucional Plurinacional 2472, 2012).

De igual manera, la Ley 708 establece que el arbitraje se rige por el principio de cultura de paz, señalando que “los medios alternativos de resolución de controversias contribuyen al Vivir Bien” (art. 3). Es con base a estos antecedentes que se puede reafirmar la idea de que la promoción e instauración del arbitraje, como medio alternativo a la vía penal, significaría una verdadera manifestación y desarrollo de la aplicación de la cultura de paz en el país.

4. La materia penal dentro de la arbitrabilidad objetiva establecida por la Ley 708

En cuanto a la apertura de la legislación específica a esta medida, en Bolivia son dos las normas que regularon el arbitraje: la Ley 1770 de 1997 y la Ley 708 de 2015. La norma vigente, la Ley 708, no tiene una gran variación en cuanto a la arbitrabilidad objetiva respecto a su predecesora con relación al tema en cuestión, siendo dos los artículos que la delimitan: (1) el artículo 4, que establece las materias excluidas de la conciliación y el arbitraje; y (2) el artículo 5, señala las materias que se adecúan dentro de la exclusión expresa de dicha norma.

Dentro del artículo 4, la materia penal podría interpretarse, *prima facie*, excluida del arbitraje, en virtud a los incisos que establecen dentro de las materias no arbitrables las “cuestiones que afecten al orden público” y “las cuestiones concernientes a las funciones del Estado” (Art. 4, Ley 708). Sin embargo, no todos los delitos tipificados en el Código Penal suponen la vulneración o puesta en peligro del interés general, razón por la cual el Estado no actúa en determinados delitos. Dentro de estos supuestos se encuentran los delitos de acción privada, los cuales, como lo establece Vélez Mariconde (1982), condicionan el ejercicio de la potestad represiva del Estado. Además, dichos delitos se enmarcan dentro del requisito de la libre disponibilidad, ya que en los mismos el interés individual “subordina la realización jurídico penal, la cual queda condicionada a la pretensión del ofendido, quien puede disponer de ella no ejerciendo la acción o abandonando su ejercicio” (Clariá Olmedo, 2001, p. 174).

Sobre los delitos de acción pública, si bien la persecución penal de estos es una obligación del Ministerio Público, como se ha señalado previamente, en la práctica, las partes se amparan en determinados tipos penales (como la estafa) para camuflar conflictos que podrían ser dirimidos por otras vías, a fin de interponer sus causas al conocimiento

de juzgados penales y lograr el resarcimiento del daño a través de la amenaza de la pena.

Además, como lo señala Binder (2018), la costumbre de acudir a la violencia estatal para solucionar cualquier conflicto, se ve reflejada también en el aumento de delitos en la legislación penal; razón por la cual, una de las soluciones que propone el doctrinario para enfrentar la inflación punitiva es restringir los permisos legislativos para el uso de los instrumentos penales.

Como último antecedente sobre este tipo de delitos, cabe señalar que la jurisprudencia nacional, en los A.A.S.S. 002/2017 y 681/2017⁸, ya determinó la posibilidad de resolver por un MASC (en este caso la conciliación), no solo delitos de acción privada, sino también delitos de acción pública, “cuando se traten de delitos de contenido patrimonial, en delitos culposos que no tengan por resultado la muerte y en aquéllos delitos que no se encuentren en el catálogo de prohibiciones previsto por el art. 67 de la Ley del Órgano Judicial⁹” (TSJ, Auto Supremo 002, 2017), debiendo el tribunal de justicia ponderar la relevancia social del hecho “teniendo en cuenta los alcances del daño causado, de modo que si éste no afecta seriamente los intereses del Estado (...) y la sociedad” (TSJ, Auto Supremo 681, 2017).

Es en consideración a estos antecedentes, que se podría proponer la aplicación del arbitraje en materia penal, con base a la arbitrabilidad objetiva establecida en la Ley 708, no solo en delitos de acción privada,

⁸ Ambos AASS recogen los criterios de los principios de *ultima ratio* y oportunidad, además de adecuarse dentro de la tendencia de la gestión de la conflictividad y la política criminal.

⁹ La LOJ prohíbe la aplicación de la conciliación en los siguientes delitos: violencia intrafamiliar o doméstica y pública y en temas que involucren el interés superior de las niñas, niños y adolescentes; en procesos que sea parte el Estado; en delitos de corrupción, narcotráfico, que atenten contra la seguridad e integridad del Estado; y que atenten contra la vida, la integridad física, psicológica y sexual de las personas.

sino también en determinados delitos de acción pública cuya comisión no suponga una transgresión a los derechos fundamentales más importantes (vida, libertad, integridad física, psicológica, sexual, etc.), ni una violación o puesta en peligro del interés general o estatal; como medida para contrarrestar y alivianar los males que agobian al sistema penal.

5. Apertura de la legislación penal boliviana al principio de oportunidad y los MASC

Con respecto a la consideración de la legislación penal a dicha posibilidad, cabe señalar que el Código de Procedimiento Penal se rige bajo el principio de legalidad procesal, el cual establece que es facultad exclusiva del sistema penal el conocimiento y persecución de todos los delitos¹⁰, y el principio de oficialidad¹¹, por el cual dicha persecución debe ser realizada de oficio por un órgano del Estado.

El principio de oficialidad se encuentra plasmado en el artículo 16 del CPP, el cual establece que “la acción penal pública será ejercida por la Fiscalía, en todos los delitos perseguibles de oficio” (1999), y el principio de legalidad procesal en el artículo 42 del CPP, el cual señala que “corresponde a la justicia penal el conocimiento exclusivo de todos los delitos, así como la ejecución de sus resoluciones (...). La jurisdicción penal es irrenunciable e indelegable, con las excepciones establecidas en este Código” (1999).

¹⁰ Para Duce y Riego (2002), los principios de legalidad procesal y oficialidad, los cuales se ven plasmados en la persecución penal pública, constituyen “una de las herencias centrales del sistema inquisitivo [en virtud a su ideología por la que] (...) no se puede dejar de perseguir y sancionar todo delito cometido” (p. 175);

¹¹Buteler (1998) define al principio de oficialidad, como la reacción automática del Estado frente a la supuesta comisión de un delito, para investigar el mismo, exigir su juzgamiento y de ser el caso, su castigo.

La instauración de estos principios dentro de la legislación penal supuso la ya mencionada ‘expropiación’ del conflicto a la víctima, dado que, como lo señalan Vázquez Rossi (1995) y Cafferatta Nores (1996), el delito dejó de ser entendido como un daño y pasó a considerarse una infracción o desobediencia a la autoridad, la cual consecuentemente se ve facultada para controlar, castigar y disuadir de forma ejemplar para que no se reitere la comisión de dichos actos.

Es así que, el sistema boliviano mantiene la máxima fundamental del sistema inquisitivo, al mantener la persecución penal pública como regla general¹²; empero, como en los sistemas mixtos, el artículo 42 del CPP establece excepciones a dicha regla, dando paso al principio de oportunidad en la legislación nacional.

Contrariamente a lo establecido por los principios de legalidad procesal y oficialidad, Zaffaroni (2009) considera que la estructura del sistema penal impide que se pueda respetar a cabalidad los mismos, debido a que la capacidad operativa de las agencias del sistema penal (tanto en recursos humanos como materiales) es inferior a lo planificado, generando una brecha abismal entre la aplicación o práctica del poder programado y la capacidad operativa de las agencias. Es así que, en contrapartida a los principios de legalidad procesal y oficialidad, y ante la imposibilidad de perseguir todos los conflictos que conlleven la comisión de un delito, en la práctica se utilizan distintos mecanismos de selección.

Binder, citado por Horvitz Lennon (1997), señala que, como respuesta a dicha disparidad, se pueden tomar dos caminos: (1) ocultar el problema, generando que el sistema ejerza su propia selectividad sin ningún tipo de parámetros; o (2) establecer “líneas de política procesal que permitan orientar la selectividad del sistema conforme a ciertos valores” (p. 113).

¹²Este criterio lo plasma el TC al establecer que “la regla general del nuevo sistema procesal penal es el principio de legalidad o de obligatoriedad, según el cual corresponde al Ministerio Público instar la acción penal y dirigir la investigación” (TC, Sentencia Constitucional 1152/2002-R, 2002).

Es en este contexto que surge el principio de oportunidad, el cual establece la facultad de los órganos encargados de la persecución penal de “no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva o subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar” (Cafferatta Nores, 1996, p. 12); ello con el fin de coadyuvar al descongestionamiento del sistema judicial, a la optimización de recursos, a la reducción del uso del poder punitivo y al favorecimiento de la reparación del daño.

Dentro del sistema procesal penal boliviano, la instauración del principio de oportunidad se encuentra reconocida por las SSCC 1152/2002-R, 1665/2003-R y 437/2003-R, las cuales consideran al principio de oportunidad como excepción al principio de legalidad procesal, por el cual la ley faculta al fiscal a que en determinados casos se abstenga de promover o proseguir la acción penal, con el fin de coadyuvar al descongestionamiento del aparato judicial y permitiendo que se priorice la reparación del daño sufrido por la víctima.

La aplicación del principio de oportunidad dentro del CPP se puede observar en las salidas alternativas¹³, establecidas en los artículos 301 numeral 4 y 323 numeral 2 del mismo cuerpo normativo, las cuales se encuentran fundamentadas en dicho principio (como lo establecen las SSCC 1152/2002-R y 437/2003-R) y cuya incorporación “fue una decisión político criminal, adoptada por el Estado boliviano producto del sinceramiento del sistema de justicia penal, frente a la imposibilidad real de perseguir todos los casos que llegaban a su conocimiento” (Auto Supremo 002/2017).

¹³ Las salidas alternativas contempladas en el CPP son: (1) los criterios de oportunidad, establecidos en el Art. 21; (2) el procedimiento abreviado, en el Art. 374; (3) la conciliación, considerada en el Art. 327; y (4) la suspensión condicional del proceso, en el Art. 24.

Es así que, si bien inicialmente los artículos 16 y 42 del CPP impedirían la arbitrabilidad de toda cuestión que se considere delito¹⁴, con base en la apertura de la normativa penal al principio de oportunidad y a la ya aceptación de diferentes salidas alternativas y MASC, las cuales dan vigencia al principio de *ultima ratio* en la práctica penal, se podría fundamentar y viabilizar la aplicación del arbitraje en materia penal, permitiendo que el fiscal, amparado en el principio de oportunidad, se abstenga de iniciar o proseguir con la acción penal, cuando el conflicto recaiga en la existencia de una cláusula penal y no suponga la vulneración de los bienes jurídicos más importantes; ello con la finalidad de aligerar la sobrecarga procesal, limitar el uso de los instrumentos violentos estatales y permitir al mismo tiempo una rápida reparación del daño al afectado; medida que no sería contraria a la finalidades y principios establecidos la normativa penal vigente, sino que se adecuaría dentro de los mismos.

6. Las diferentes líneas jurisprudenciales respecto a la aplicabilidad del arbitraje en materia penal

Una vez analizada la apertura de la normativa nacional vigente a la posibilidad de arbitrar determinados conflictos que podrían ser calificados como delitos, cabe destacar que la jurisprudencia constitucional no ha sido ajena a esta posibilidad, es más, la misma ha sido ampliamente analizada y debatida en diferentes sentencias, desarrollándose en Bolivia dos líneas jurisprudenciales completamente opuestas.

Inicialmente, existía en Bolivia una línea jurisprudencial plasmada en las SSCC 0770/2006-R, 0068/2007-R y 0487/2007-R, la cual determinaba la incompetencia de la o el juez en materia penal cuando los hechos puestos

¹⁴Se enmarcaría dentro de las materias excluidas establecidas por la Ley 708: “No podrá someterse a la conciliación ni al arbitraje lo siguiente: 4. cualquier otra determinada por la Constitución Política del Estado y la Ley” (Art. 4. 4).

bajo su conocimiento incurrieran sobre la existencia de una cláusula o convenio arbitral, por la que las partes habían renunciado a la vía ordinaria a fin de resolver sus conflictos mediante arbitraje.

Dicha línea jurisprudencial fue modificada por la SC 2634/2010 y siguientes (SSCC 0477/2015-S1, 0066/2016-S2 y 0693/2016-S3), las cuales determinaron la improcedencia de la excepción de arbitraje cuando el conflicto entre partes sea resultado de la comisión de un delito de acción pública, debiendo resolverse dichas causas únicamente por vía penal.

Contrariamente, y de forma posterior a la SC 2634/2010, la SC 1337/2012 reiteró los criterios establecidos en la primera línea jurisprudencial y reafirmó la aplicabilidad del arbitraje en materia penal, al señalar que:

El Tribunal Constitucional ya determinó que la Ley de Arbitraje y Conciliación es aplicable en materia penal, cuando las partes voluntariamente suscriben contratos incluyendo una cláusula de sometimiento a dicha ley para los casos en los que surjan controversias, casos en los cuales la inclusión de esta cláusula implica la renuncia a acudir a la justicia ordinaria en tanto se agote la vía conciliatoria y arbitral.

Además, en la misma sentencia se desarrolla el ya mencionado principio de *ultima ratio*, haciendo referencia al derecho comparado, específicamente al de Colombia, en el cual “la Corte [Constitucional] ha sostenido que el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado” (Sentencia C-365/12).

En contradicción con la SC 1337/2012, las últimas sentencias constitucionales en la materia continuaron la línea jurisprudencial establecida por la SC 2634/2010, como las ya mencionadas SC 0477/2015-S1, 0066/2016-S2 y 0693/2016-S3. Empero, como último antecedente se tiene a la SC 0310/2019-S2 de 29 de mayo, la cual,

después de analizar las dos líneas jurisprudenciales previamente señaladas, concluye que si bien no existe una respuesta uniforme respecto a la posibilidad de que la cláusula arbitral conlleve la incompetencia de los jueces penales, se debe comprender ambas líneas jurisprudenciales de forma armónica, debiendo analizarse cada caso en concreto, considerando que:

1) Si la cláusula es amplia y permite la resolución de cualquier controversia en la vía específicamente señalada en el contrato; es en ella, donde deben ser dilucidados todos los conflictos que podrían presentarse (...) con la aclaración que, si en dicha vía se observan indicios de responsabilidad penal, deberán remitirse antecedentes a la vía penal [conforme a la línea jurisprudencial plasmada en las SSCC 0770/2006-R, 0068/2007-R, 0487/2007-R y 1337/2012]; y, **2)** Si la cláusula está limitada a aspectos vinculados al cumplimiento del contrato, y en la acción penal el hecho investigado no está referida a dichos aspectos, corresponderá que su conocimiento sea asumido por la jurisdicción penal [conforme a la línea jurisprudencial iniciada por la SC 2634/2010-R].

Por tanto, con base en las líneas jurisprudenciales previamente desarrolladas, la posibilidad de resolver por vía arbitral determinados conflictos que podrían calificarse como delitos también tendría sustento en la jurisprudencia constitucional y únicamente restaría establecer en que delitos procede y en cuales no, para ser plenamente congruente con lo establecido por la SC 0310/2019-S2 y la línea jurisprudencial iniciada por la SC 2634/2010-R.

7. Beneficios de la aplicación del arbitraje en materia penal

Como se ha señalado previamente, la aplicación de MASC supone una serie de ventajas tanto para las partes como para el sistema de justicia. Es así que, entre los beneficios que conllevaría la medida, la aplicación del arbitraje supondría mayor celeridad en cuanto a la solución del

conflicto en comparación con la vía ordinaria. Como señalan Matheus (2003), Rodríguez Mejía (2013) y Vucsanovich (2017), la celeridad es una de las principales ventajas genéricas que ofrece el arbitraje, la cual se ve reflejada en la facultad de las partes de ampliar o reducir los plazos procesales. Dicha celeridad se encuentra plasmada en la Ley 708, que establece a la misma dentro de los principios rectores bajo los cuales se enmarca el arbitraje, “comprende el ejercicio oportuno y sin dilaciones en la solución de controversias” (Art. 3). Además, los principios de economía y flexibilidad, también reconocidos por la Ley 708, coadyuvan a la celeridad del proceso arbitral, al determinar que este debe desarrollarse evitando trámites innecesarios y promoviendo la informalidad y adaptabilidad de los actos procesales a los requisitos de las partes. De igual manera, la Ley 708 otorga a las partes la facultad de reducir los plazos procesales, facultad que se encuentra plasmada en su art. 50, de cuya redacción se entiende que “la facultad de disminuir el plazo de la etapa de méritos, descansa en las partes, en tanto que la facultad de ampliar dicho plazo es potestad exclusiva del Tribunal arbitral” (Tarifa Foronda, 2016, p. 132). Por tanto, pese a que la Ley 708 establece diferentes plazos dentro del proceso, los mismos pueden ser moldeados a la voluntad de las partes, que tienen la potestad de reducir los actuados procesales en virtud a sus necesidades.

Asimismo, la referida celeridad conllevaría a una pronta reparación del daño ocasionado a la “víctima”¹⁵, cumpliéndose de esta manera con el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento en forma oportuna instaurado en la CPE (Art. 113); además de priorizarse dicha reparación dentro del proceso arbitral por sobre la sanción. Sobre este punto, cabe destacar que, dentro del arbitraje, las partes gozan de igualdad de condiciones, oportunidades, derechos y deberes, siendo fundamental el papel de la “víctima” y engrandeciéndose el mismo en

¹⁵ En el proceso arbitral es el demandante el que considera haber sufrido algún daño por el actuar de la contraparte.

comparación a la vía penal, donde goza de un papel secundario dentro del proceso, siendo este otro beneficio que supondría la medida.

De igual manera, Caivano (2012) considera como ventajas comparativas del arbitraje frente a la jurisdicción estatal: la confidencialidad, la especialización, la economía de recursos materiales y humanos, el menor grado de enfrentamiento entre las partes, la flexibilidad, la mayor participación de las partes en el proceso y su intermediación entre estas y el árbitro. Dichas ventajas hacen al arbitraje una opción más eficiente que la vía ordinaria.

Por otra parte, la medida supondría beneficios incluso para la administración de justicia, ya que como ha sido señalado previamente y con base en la realidad actual del sistema penal, reflejada en los datos otorgados por el Consejo de la Magistratura, la medida coadyuvaría a aliviar la carga procesal que sufren los juzgados penales, logrando cierto descongestionamiento de los mismos y permitiendo que los jueces penales presten todo su esfuerzo en resolver únicamente aquellos delitos que suponen una mayor gravedad. Consecuentemente, se ayudaría a que los procesos penales avancen con mayor rapidez y los implicados puedan tener una sentencia pronta, disminuyendo así la retardación de justicia, además de contribuir a la aplicación del principio de *ultima ratio* en materia penal, al acudir a una vía menos lesiva que la penal, cumplimiento que es esencial si se busca instaurar la cultura de paz dentro de la sociedad.

Sobre este último punto, como lo establece la SC 2472/2012 y ha sido desarrollado previamente, el arbitraje encuentra respaldo en la dogmática constitucional, no solo en el pluralismo jurídico en el cual se basa el Estado (Art. 1, CPE) y por el cual se considera que el arbitraje es una expresión de la jurisdicción formal¹⁶, sino también en los

¹⁶ La SC 2472/2012 considera que el arbitraje es “una expresión de la jurisdicción formal por ser consagrada como vía jurisdiccional delegada por

principios constitucionales de cultura de paz, dignidad, armonía, celeridad, equidad, participación ciudadana, armonía social, entre otros. Dichos principios constitucionales se encuentran plasmados en la Ley 708 y rigen los procedimientos arbitrales (Art. 3, Ley 708). Por ende, la utilización del arbitraje para dirimir conflictos susceptibles de ser calificados como delitos, supondría una verdadera aplicación de los principios constitucionales de cultura de paz, vivir bien y justicia plural, permitiendo alejar a las personas de la conflictividad judicial, poniendo al alcance de estas un mecanismo alternativo para solucionar sus conflictos sin necesidad de acudir al poder punitivo estatal, en pro de la superación de la cultura litigiosa por una cultura de paz.

8. Conclusiones

Considerando la realidad actual del sistema penal boliviano, el cual, como lo reflejan los datos vertidos por el Consejo de la Magistratura, se encuentra agobiado por diferentes males, dentro de los cuales destacan la inflación punitiva, la sobrecarga procesal y la retardación de justicia, además de la poca o nula atención que se le da a la víctima y a la reparación del daño sufrido por la misma, es que en la presente investigación se analizó la posibilidad de permitir que las partes resuelvan por arbitraje conflictos que podrían ser calificados como delitos, en virtud a la existencia de una cláusula o convenio arbitral por el cual las mismas previamente pactaron acudir a la decisión de un tribunal arbitral y renunciaron a la vía ordinaria.

Es así que, desde el análisis de la legislación nacional vigente y la jurisprudencia constitucional, se estableció que el arbitraje encuentra respaldo en diferentes principios y valores que propaga la CPE, entre los

el órgano Judicial”; reconociéndose de esta manera la naturaleza jurisdiccional del arbitraje en Bolivia.

cuales destacan los principios de pluralidad jurídica, vida armoniosa y cultura de paz, además de determinar que la instauración del arbitraje en materia penal supondría una verdadera aplicación de los mismos, ya que permitiría priorizar la reparación del daño como medio de solución del conflicto por sobre el uso de los instrumentos violentos y la pena, además de alejar a las personas de la conflictividad judicial, en pro de la superación de la cultura litigiosa por una cultura de paz.

Asimismo, es necesario resaltar que la arbitrabilidad objetiva establecida por la Ley 708 no prohíbe de manera expresa la materia penal de la vía arbitral, es más, se analizó diferentes sentencias constitucionales que señalan que la ley de arbitraje es aplicable en materia penal, entre las cuales destacan las SSCC 1337/2012 y 0310/2019-S2.

En cuanto a la normativa penal vigente, la cual si bien se encuentra fundamentada en los principios de legalidad procesal y oficialidad, los cuales se ven reflejados en la persecución penal pública, también se establecen excepciones a dichos principios, dando paso al principio de oportunidad en la legislación nacional, mediante el cual se fundamentan las salidas alternativas que dispone el CPP y por el que se podría viabilizar la instauración del arbitraje en materia penal, sin que esta medida suponga una contradicción con la normativa penal ni con el sentido de la misma.

Por tanto, en virtud a los antecedentes previamente desarrollados y con base en los principios de *ultima ratio* y oportunidad, considerando que la medida no sería contraria a la normativa vigente, además de haber sido aceptada la misma por diferencias sentencias constitucionales, se podría plantear la aplicación del arbitraje para solucionar conflictos emergentes de contratos con cláusula o convenio arbitral, los cuales pudieran ser calificados como delitos, y que no supongan la afectación de bienes jurídicos fundamentales, no generándose la obligatoria intervención del Estado al no afectar un interés general; enmarcándose de esta manera dentro de los límites establecidos por la doctrina en cuanto a la arbitrabilidad objetiva y plasmados por la legislación vigente.

De ser factible esta posibilidad, se podría aligerar la crisis que afecta al sistema penal, disminuyéndose la carga procesal de los jueces penales, los cuales tendrían que revisar únicamente la comisión de delitos que conlleven una mayor gravedad (*ultima ratio*).

Además, esta posibilidad articularía el principio constitucional de cultura de paz, considerando que el desarrollo pleno de una cultura de paz está ligado a “la posibilidad de que todas las personas en todos los niveles desarrollen aptitudes para el diálogo, la negociación, la formación de consenso y la solución pacífica de controversias” (Resolución 53/243 de la Asamblea General, 1999); dado que una de las maneras de promover la misma es mediante el cumplimiento del principio de *ultima ratio*, el cual garantiza que se recurra a otros controles menos gravosos antes de acudir al poder punitivo, priorizando la solución pacífica de los conflictos sobre la litigiosa. De igual manera, la aplicación de mecanismos de justicia restaurativa como el arbitraje supondría la priorización de la reparación del daño a la víctima por sobre la sanción al infractor.

Habiéndose establecido las razones y los beneficios por los cuales el sistema penal nacional podría y debería dar apertura al arbitraje como mecanismo para dirimir ciertos conflictos que podrían ser considerados delitos, aún se debe determinar en qué delitos sería posible acudir a la vía arbitral, considerando que no es factible dirimir por esta todos los delitos tipificados en el Código Penal.

Inicialmente, en virtud a que en la actualidad la conciliación es posible no solo en los delitos de acción privada, sino también en procesos de acción pública que traten sobre delitos de contenido patrimonial, delitos culposos que no tengan por resultado la muerte y aquellos no prohibidos por el art. 67 de la LOJ¹⁷, se podría proponer que el arbitraje

¹⁷ La LOJ en su Art. 67 prohíbe la solución por conciliación de los siguientes delitos: violencia intrafamiliar o doméstica y pública y en temas que involucren el interés superior de las niñas, niños y adolescentes; en procesos

sea aplicable en los mismos casos, prohibiendo su aplicación solo en aquéllos delitos que supongan una mayor gravedad, los cuales únicamente deben ser resueltos por vía penal.

Sin embargo, se recomienda que la autoridad judicial realice un análisis en cada caso en concreto, no solo para establecer el alcance de la cláusula arbitral (como lo señala la SC 0310/2019-S2), sino también para ponderar la relevancia social y jurídica del hecho, a fin de establecer la gravedad del mismo y la posibilidad de solucionarlo por un MASC, “teniendo en cuenta los alcances del daño causado, de modo que si éste no afecta seriamente los intereses del Estado (...) y la sociedad” (A.S. 681/2017).

9. Referencias

Doctrina

- Bazamore, G., & Walgrave, L. (1999). *Restorative Juvenile Justice*. Missouri: Willow Tree.
- Bertolino, P. J. (2003). *La víctima del delito en el Proceso Penal Latinoamericano*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Binder, A. M. (2004). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc SRL.
- Binder, A. M. (2018). *Derecho Procesal Penal Tomo IV*. Buenos Aires: Ad Hoc SRL.
- Buteler, J. (1998). *Los problemas constitucionales y procesales que plantea el principio de oportunidad en el Derecho Argentino*. Mendoza: Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Derecho.

que sea parte el Estado; en delitos de corrupción, narcotráfico, que atenten contra la seguridad e integridad del Estado; y que atenten contra la vida, la integridad física, psicológica y sexual de las personas.

- Cafferatta Nores, J. I. (1996). *El Principio de Oportunidad en el Derecho Penal Argentino. Teoría, realidad y perspectivas*. Argentina.
- Caivano, R. (2012). *El arbitraje, nociones introductorias*. Derecho-comercial. Recuperado de: <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001.pdf>
- Caivano, R. (2013). *La expansión de la materia arbitrable, en dos recientes ejemplares*. El Derecho (ED). Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/viewFile/13801/14425>
- Clariá Olmedo, J. A. (2001). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Duce, M., & Riego, C. (2002). *Introducción al nuevo sistema Procesal Penal*. Santiago: Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650247>
- Follonier-Ayala, A. (2012/2013). *La formación del convenio arbitral internacional en América Latina y Suiza*. Lima Arbitration Revista del Círculo Peruano de Arbitraje No. 5. Recuperado de: http://limaarbitration.net/LAR5/Alejandro_Follonier_Ayala.pdf
- Horvitz Lennon, M. I. (1997). *Ministerio Público y selectividad*. Pena y Estado: Revista Latinoamericana de Política Criminal, 111-124.
- Maier, J. B. (1992). *La víctima y el sistema penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2528762.pdf>
- Matheus López, C. A. (2003). *Introducción al derecho de arbitraje peruano*. Universitas. Recuperado de: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14808>

- Mourre, A. (2008). *Arbitraje y derecho penal: competencia, arbitrabilidad y derechos del tribunal arbitral*. Revista Internacional de Arbitraje. Recuperado de: http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rarbitraje&document=rarbitraje_7680752a7d2a404ce0430a010151404c
- Rodríguez Mejía, M. (2013). *Medidas cautelares en el proceso arbitral*. Bogotá: Colombia: Xpress Studiográfico y Digital S.A.
- Tarifa Foronda, C. (2010). *Conciliación y mediación en el derecho boliviano: Promoviendo la cultura de paz*. La Paz: Arte y Papel.
- Tarifa Foronda, C. (2016). *Análisis de la ley Nro. 708 de la conciliación y arbitraje*. La Paz: Artes gráficas.
- Vázquez Rossi, J. (1995). *Derecho Procesal Penal*. Salta: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Vélez Mariconde, A. (1982). *Derecho Procesal Penal*. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba SRL.
- Vucsanovich, I. (2017). *Arbitraje la importancia de la voluntad de las partes en el nuevo régimen arbitral boliviano*. La Paz: Omikron.
- Zaffaroni, E. R. (2009). *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar. Sociedad Anónima Editorial.
- Zehr, H. (2007). *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. Estados Unidos: Good Books. Recuperado de: https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/el_pequeno_libro_de_la_justicia_restaurativa.pdf

Legales

- Constitución Política del Estado (2008). Gaceta Oficial de Bolivia.
- Código de Procedimiento Penal Nro. 1970 (1999). Gaceta Oficial de Bolivia.
- Ley de Arbitraje y Conciliación Nro. 708 (2015). Gaceta Oficial de Bolivia.

Exposición de motivos de la Ley de Arbitraje y Conciliación Nro. 708 (2015). No publicado.

Ley de Arbitraje y Conciliación Nro. 1770 (1997) [Abrogada]. Gaceta Oficial de Bolivia.

Ley del Órgano Judicial Nro. 025 (2010). Gaceta Oficial de Bolivia.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia núm. 1152/2002-R de 23 de septiembre.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia núm. 437/2003-R. de 22 de septiembre.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia núm. 1665/2003-R de 17 de noviembre.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia núm. 0770/2006-R de 8 de agosto.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia núm. 0068/2007-R de 9 de febrero.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia núm. 2634/2010 de 6 de diciembre.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia núm. 1337/2012 de 19 de septiembre.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia núm. 2472/2012 de 28 de noviembre.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia núm. 0477/2015-S1 de 15 de mayo.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia núm. 066/2016-S2 de 12 de febrero.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia núm. 0693/2016-S3 de 14 de junio.

Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia núm. 0310/2019-S2 de 29 de mayo.

Sucre. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Penal. Auto Supremo núm. 681/2017 de 08 de septiembre.

Sucre. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Penal. Auto Supremo núm. 002/2017 de 9 de enero.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia núm. C-365/12 de 16 de mayo.

Informes nacionales e internacionales

Anuario Estadístico Judicial (2018). Dirección Nacional de Políticas de Gestión. Consejo de la Magistratura.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1999). *Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz*. (A RES 53/243).

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1985). *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder* (Resolución 40/34).

Informe de Rendición de Cuentas Inicial (2018). Consejo de la Magistratura.

Informe sobre el estado de situación de la Justicia en Bolivia (2018). Plataforma Ciudadana por el Acceso a la Justicia y los Derechos Humanos.

Aplicación de la teoría de actos propios para la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias en Bolivia¹

Application of the stoppel for the extension of the arbitration agreement to non- signatory parties in Bolivia

MARÍA FERNANDA ROJAS SANGÜESA *

Recibido: 28 de julio de 2020

Aceptado: 12 de octubre de 2020

Resumen

Debido a la complejidad de las relaciones jurídicas, se ha podido evidenciar que, en ocasiones, una parte que no ha suscrito la cláusula arbitral, a través de sus propios actos, ha otorgado su consentimiento. Asimismo, es posible que a lo largo de la relación contractual se incorporen nuevos actores. Es por esto que, la doctrina, ha desarrollado teorías justificativas que reconocen que la cláusula arbitral puede ser extendida de manera excepcional a partes no signatarias. Una de estas es la teoría de los actos propios que comprende el consentimiento tácito y la buena fe. Perú es uno de los países que ha adoptado esta teoría

¹ Esta investigación es parte de la tesis de grado “Aplicación de la teoría de actos propios para la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias en Bolivia”, que la autora defendió en agosto de 2020 en la carrera de Derecho de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” en la ciudad de La Paz, Bolivia para la obtención de su licenciatura en Derecho.

* Licenciada en Derecho (Universidad Católica Boliviana “San Pablo”). Investigadora independiente y entrenadora del equipo de arbitraje de la UCB. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8811-9123>

Contacto: fer.rojas.san.07@gmail.com

Revista de Derecho de la UCB – *UCB Law Review*, Vol. 4 N° 7, octubre 2020, pp. 133-170 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa). DOI: <https://doi.org/10.35319/lawreview.2020752>

en su Ley de Arbitraje. Al respecto, si bien en Bolivia se reconoce el consentimiento tácito, no se han determinado sus alcances en materia arbitral, y tampoco se reconoce expresamente dicha teoría en la Ley de Conciliación y Arbitraje. Razón por la cual, se realizó un análisis, y se establecieron las condiciones de compatibilidad jurídica entre ambos países para determinar cuáles son los alcances y criterios que se deben tomar en cuenta para adoptar o no esta teoría en nuestro país, a fin de evitar su incorrecta aplicación que ocasionaría una violación a la seguridad jurídica de las partes.

Palabras clave: partes no signatarias / consentimiento tácito / buena fe / actos propios / condiciones de compatibilidad.

Abstract

Due to the complexity of legal relation, it has been possible to evidence that, sometimes, a party that has not signed the arbitration agreement, through its own acts, has granted its consent. Likewise, it is possible that new actors may be incorporated during the contractual relationship. Because of this reason, the doctrine has developed justification theories that recognize that the arbitration agreement may be extended exceptionally to non-signatory parties. One of these is the theory of *stoppel*, which includes implicit consent and good faith. Peru is one of the countries that have adopted this theory in its Arbitration Law. In this regard, although Bolivia recognizes implicit consent, its scope in arbitration matters has not been determined, nor is this theory explicitly recognized in the Conciliation and Arbitration Law. For this reason, an analysis was made and the conditions of legal compatibility between both countries were established in order to determine the scope and criteria that must be considered to adopt this theory in our country, in order to avoid its incorrect application that would cause a violation to the legal security of the parties.

Keywords: non-signatory parties / implicit consent / good faith / stoppel/ conditions of compatibility.

1. Estado de la cuestión

El arbitraje tiene su partida de nacimiento en el acuerdo que suscriben las partes, en este sentido, los convenios en materia de arbitraje exigen que la cláusula arbitral conste por escrito. Esta exigencia “tiene su razón de ser en que todo acuerdo arbitral válido excluye la jurisdicción ordinaria, por lo cual, el motivo que justifique la obligación que conste por escrito asegura la existencia de este acuerdo” (Redfern, 2007, p. 222).

En virtud a ello, las diversas legislaciones han adoptado esta posición y es un requisito de forma que el acuerdo conste por escrito. Sin embargo, el requisito que esté firmado por las partes ha generado inconvenientes en cuanto a los alcances que ésta pueda tener.

Por esta razón, pese a que la cláusula arbitral conste por escrito, se puso en tela de juicio la forma en que las partes deben brindar su consentimiento. En la doctrina, se pueden encontrar dos corrientes, una de ellas alega que el fundamento principal del arbitraje es el consentimiento expreso e inequívoco de las partes. Por el contrario, otro sector de la doctrina que alega que es posible la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias en virtud al consentimiento tácito de las partes, pues su actuar refleja una voluntad inequívoca de acudir a la jurisdicción arbitral.

Por una parte, se encuentran aquellos que se oponen a la extensión de la cláusula arbitral en virtud al consentimiento tácito, añadiendo que debe existir consentimiento expreso en cuanto a la aceptación de la cláusula arbitral; sin perjuicio que exista aceptación del contrato principal.

Una persona realiza una oferta para la celebración de un contrato que a su vez contenga una oferta para la celebración de un acuerdo arbitral, tanto el

contrato principal como el convenio arbitral se considerarán formados al momento en el cual el oferente reciba la aceptación de la contra parte, tanto del contrato, como del acuerdo arbitral (Martín, 2015).

Es decir, si existe aceptación del contrato principal y no así del acuerdo arbitral, no puede considerarse como aceptación, tomando en cuenta que el acuerdo arbitral es autónomo.

Por otra parte, existe una corriente doctrinaria muy diferente que, considera que es posible brindar el consentimiento de manera implícita. Es decir, en ocasiones, una parte que no ha firmado el convenio Arbitral, a través de sus propios actos, ha otorgado su consentimiento tácito. De igual forma, es posible que durante la ejecución de la relación contractual continente de la cláusula arbitral existan nuevos actores “que se vienen favoreciendo de dicha ejecución, derivan beneficios o derechos contractuales consistentemente y por sus propios actos vienen demostrando lealtad al contrato principal que contiene un convenio arbitral que ellos conocen perfectamente y están de acuerdo en que exista” (Santistevan, 2008, p. 25).

Razón por la cual, se han establecido lineamientos para justificar dicha extensión en virtud a determinados patrones de hechos, es decir, la voluntad no es válida por sí sola si no ha sido exteriorizada. Borda (1946) precisa que la declaración de voluntad también debe entenderse por el proceder, actos, signos y aún el silencio que permite inferir a la otra parte la voluntad de obligarse.

Debido a lo señalado anteriormente, parte de la doctrina y la jurisprudencia internacional contemplan la posibilidad de extender la cláusula arbitral a partes no signatarias, en virtud a ciertos elementos fácticos y teorías jurídicas. Dentro de las teorías justificativas surgidas en Europa, se encuentran: *el consentimiento implícito o asunción del consentimiento basado en la conducta*, doctrina del grupo de sociedades, teoría del mandato aparente, y levantamiento del velo

societario. Asimismo, en EE. UU., también se ha extendido la cláusula arbitral a partes no signatarias en virtud a las siguientes teorías: incorporación por referencia, asunción de obligación, levantamiento del velo societario y *teoría de actos propios*. Como es evidente, la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias es aceptada en muchos países, sin embargo, sin perjuicio de la teoría justificativa en la cual se base, el consentimiento tácito es su fundamento principal, pues sin consentimiento no puede existir arbitraje.

Al respecto, el presente artículo está enfocado en la *la asunción del consentimiento basado en la conducta o teoría de actos propios* para la concurrencia de una de las partes al arbitraje. Esta teoría asume que la participación directa y determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato, es un buen indicio para considerar que aquel no signatario ha consentido en formar parte del convenio arbitral (Matheus, 2018).

Y es que, si una parte ha invocado una cláusula o derecho alegando la existencia de una relación contractual, no puede –posteriormente– argüir desconocimiento en cuanto a la obligación de acudir al arbitraje, alegando que no es parte del conflicto.

A su vez, esta teoría tiene su fundamento en la buena fe, en su calidad de principio rector de las relaciones contractuales, entendido éste como “la confianza que debe presidir las relaciones jurídicas, le da legitimidad a las expectativas que cada parte forma respecto del comportamiento de su contraparte durante la prolongación de una relación contractual en particular” (Betti, 1969, p. 74).

En suma, la teoría de actos propios o asunción del consentimiento basado en la conducta, exige un comportamiento consecuente de las partes contratantes. Es decir, que nadie puede cambiar de comportamiento de manera injustificada cuando ha generado en otro, expectativa de comportamiento futuro López (1997). En efecto, esta teoría busca *prevenir que una parte asuma una posición contraria a*

sus actos propios y la misma pretenda hacer valer el contrato cuando le es beneficioso o niegue cuando le sea desventajoso.

Actualmente, en varios países de Latinoamérica, también se han adoptado estas teorías justificativas para la extensión de la cláusula arbitral, siendo Perú uno de ellos. Al respecto, un caso icónico suscitado en la República del Perú, expediente 451-2009 de 5 de marzo de 2013, abrió paso a la posibilidad de incluir en su legislación la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias. Por un lado se encontraba la empresa Technology Service Group, en adelante, TSG, contra Harinas Especiales, Langostinera Caleta Dorada S.A.C., Pesquera Libertad S.A.C., Procesadora del Campo S.A.C. y Pesquera Industrial Katamarán S.A.C.

Si bien, en primera instancia, las demandadas impugnaron el laudo y obtuvieron su anulación. En un segundo momento, la parte demandante, interpuso recurso de casación y la Corte Suprema, señaló que el Tribunal Arbitral, en virtud a la competencia con la que goza, estaba facultado para decidir acerca de la existencia y alcances de la cláusula arbitral. Este caso, sin duda alguna, estableció los lineamientos sobre los cuales es posible la extensión de la cláusula arbitral en dicho país.

En consecuencia y fruto del desarrollo de la doctrina y jurisprudencia en cuanto al consentimiento tácito basado en la conducta, en fecha 31 de agosto de 2008 entró en vigor la nueva Ley de Arbitraje Peruana, en la que se regula la extensión de la cláusula arbitral en su artículo 14, que refiere:

El convenio Arbitral se extiende a aquéllos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración o ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio Arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a

quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos (Ley de Arbitraje, 2008, art. 14).

De este modo, el legislador peruano permite, *de manera excepcional*, la extensión de la cláusula arbitral, dando solución a casos en los cuales sea necesaria o indispensable la participación de un no signatario para la resolución efectiva de un conflicto. Dicho esto, el presente artículo está dirigido a establecer las condiciones de compatibilidad del marco jurídico boliviano respecto al peruano para la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias en virtud a la teoría de actos propios desarrollada en el Perú.

Esta elección tiene tres motivos: En primer lugar, se ha elegido Perú al ser un país que, al igual que Bolivia, es miembro de la Comunidad Andina de Naciones, cuyo objetivo es el desarrollo integral y equilibrado para la integración latinoamericana, en consecuencia, existe cercanía cultural y de convivencia, lo cual ayudará a determinar de mejor manera si es o no posible la extensión de la cláusula arbitral a una parte no signataria, sin alejarse de la realidad social y normativa; en segundo lugar, porque en dicho país, existe basto desarrollo jurisprudencial y doctrinal del tema a tratar, de este modo existirá mayor precisión en la investigación; en tercer lugar, porque la Ley de Arbitraje Peruana regula la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias. En consecuencia, esto permitirá analizar los criterios establecidos por la legislación en cuanto al consentimiento tácito y la buena fe, como fundamentos principales para dicha extensión, además, conocerlos en la práctica.

2. Aspectos metodológicos

El tipo de investigación realizada fue de profundidad descriptiva, temporalmente sincrónica, siendo la ley y la jurisprudencia las fuentes primarias. Respecto al enfoque, se realizó una investigación cualitativa

debido a que la investigación estuvo enfocada en interpretar, comprender y describir los presupuestos exigidos por la legislación peruana para la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias en virtud a la teoría de los actos propios, misma que comprende el consentimiento tácito y la buena fe. Posteriormente, ese enfoque permitió establecer cuáles son las condiciones de compatibilidad del marco boliviano respecto al peruano para la extensión de la cláusula arbitral.

3. Compatibilidad jurídica

El *consentimiento tácito* y la *buena fe* son adoptados como objeto de estudio. En primer lugar, la Ley de Conciliación y Arbitraje ha adoptado varias propuestas contenidas en la Ley Modelo de la CNUDMI en su versión 2006 (Vucsanovich, 2017). Igualmente, la Ley de Arbitraje Peruana adoptó el modelo de ley de arbitraje propuesta por la CNUDMI, simplemente efectuándose ajustes y adecuaciones que los legisladores consideraron necesarios para ejercer mejor la práctica del arbitraje en el Perú (Montezuma, 2018).

Dicho modelo normativo, hace referencia al consentimiento tácito como constancia de la cláusula arbitral. Es decir, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. (Ley Modelo de la CNUDMI, 2006, art. 7, opción I, numeral 3).

En segundo lugar, el Código Civil Boliviano establece como requisito fundamental para la formación del contrato, el consentimiento. Asimismo, se establece que el consentimiento tácito resulta presumible de ciertos hechos o actos, este sentido, se toman en cuenta los actos propios de la persona para asumir la expresión de su consentimiento.

De igual forma, el Código Civil Peruano, señala que los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, tanto el consentimiento tácito como el expreso son aceptados, a menos que la ley exija una forma determinada.

Finalmente, en cuanto a la *buena fe*, la Ley de Conciliación y Arbitraje, determina que el arbitraje se sustenta en dicho principio y que las partes deben proceder de manera honesta y leal. De igual forma, el Código Civil Boliviano, establece que los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a su naturaleza y contenido específico, que se deducen por las disposiciones del ordenamiento jurídico, *las reglas de la buena fe* y el destino económico social de esos derechos y deberes. Asimismo, el contrato deba ser ejecutado de buena fe y obliga no sólo a lo que se ha expresado en él, sino también a todos los efectos que deriven conforme a su naturaleza.

La exigencia de la buena fe, también se plasma en el artículo 1362 del Código Civil Peruano, el cual dispone que los contratos deban negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. Por su parte, la Ley de Arbitraje Peruana, en su artículo 38, dispone que las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el Tribunal Arbitral en el desarrollo del arbitraje. (Art. 38, Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo 1071, 2008).

Para finalizar, en cuanto a los parámetros de compatibilidad a utilizarse, en palabras de Rodilla (2009) un sistema jurídico compatible, debe presentar: coherencias técnico-legales, coherencia en los principios que inspiran las normas y finalmente, coherencias normativas que regulen la conducta de las personas dentro del sistema jurídico.

3.1. Progresión histórica internacional

El 21 de junio de 1985, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en el décimo octavo período anual de sesiones, aprobó la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional. Razón por la cual la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (1985) emitió un informe en el cual señaló que:

La Asamblea General, en su resolución 40/72 de 11 diciembre de 1985, recomendó que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal Arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional.

La Ley Modelo, constituye una base sólida y alentadora para la armonización y el perfeccionamiento deseado de las leyes nacionales. Regula todas las etapas del proceso Arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo Arbitral, refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional. Resulta aceptable para Estados de todas las regiones y para los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo. Se adoptó la forma de una Ley Modelo como instrumento de armonización y perfeccionamiento dado que consiente a los Estados proceder con flexibilidad a la preparación de nuevas leyes de arbitraje. (Secretaría de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 1985)

En referencia a dicho cuerpo normativo, existen dos hitos que se deben destacar en esta investigación. Inicialmente, la Ley Modelo de la CNUDMI (1985) establecía que el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito y se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté

consignado en un *documento firmado* por las partes, o en un intercambio de comunicaciones.

Posteriormente, la Comisión de las Naciones para el Derecho Mercantil Internacional, mediante la Resolución 61/33, realizó enmiendas a la Ley modelo de la CNUDMI. Entre las cuales, se encuentra el artículo 7, op. I, definición y forma del acuerdo de arbitraje, el cual establece que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede *constancia* de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, *mediante la ejecución de ciertos actos* o por cualquier otro medio.

De este modo, la enmienda realizada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, permite que la forma y definición del acuerdo arbitral se adecue a la realidad. Redfern (2007), asegura que la armonización de la legislación sobre arbitraje en los distintos países del mundo puede lograrse en forma más efectiva mediante la adopción de una ley modelo o uniforme. En consecuencia, la Ley Modelo resultó ser un gran éxito, ya que su texto recorre de principio a fin el proceso arbitral, utilizando términos sencillos y claramente entendibles. Razón por la cual, ha sido adoptada por varios Estados, ya sea en su versión original o con algunos cambios.

Respecto al desarrollo jurisprudencial en el Perú, el caso emblemático tiene como antecedente que, en el año 2002, Technology Service Group, en adelante, TSG, celebró un contrato de prestación de servicios, con Harinas Especiales y Langostinera Caleta Dorada S.A.C., en adelante Caleta Dorada. En el cual, Harinas Especiales se obligó a producir harina de pescado, con pescado que era proporcionado por TSG. De igual forma, Harinas Especiales señaló ser la arrendataria de unas plantas de fabricación de harina que se encontraban en un terreno de propiedad de Caleta Dorada, quién brindó su consentimiento con el acuerdo, mismo que contenía una *cláusula arbitral*.

Posteriormente, Harinas Especiales cedió su posición contractual a Pesquera Industrial Chicama S.A.C, en adelante Chimaca, y los terrenos donde se encontraban las plantas fueron dados en garantía a TSG. Sin embargo, al cabo de un tiempo, Chimaca decidió resolver el contrato con TSG porque no le habría pagado una factura. A su vez, TSG también decidió resolver el contrato por incumplimiento contractual, valorizado en 1 millón de dólares.

Razón por la cual, TSG, en virtud a la cláusula arbitral existente, acudió a la vía arbitral y demandó a Pesquera Industrial Chicama S.A.C., Langostinera Caleta Dorada S.A.C., Pesquera Libertad S.A.C., Procesadora del Campo S.A.C. y Pesquera Industrial Katamarán S.A.C. (en adelante las demandadas), pretendiendo la resolución del contrato y el pago de la indemnización.

TSG alegó que si bien no todas las empresas demandadas habían suscrito la cláusula arbitral, todas ellas estaban vinculadas económicamente y que además, habían participado en una serie de acciones fraudulentas con el fin de burlar la deuda existente a su favor. Por su parte, las demandadas impugnaron la competencia del Tribunal Arbitral alegando la inexistencia de la cláusula arbitral.

Razón por la cual, el Tribunal Arbitral conformado por Alfredo Bullard, Rafael Montoya y Alberto Montezuma, reconocidos y connotados profesionales, emitieron un laudo estableciendo que las demandadas, efectivamente eran parte del arbitraje y que además, tenían responsabilidad solidaria frente a TSG. El Tribunal determinó que las demandadas se encontraban vinculadas en aplicación de doctrina y jurisprudencia que reconoce la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias. El fundamento 246 del laudo, citado por Cantuarias (2014) señaló lo siguiente:

Existe amplia doctrina y jurisprudencia de Tribunales Arbitrales, que acepta la inclusión en el arbitraje de personas o empresas que,

si bien no suscribieron el Convenio Arbitral, por la vinculación que tienen con la(s) demandada(s) principales –que sí firmaron el Convenio– sí pueden ser incluidas en un arbitraje, y posteriormente ser incluidas como partes demandadas a las que les alcanzarán los efectos del Laudo Arbitral (p. 175).

El Tribunal Arbitral señaló que si se descubre vinculación entre las empresas demandadas y común voluntad fraudulenta, se tiene que considerar que la empresa signataria (Caleta Dorada), y las demás empresas, conforman una misma parte. Por lo cual, los árbitros tienen competencia para pronunciarse frente a las partes signatarias y no signatarias; el Tribunal Arbitral, hizo énfasis en que no se encontraba frente a terceros ajenos a la cláusula arbitral, sino más bien, frente a partes.

En este sentido, el Tribunal Arbitral, decidió que era válido recorrer el velo societario a fin de encontrar la común voluntad de las empresas vinculadas. A partir de las pruebas aportadas por las partes y, en aplicación al levantamiento del velo societario, el Tribunal llegó a la conclusión que se trataba de empresas que:

Aparecen y desaparecen constantemente, con el objeto de circular los bienes de unas a otras lo que claramente conlleva el perjuicio de las terceras empresas con las que han contratado, las cuales se encuentran con empresas “de fachada” carentes de patrimonio ya que el mismo ha sido transferido a una nueva empresa, formalmente independiente pero que en realidad responde a una misma voluntad. (Parágrafo 175 del laudo, citado por Cantuarias, 2014, p. 175)

En consecuencia, considerando que existían los indicios suficientes para acreditar la vinculación entre las empresas, el Tribunal Arbitral concluyó que Pesquera Industrial Chicama S.A.C., Langostinera Caleta Dorada S.A.C., Pesquera Libertad S.A.C., Procesadora del Campo S.A.C. y Pesquera Industrial Katamarán S.A.C., eran parte de un mismo acuerdo arbitral y, por ende, tenían responsabilidad solidaria

con TSG por tener una voluntad común. Además, declaró resuelto el contrato, ordenando el pago de la indemnización a favor de TSG y conminó a las demandadas a correr con todos los gastos del arbitraje.

Ante esta decisión, las demandadas, interpusieron recurso de anulación de laudo ante el Poder Judicial, alegando inexistencia del acuerdo arbitral, violación al debido proceso y existencia de un pronunciamiento ajeno a las materias sometidas a arbitraje.

La Corte Superior centró su atención en la inexistencia del acuerdo arbitral, y concluyó que no existía un acuerdo arbitral que vincule a las demandadas. Anuló el laudo arguyendo que debe existir evidencia que demuestre la voluntad de un sujeto de someterse a la vía arbitral, de lo contrario, se violaría el derecho a acudir libremente a la jurisdicción ordinaria. Además, señaló que la incorporación de partes no signatarias no tiene un fundamento legal, y que se debía resolver conforme al derecho peruano y no así en doctrina o jurisprudencia internacional.

No obstante, TSG interpuso un recurso de casación contra la sentencia de la Corte Superior. La Corte Suprema, afirmó que la Corte Superior cometió un grave error al considerar que el Tribunal Arbitral era inferior frente a la jurisdicción ordinaria y que, en virtud a ese razonamiento, negara la competencia del Tribunal Arbitral, en este sentido, hizo referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional N° 004-2006-PI/TC, la cual establece que los árbitros también desarrollan funciones jurisdiccionales, y que el Poder Judicial no goza de monopolio jurisdiccional. También añadió que un Tribunal Arbitral puede pronunciarse sobre materias como grupo de sociedades y situaciones de fraude que requieran el levantamiento del velo societario.

De este modo, anuló la decisión de la Corte Superior y ordenó a su inferior jerárquico que se vuelva a pronunciar. En este segundo razonamiento, la Corte Superior reconoció que los árbitros, en virtud al principio competence- competence, pueden aplicar el levantamiento

del velo societario. Asimismo, alegó que bajo el mismo principio, el Tribunal Arbitral tiene la facultad de pronunciarse respecto a las partes que deben concurrir a arbitraje y, si es necesario, extender la cláusula arbitral a partes no signatarias. Finalmente, reconoció que en el caso en concreto, el Tribunal Arbitral no trajo a terceros al arbitraje, por el contrario, valiéndose del principio *competence- competence*, evitó que una parte signataria, aproveche de la existencia de partes no signatarias para cometer acciones fraudulentas y posteriormente, argüir desconocimiento respecto al acuerdo arbitral que eran completamente conscientes que existía. Igualmente, la Corte Superior:

Entendió además, que el reconocimiento normativo de la extensión del convenio Arbitral a partes no signatarias, se justifica en que el arbitraje es verdaderamente una jurisdicción y por los principios de la buena fe y la prohibición del abuso de derecho que son inherentes a la autonomía de la voluntad que se ve reflejada en el convenio arbitral (Cantuarias, 2014, p.179).

En consecuencia a tan emblemático caso, se decide promulgar la Ley de Arbitraje Peruana mediante Decreto Legislativo 1071, en la cual, en su artículo 14, establece que es posible la extensión del acuerdo arbitral cuando exista consentimiento, que será determinado según la buena fe, *participación activa* y determinante en la negociación, ejecución o terminación del contrato que comprende el acuerdo arbitral o al que el convenio esté relacionado. Además, se extiende a quienes pretendan *derivar beneficios del contrato*. Dicho artículo, abarca las distintas teorías justificativas para la extensión de la cláusula arbitral, entre estas, la teoría de los actos propios. Ya que, ya participación activa dentro de la relación contractual es determinante para concluir si la parte no signataria ha brindado su consentimiento y en consecuencia, asume obligaciones y deriva beneficios.

4. Derecho comparado

Si bien se ha elegido a Perú como país referente para estudiar las condiciones de compatibilidad jurídica, es menester conocer cuál es el tratamiento de la buena fe y el consentimiento tácito en otras legislaciones. Para lo cual, se ha realizado un cuadro de derecho comparado, mismo que se encuentra dividido en cinco columnas:

- i) La primera, destinada a identificar el país objeto de estudio;
- ii) La segunda, para estudiar la buena fe dentro del Código Civil de cada país. En esta columna, se ha evidenciado que la buena fe puede ser tomada en cuenta como principio, regla de interpretación o deber de conducta de las partes contratantes;
- iii) La tercera, para estudiar el consentimiento, en esta columna se ha podido identificar que no todos los países reconocen el consentimiento tácito y se limitan al consentimiento expreso, sin embargo, aquellos países en que se reconoce el consentimiento tácito éste es inferido a través de los actos propios;
- iv) La cuarta columna, está destinada a estudiar la buena fe dentro de la Ley de Arbitraje del país objeto de estudio, en este caso, se puede evidenciar que la buena fe es tomada en cuenta como principio, regla de interpretación o deber de conducta que debe presidir en todas las etapas contractuales, en el contrato que contiene la cláusula arbitral y durante el proceso Arbitral;
- v) La quinta columna, está destinada a estudiar la forma y alcances del acuerdo arbitral. Al respecto, existen legislaciones en las cuales, la exigencia de que el acuerdo arbitral se encuentre escrito no es suficiente, además, se exige que el acuerdo arbitral se encuentre firmado por las partes. Por ejemplo, la Ley de Arbitraje Uruguayo exige que el acuerdo arbitral se encuentre firmado por las partes para que éste sea válido. Por el contrario, en la mayoría de los países, la única exigencia es que el

acuerdo arbitral debe constar por escrito, señalando en sus legislaciones, que no es necesaria la firma para que el acuerdo arbitral sea válido, como es el caso de la Ley de Arbitraje Ecuatoriana; y

vi) La sexta columna, está destinada a establecer, la legislación del país objeto de estudio, reconoce el principio competence- competence.

A efectos del presente artículo, de los datos recopilados se puede evidenciar que:

- i) Perú reconoce el consentimiento tácito en el Código Civil Peruano;
- ii) De igual forma, es el único país que ha reconocido en su ley Arbitral, el consentimiento tácito;
- iii) La buena fe, en su legislación, es una regla de interpretación y deber de conducta;
- iv) Perú es el único país que ha establecido en su Ley de Arbitraje que es posible la extensión de la cláusula arbitral a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio Arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos; y
- v) Finalmente, se ha podido evidenciar, que Perú reconoce de manera expresa la jurisdicción Arbitral y además, acepta que el Tribunal Arbitral y Árbitros gozan de competencia, es decir, reconoce el principio competence- competence.

En cuanto a la legislación boliviana, se precisa lo siguiente:

- i) El Código Civil boliviano, reconoce de manera explícita, el consentimiento tácito, si resulta presumible de ciertos hechos o actos;

ii) La Ley de Conciliación y Arbitraje, exige que el acuerdo arbitral debe constar por escrito, como muestra de consentimiento, no es necesaria la firma;

iii) La buena fe, en la legislación boliviana, es un principio rector y deber de conducta; y

iv) Finalmente, pero no menos importante, Bolivia reconoce de manera expresa la jurisdicción Arbitral y reconoce el principio *competence-competence*.

5. Precisiones teóricas

Acuerdo Arbitral. Genéricamente, el acuerdo de voluntades por el cual las partes deciden someter sus controversias a arbitraje se denomina acuerdo arbitral o convenio arbitral, mismo que puede hallarse representado en un solo acto, o bien dividirse en dos actos sucesivos. Caivano (2001)

Martin (2017) añade que “el convenio arbitral, por sí mismo, es un contrato que puede ser expresado como un contrato complementario al contrato principal en un documento separado, o, en su defecto, puede ser instrumentado a través de una cláusula dentro del contrato principal.” (p. 80)

Caivano (2006) señala que el convenio arbitral es el contrato en virtud del cual las partes asignan jurisdicción a quienes intervendrán como árbitros para la solución de un conflicto o una controversia que pueda surgir entre ellas.

A su vez, Vidal (2003) señala que “el convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje la controversia que haya surgido o pueda surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual” (p. 569).

Igualmente, Estévez y Muñoz (2017) señalan que el convenio arbitral, con independencia de que se exprese en una cláusula inserta en un contrato o como un acuerdo separado, está considerado como un acuerdo de voluntades autónomo, en virtud del cual dos o más partes deciden someter expresamente a arbitraje el conocimiento de una eventual controversia presente o futura. (p.1)

Empero, como se ha señalado anteriormente, si bien la doctrina es genérica al momento de referirse al acuerdo arbitral independientemente de la terminología que utilice, la ley modelo de la CNUDMI, ha indicado que:

El arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o que puedan surgir entre ellas. respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

Es decir, según la modalidad y documento donde se encuentre el pacto arbitral, se determinará si es una cláusula o convenio arbitral. Razón por la cual, considerando la precisión que realiza la legislación, la presente investigación, estará abocada a la cláusula arbitral, como especie del acuerdo arbitral.

Vucsanovich (2017) define a la cláusula arbitral como:

El acuerdo que forma parte de un contrato por el cual las partes determinan el sometimiento de sus disputas a arbitraje, abstrayéndolas de la justicia ordinaria. Considerando que ésta cláusula representa una previsión ante futuras controversias desconocidas en ese momento. (p. 25)

Competence - competence. Rubio (2011) define al principio competence-competence, como “la posibilidad que tienen los árbitros

de pronunciarse sobre su propia competencia frente a excepciones de las partes referidas a la existencia, validez o alcances del acuerdo arbitral” (p.101).

Por su parte, Bullard (2013) señala que el principio *competence-competence*, establece que los árbitros son competentes para resolver cualquier cuestionamiento acerca de su propia competencia, además, resuelve un círculo vicioso cuya resolución es esencial para permitir la auto ejecución, para ello los árbitros son dotados de competencia.

Es decir, “el Tribunal Arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia, la validez o el alcance (objetivo o subjetivo) del acuerdo arbitral” (Caivano, 2006, p.151).

Este principio implica, en palabras de Caivano (2006):

Reconocer a los árbitros facultados para verificar y resolver las cuestiones relativas a su propia jurisdicción, facultades que comprenden la potestad de analizar y decidir todas las cuestiones de las cuales depende la existencia y extensión de esa jurisdicción. (p. 151)

De igual forma, Martin (2007) hace referencia a este principio, y lo define como:

La facultad que tiene el Tribunal Arbitral o el Árbitro para decidir sobre su propia competencia en un proceso arbitral. Es decir, que ante cualquier cuestionamiento que una de las partes haga respecto a la competencia de los árbitros, serán estos mismos los que deberán resolver sobre su propia competencia sin la intervención de la autoridad judicial.

En este sentido, este principio viene a proteger la autonomía de la voluntad de las partes y protege al acuerdo arbitral, aún en el inopinado caso en que una de las partes pretenda negarlo. Bullard (2013) señala que:

Si este principio no existiera, todo arbitraje sería evitable con la simple alegación de nulidad o inexistencia del acuerdo arbitral, y toda controversia, inevitablemente, llegaría a las cortes ordinarias. Además, el motivo por el que existe el principio *competence-competence* es para respetar el deseo de las partes de arbitrar, no de litigar (p. 70).

Partes no signatarias. A la parte no signataria se le extiende el convenio Arbitral, lo cual constituye un tema negocial. Si un sujeto no signatario del convenio arbitral ha consentido en quedar vinculado por éste, se trata de una auténtica parte del mismo y no de un tercero (Matheus, 2018).

A su vez, Santistevan (2019) añade que se llama al arbitraje a verdaderas partes del contrato aunque no lo hubiesen firmado, aquellos que por su vinculación al negocio jurídico pactado en el contrato principal se deben someter al arbitraje, sea como actores o como demandados, para así dar verdadera eficacia al convenio arbitral.

Matheus (2018) precisa la diferencia entre partes no signatarias y terceros, señalando que el tercero es ajeno al contrato continente del convenio arbitral y no ha consentido en quedar vinculado por éste pero tiene interés en el resultado del arbitraje, dado que puede resentir algún efecto del laudo arbitral en el ámbito de sus relaciones jurídicas. Por su parte, un no signatario es aquel que ha consentido en ser parte del acuerdo arbitral, es parte auténtica del contrato.

Razón por la cual, Bullard (2012) añade que muchos, equivocadamente, han señalado que la extensión del convenio arbitral permite la incorporación de terceros al arbitraje. Ese es un error conceptual, pues la extensión de la cláusula arbitral permite la incorporación de *partes no signatarias*, es decir de alguien que es parte del convenio, pero que por alguna razón no lo firmó, no aparece mencionado en el mismo. Sin embargo, basándose en distintas circunstancias o conductas, anteriores, coexistentes o posteriores a la celebración del convenio, es posible

presumir su consentimiento bajo una lectura de los hechos bajo el principio de la buena fe. (2012)

6. Resultados

Al haber realizado un análisis minucioso en las distintas legislaciones, doctrina y jurisprudencia sobre el consentimiento tácito para la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias. Asimismo, al haber analizado la compatibilidad jurídica del marco jurídico boliviano utilizando los tres criterios de ponderación, es decir, coherencia técnico legal, coherencia en los principios y coherencia normativa, se obtuvieron los siguientes resultados:

Primero. El consentimiento tácito, contemplado en el Código Civil Boliviano y Código Civil Peruano, es aceptado y se infiere a través de los actos propios de la persona, considerando su actuación dentro de cada etapa del contrato; en segundo lugar, la Ley de Conciliación y Arbitraje por un lado y por otro, la Ley de Arbitraje peruana, han adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI, como referencia en sus legislaciones, por consiguiente, ambas legislaciones sólo establecen como requisito la exigencia que el acuerdo arbitral se encuentre escrito, mas no hacen referencia alguna a la forma en la que se deba prestar el consentimiento.

Razón por la cual, para determinar la existencia o no del consentimiento tácito en una relación jurídica contractual, se debe considerar, la etapa pre contractual, la etapa contractual y la etapa post contractual. Debido a que al tratarse de hechos o actos que lleven a considerar que ha existido consentimiento, se debe analizar cada momento. De este modo, se protege la voluntad de las partes.

i) En la etapa pre contractual, se tomó en consideración la participación en la negociación del contrato, es decir si efectivamente existieron ofertas y contra ofertas. Porque en caso de haber existido, la parte

contratante tenía total conocimiento respecto a las condiciones del contrato, derechos y obligaciones, incluyendo la cláusula arbitral. Además, dichas ofertas serán determinantes para la aceptación o no de las partes contratantes, considerando que todo contrato es un negocio jurídico que importa la voluntad de las partes.

En consecuencia, en esta misma etapa contractual, se consideró la activa participación en la suscripción del contrato, es decir, si estuvieron o no presentes en la suscripción del contrato principal. Porque en muchas ocasiones han existido partes que conocían las condiciones del contrato principal, sin embargo, no lo suscribían.

Razón por la cual, es necesario analizar si la parte que no ha suscrito el contrato tiene una efectiva vinculación con una de las partes que sí lo hizo.

ii) En la etapa contractual, la participación activa en la ejecución del contrato es un indicador que las partes han consentido, efectivamente, en quedar vinculadas por el contrato. En este punto, se ha tomado en cuenta si dicha participación fue en nombre de un tercero o en nombre propio, porque en ocasiones, existen sujetos que pretenden desconocer las obligaciones del contrato principal, arguyendo desconocimiento y ausencia de participación, cuando en la realidad, están íntimamente ligados con la parte que ha ejecutado el contrato en nombre suyo.

Este parecer se clarifica cuando se puede comprobar si existe un beneficio económico derivado de dicho contrato, ya sea de manera directa o indirecta.

Por otra parte, si asume obligaciones contractuales, debe hacerlo de manera integral, y no sólo las cláusulas que considere a discreción.

iii) Finalmente, en la etapa post contractual, se ha considera el silencio de las partes, ya que si bien no se han pronunciado respecto a la cláusula arbitral, su actuación permite inferir que las partes han querido. Y que a lo largo de la relación contractual no se opusieron a ninguna disposición del contrato.

Segundo. La buena fe es adoptada Código Civil Boliviano y el Código Civil Peruano, como un deber de conducta de las partes contratantes; adicionalmente, la Ley de Conciliación y Arbitraje por un lado, y por otro, la Ley de Arbitraje peruana, establecen que la buena fe es principio rector del proceso arbitral.

Tal como se evidencia en la tabla 1, la buena fe contractual tiene matices diferentes, puede ser entendida como principio, regla de interpretación o deber de conducta. La buena fe, debe ser tomada en cuenta en sus dos dimensiones; la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva. La primera, entendida como un estado de consciencia, y la segunda, como un deber de conducta. Razón por la cual, se analizó la buena fe en las 3 etapas contractuales, de la siguiente manera:

i) En la etapa pre contractual, se analizó la buena fe desde el punto de vista subjetivo. Porque en esta etapa, las partes por ignorancia pueden lesionar derechos o por el contrario, incurrir en error, en este sentido, ambos son consecuencia de la mala fe de una de las partes.

ii) En la etapa contractual, se analizó la buena fe desde el punto de vista objetivo. Considerando que en este momento de la relación jurídica, las partes están en el deber de actuar con lealtad y probidad respecto a los alcances de la relación jurídica, es decir, dar a conocer a la contraparte todas las condiciones del contrato, tanto de las obligaciones como de los derechos. Además, tiene el deber de aviso, que comprende el deber de información respecto a todo lo relacionado al contrato.

iii) Finalmente, la etapa post contractual es, sin duda, un punto neurálgico para determinar realmente si ha existido o no buena fe de las partes; en virtud a que se debe tomar en cuenta a la buena fe como criterio hermenéutico de interpretación del contrato, mismo que integra deberes anexos.

En conclusión, Tribunal Arbitral debe considerar la buena fe desde ambas dimensiones, y sobre todo, utilizar este instituto de manera integral, como deber, principio y criterio de interpretación.

7. Análisis

La piedra angular de todo procedimiento arbitral es la voluntad de las partes reflejada en la cláusula arbitral. De este modo, se considera como regla general que, el proceso arbitral sólo alcanzará a quienes sean parte de la relación contractual y hayan consentido incluir una cláusula arbitral. Es decir, nadie puede ser llevado al arbitraje sin que haya brindado su consentimiento, y sin consentimiento no es posible arbitrar.

Sin embargo, es cada vez más frecuente la participación de diferentes sujetos que se encuentran vinculados con el contrato principal, sin haber figurado –aparentemente- como partes contratantes; porque a medida que la relación contractual se va ejecutando, se puede evidenciar la participación de nuevos actores que en principio no figuraban.

No es un hecho controvertido que aún existen discrepancias en cuanto a la extensión de la cláusula arbitral; por la naturaleza del arbitraje y por la posible violación a la seguridad jurídica que esto implicaría; lo cual ocasionaría como consecuencia la emisión de laudos que se tornarían inejecutables o peor aún, nulos, pues las partes tendrían el derecho de al recurso de anulación de laudo, alegando inexistencia de la cláusula arbitral o ausencia de consentimiento. Razón por la cual, *aplicar de modo excepcional* la extensión de la cláusula arbitral, exige a los árbitros examinar de manera muy detallada todo elemento fáctico y jurídico, considerando cada caso en concreto ya que esta decisión no puede ser arbitraria o infundada.

En este sentido, la doctrina ha propuesto una serie de teorías justificativas para la extensión de la cláusula arbitral. Mismas que

tienen por objetivo: i) Proteger la naturaleza jurídica del arbitraje; ii) Proteger a la autonomía de la voluntad de las partes que han decidido acudir a arbitraje; iii) Facilitar el desarrollo de este procedimiento, no hacerlo iría en contra de la propia esencia de lo pactado, iría contra la buena fe que preside cada acuerdo, en el caso en concreto, la cláusula arbitral; iv) Finalmente, hacer posible la ejecución de laudos arbitrales, mismos que fueron emitidos bajo el principio *competence-competence*, sin que éstos sean objeto de anulación.

8. Discusión

En virtud al análisis realizado, si bien existen repercusiones respecto a la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias, es importante considerar en primera instancia, que la declaración de voluntad, Borda (1846) no debe entenderse tan solo con la palabra hablada o escrita, sino toda conducta o proceder que de acuerdo con las circunstancias y apreciada de buena fe se permita inferir la voluntad de obligarse.

Este razonamiento ha sido recogido por algunas legislaciones que consideran que existen dos formas de prestar el consentimiento, ya sea de manera tácita o expresa; o bien, sólo hacen referencia al consentimiento de manera genérica, lo cual permite que sea posible consentir de manera tácita, siempre y cuando la ley no exija una forma determinada.

En Bolivia, el Código Civil ha dispuesto que el consentimiento será expreso si se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos; y será tácito si resulta presumible de ciertos hechos o actos. Por otra parte, la Ley de Conciliación y Arbitraje, no establece la forma en la que el consentimiento deba expresarse, sin embargo, sí establece la forma en que el acuerdo arbitral deba ser plasmado.

En cuanto a la buena fe, es un elemento esencial para determinar si es posible la extensión de la cláusula arbitral, pues éste es el elemento que

debe analizar de manera minuciosa el Árbitro o Tribunal Arbitral para concluir si efectivamente ha consentido o no consentimiento tácito. En vista que, la buena fe además de ser un patrón de conducta que debe regir las relaciones jurídicas, también está prevista para cubrir lo que resta a falta de obligación impuesta por el legislador.

No se trata imponer una aplicación múltiple o generalizada de este principio; por el contrario, se debe aplicar atendiendo *cada caso en particular*, debiendo observar las circunstancias, individualizar las condiciones y obtener soluciones equitativas. Considerando las dos acepciones planteadas por la doctrina, la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva.

El momento en el que el Árbitro o Tribunal Arbitral observe la buena fe de las partes, tomando en cuentas ambas acepciones, debe tomar en cuenta todas las etapas contractuales; desde el momento de las negociaciones previas, ejecución del contrato y etapa post contractual, para tomar en cuenta además la participación del agente al que se quiere llevar a arbitraje.

Ambos institutos componen la teoría de los actos propios, teoría que tiene por objetivo principal, resguardar la buena fe, de lo contrario, existiría una tolerancia indebida a la mala fe. Esta teoría, sienta las bases de las demás teorías jurídicas justificativas para la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias. Dado que, conducirse en contra de los propios actos constituye un límite del derecho subjetivo, la buena fe exige una conducta coherente. Los actos propios, según Martínez (2004):

Son inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación jurídica y, asimismo, que exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente. (p.382)

Finalmente, es de suma importancia destacar que, en virtud al principio competence-competence, el Tribunal Arbitral tendrá la facultad y libertad de decidir los alcances del convenio arbitral, con base en elementos debidamente probados. Lo cual no implica, de ningún modo, vulneración al debido proceso, pues éstos gozan de jurisdicción y competencia, fundada en la legislación y el consentimiento, como piedra angular del arbitraje.

9. Conclusión

La cláusula arbitral es un contrato, razón por la cual, debe ser tratado como tal y cumplido por las partes. La decisión de un Tribunal Arbitral de extender la cláusula arbitral a partes no signatarias podría transgredir el principio de la relatividad de los contratos, es decir, que el contrato es obligatorio y produce efectos vinculantes para las partes que lo hayan celebrado.

Sin embargo, (Villalobos, 2013) dada la complejidad de las relaciones jurídicas, no en pocas ocasiones, existen conflictos que son potencialmente regidos por una cláusula arbitral que involucra a partes que no han suscrito el contrato principal que contiene una cláusula arbitral empero, en los hechos han participado durante la negociación, celebración y ejecución del contrato. En consecuencia, no son ajenos a la relación jurídica, su participación resulta indispensable para la adecuada resolución de un conflicto.

La extensión de la cláusula arbitral exige un examen detallado y minucioso, de todos los hechos que atañen al caso que se está analizando, de igual forma, se debe tomar en cuenta la conducta que permita inferir el consentimiento tácito por parte del no signatario. El tratamiento para la extensión del acuerdo arbitral *debe ser excepcional*, considerando que cada caso es diferente y requiere un análisis

diferente. En el caso que nos ocupa, es decir, las condiciones de compatibilidad del marco jurídico boliviano respecto al marco jurídico peruano, se ha podido establecer que: existen coherencias técnico-legales; coherencia en los principios que inspiran las normas; y finalmente coherencias normativas que regule la conducta de las personas dentro del sistema jurídico.

Primero. Se han establecido las condiciones de compatibilidad del marco jurídico boliviano respecto al marco jurídico peruano en cuanto al consentimiento tácito.

El Código Civil Boliviano, acepta y reconoce el consentimiento tácito, el cual resulta presumible de ciertos hechos o actos; por su parte la legislación peruana, considera que ha existido consentimiento tácito el en el momento en que comienza la ejecución del contrato, ya que esta conducta demuestra de manera indubitable la voluntad de obligarse.

En cuando al consentimiento en el arbitraje, las leyes de arbitraje de ambos países establecen como requisito que la cláusula debe constar por escrito, como un requisito para su formación, sin embargo, no exige una forma determinada para otorgar el consentimiento, y tampoco exigen que la cláusula deba estar firmada. Empero, la Ley de Arbitraje Peruana es clara y de manera expresa establece que los alcances de la cláusula arbitral son extensivos a aquellas partes cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

En segundo lugar, se han estudiado las condiciones de compatibilidad del consentimiento tácito desarrollado por la jurisprudencia de la CSJ de la República del Perú, esto con el objetivo de determinar cómo es el tratamiento de este instituto jurídico en casos prácticos, más allá que existan coherencias técnico-legales y coherencias normativas. De éste

análisis se concluye que, tanto en Perú como en Bolivia, se analiza el consentimiento desde tres ángulos, la etapa de negociación, ejecución y etapa post contractual.

Considerando que la conducta del no signatario debe ser inequívoca para considerar que ha existido consentimiento tácito. En la etapa pre contractual, la participación en la negociación del contrato es vital, pues en este punto se determina si han o no existido ofertas y contra ofertas, la participación en la negociación es un punto de suma importancia; y la efectiva vinculación con aquella parte que sí ha suscrito el contrato que contiene la cláusula arbitral.

En la etapa contractual, o ejecución del contrato, se debe determinar si ha existido participación activa en la ejecución del contrato y si dicha participación fue en nombre propio o en nombre de un tercero. En consecuencia, la participación activa determinará si el no signatario se ha favorecido de dicha ejecución derivando beneficios, derechos y asumiendo obligaciones. Es decir, beneficios económicos provenientes del contrato principal, ha derivado derechos contractuales invocando una cláusula o derecho, aceptando de esta forma, la existencia de una relación contractual y ha asumido obligaciones contractuales, expresando conformidad o disconformidad con las obligaciones emergentes. Finalmente, en la etapa post contractual, se debe considerar el silencio durante la ejecución del contrato que permitió inferir la voluntad de someterse a la vía arbitral.

Segundo. Se han establecido las condiciones de compatibilidad del marco jurídico boliviano respecto al peruano sobre la buena fe. En Bolivia, el Código Civil establece que la buena fe es un deber de conducta, es decir, los contratos deben ser ejecutados de buena fe, igualmente, añade que los derechos deben ser ejercidos de buena fe. De igual forma, el Código Civil peruano, hace referencia a la buena fe como un deber de conducta, y como regla de interpretación de los contratos.

En cuanto a la ley de arbitraje, tanto en Bolivia como en el Perú, se considera que la buena fe es un principio rector del proceso arbitral. Sin embargo, en el Perú la buena fe además de ser considerada un principio y un deber de conducta es un requisito esencial para la extensión de la cláusula arbitral.

Asimismo, se han estudiado las condiciones de compatibilidad de la buena fe desarrollada por la jurisprudencia de la CSJ de la República del Perú, esto con el objetivo de determinar cómo es el tratamiento de este instituto jurídico en casos prácticos.

Se ha analizado la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva, considerando la etapa contractual que se va analizar. Es decir, en la etapa pre contractual, se analizó la buena fe subjetiva, entendida como la ignorancia que lleva a ocasionar derechos o como error, que lleva a considerar legitimaciones impropias. En la etapa contractual, se debe considerar la lealtad y probidad, de las partes al momento de ejecutar el contrato y finalmente, en la etapa post contractual, la buena fe será un criterio de interpretación que deberá integrar deberes anexos al contrato principal y sobre todo, respeto a todas las cláusulas de manera integral y no así conveniente para la parte que pretende desconocer ciertas cláusulas del contrato.

Mientras se analizaba a buena fe durante las distintas etapas del proceso se ha llegado a la conclusión, que en la práctica: i) La buena fe en la etapa pre contractual, es un principio rector que debe regir las negociaciones previas, lo cual incluye el deber de información de las partes; ii) La buena fe en la ejecución del contrato, es un deber de conducta que debe regir las relaciones jurídicas, pues juega un papel importante en la seguridad social; iii) La buena fe, en la etapa post contractual, es una regla de interpretación destinada a respetar de manera integral todas las cláusulas que conforman el contrato principal que contiene la cláusula arbitral. En vista que, si se invocan cláusulas

para obtener derechos y beneficios, se deben asumir las obligaciones también, como es la de acudir a la vía arbitral.

La extensión de la cláusula arbitral, tiene una clara justificación, si las partes han pactado voluntariamente someter la resolución de su controversia al sistema arbitral, el no facilitar el desarrollo de este procedimiento, iría en contra de la propia esencia de lo pactado, iría contra la buena fe que preside cada acuerdo, en el caso en concreto, la cláusula compromisoria. Cabe resaltar, que no se *trata de imponer un principio de aplicación múltiple, se debe observar atendiendo a las circunstancias del momento*, conduciendo a una justicia individualizada. Si bien no es posible abarcar todos los supuestos de hecho, debido a la complejidad de las relaciones jurídicas, se citará a modo de ejemplo, supuestos en los cuales, se podría extender la cláusula arbitral:

- i) A y B suscriben un contrato que contiene una cláusula arbitral. A cede a C el contrato principal,
- ii) A (matriz), negocia un contrato con B. El contrato es suscrito por A (filial) y B, sin embargo, A (matriz) interviene de manera activa en la ejecución del contrato.
- iii) Sociedad A1 crea una nueva sociedad, sobre la cual tiene el control absoluto A2 y es la que suscribe el contrato con B.
- iv) A y B suscriben un contrato, B es absorbida por C.
- v) A y B, celebran un contrato que incorpora una cláusula arbitral. C, sustituye de facto a B. Adquiere derechos, asume obligaciones y deriva beneficios.

En conclusión, aquellos países que reconozcan el consentimiento tácito en observancia de la buena fe contractual, pueden extender la cláusula arbitral en aquellos casos en que sea necesario para que la resolución de la controversia pueda cumplir su fin último, el de resolver

controversias de manera eficaz, pacífica, respetuosos de la lealtad contractual y sobre todo, respetuosos de la voluntad de las partes.

En concreto, Bolivia es un país que tiene las posibilidades de extender la cláusula arbitral a partes no signatarias, y no sólo eso, también existen las condiciones para incluir en la Ley de Conciliación y Arbitraje, un artículo que permita al Tribunal Arbitral y Árbitros, tomar esta decisión. De este modo, se estaría afirmando que, en virtud del principio competence-competence, los Árbitros son los primeros jueces de su competencia. Además, de este modo, el legislador, de manera muy acertada, reconocería nuevamente al arbitraje como una verdadera jurisdicción y destacaría que la jurisdicción arbitral no se encuentra debajo de ninguna otra, siendo capaz de tomar las determinaciones en favor de la correcta resolución de controversias. Por otro lado, las partes no vulnerarían la buena fe que debe regir las relaciones jurídicas, prohibiendo de este modo, el abuso del derecho y violación a la autonomía de la voluntad de las partes. Por último, pero no menos importante, sería un gran paso para la consolidación de Bolivia como una sede de arbitrajes internacionales.

10. Referencias

- Borda, G. (1846). *Manual de Derecho Civil*. Buenos Aires: Editorial Perrot.
- Borda, G. (1989). *Manual de Derecho Civil Parte General*. Buenos Aires: Editorial Perrot.
- Bullard, A. (2012). *¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje*. *Anuario Latinoamericano de Arbitraje N°2*: Edición Instituto Peruano de Arbitraje.

- Bullard, A. (2013). *¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación*. Recuperado de Revista Internacional de Arbitraje de <https://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2013/11/ALFREDO-BULLARD.pdf>
- Caivano, R. (2001). *El arbitraje: Nociones Introductorias*. Recuperado de https://pdfs.semanticscholar.org/9c33/d308277fb894ad6f2a165c9e7f78300d2b50.pdf?_ga=2.199908654.1053075796.1595206879-1575256483.1595206879
- Caivano, R. (2006). *Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario*. Recuperado el Lima Arbitration N° 1- 2016 de http://www.limaarbitration.net/LAR1/roque_j_caivano.pdf
- Cantuarias, F. (2014). *El levantamiento del velo societario en Perú*. Recuperado de Lima Arbitration N° 6 de http://www.limaarbitration.net/LAR6/Fernando_Cantuarias.pdf
- Código Civil*. Buenos Aires, Argentina, 25 de septiembre de 1869. Recuperado de http://spij.minjus.gob.pe/graficos/Legcomp/Sudamerica/Argentina/CODIGO_CIVIL.pdf
- Código Civil Boliviano*. Gaceta Oficial de Bolivia. La Paz, Bolivia, 6 de agosto de 1975. Recuperado de <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscarg/codigo%20civil>
- Código Civil*. DL 295. Lima, Perú, 24 de junio de 1984. https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_cod_civil.pdf
- Código Civil*. Caracas, Venezuela, 26 de julio de 1982. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_Venezuela.pdf
- Código Civil Chileno*. Chile, 30 de mayo de 2000. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Chile.pdf

- Código Civil Colombiano*. 26 de mayo de 1873. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html
- Código Civil*. Quito, 10 de mayo de 2005. Recuperado de <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec055es.pdf>
- Código Civil Paraguayo*. Asunción, Paraguay, 1 de enero de 1987. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Paraguay.pdf
- Código Civil*. Montevideo, Uruguay, 26 de febrero de 2010. Recuperado de <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/uy/uy029es.pdf>
- Constitución Política del Estado*. Gaceta Oficial de Bolivia. La Paz, Bolivia, 7 de febrero de 2019. Recuperada en 15 de septiembre de 2017 de <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/>
- Conejero, C y Irra de la Cruz, R. *La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado*. Recuperado de Lima Arbitration N° 5 - 2012/2013 de http://limaarbitration.net/LAR5/Cristian_Conejero_Roos_Rene_Irra_de_la_Cruz.pdf
- De Almeida, M. (2004). *Tratado de la buena fe en el derecho*. Buenos Aires: Editorial La Ley
- Decreto Legislativo 1071*. Lima, Perú, 1 de septiembre de 2008. Recuperada de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/488DA732CA72637705257D0800548587/\\$FILE/DL_1071_ley_norma_arbitraje.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/488DA732CA72637705257D0800548587/$FILE/DL_1071_ley_norma_arbitraje.pdf)
- Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional*. Bogotá, Colombia. 12 de julio de 2012. Recuperado de <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Colombia%20-%20Estatuto%20de%20Arbitraje%20Nacional%20e%20Internacional.pdf>

Forgues, J. (2019). *La buena fe en el código civil de 1975*.

Herrera de las Heras, R. (2013). *La autonomía de la voluntad en el arbitraje y en la mediación. Jurisprudencia constitucional española y experiencias en el ámbito del consumo*. Recuperado de Revista de Derecho Valdivia de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000100008#nb11

Iturraspe, M. (1994). *Tratado de la buena fe en el derecho*. Buenos Aires: Editorial La Ley

Ley Brasileña de Arbitraje. Brasilia, 2015

Ley de Arbitraje Comercial. Caracas, Venezuela, 7 de abril de 1998. Recuperado de <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Venezuela-Ley%20de%20Arbitraje%20Comercial.pdf>

Ley de Arbitraje Comercial Internacional. Buenos Aires, Argentina, 25 de junio de 2018. Recuperado de https://www.cac.com.ar/data/documentos/48_Ley%2027.449.pdf

Ley de Arbitraje Comercial Internacional. Montevideo, Uruguay, 13 de julio de 2018. Recuperado de <http://www.impo.com.uy/bases/leyes-originales/19636-2018>

Ley de Arbitraje y Conciliación. Gaceta Oficial de Bolivia. La Paz, Bolivia, 10 de marzo de 1997. Recuperado de <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/1770>

Ley de Arbitraje y Mediación. Quito, 14 de diciembre de 2006. Recuperado de <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Ecuador%20%20Ley%20de%20Arbitraje%20y%20Mediaci%C3%B3n.pdf>

Ley de Arbitraje y Mediación. Asunción, Paraguay, 24 de abril de 2002. Recuperado de <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/>

ParaguayLey%20de%20Arbitraje%20y%20Mediaci%C3%B3n.pdf

Ley de Conciliación y Arbitraje. Gaceta Oficial de Bolivia. La Paz, Bolivia, 25 de junio de 2015. Recuperado de <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/708>

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional de 1985 con enmiendas de 2006 de https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

Ley del Órgano Judicial. La Paz, Bolivia, 24 de junio de 2010. Recuperada de <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/>

Ley sobre arbitraje comercial internacional. Chile, 29 de septiembre de 2009. Recuperada de <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Chile%20-%20Ley%20de%20Arbitraje%20Comercial%20Internacional.pdf>

López, M. (2003). *La doctrina de los actos propios, sus presupuestos, sus limitaciones y sus posibilidades de aplicación en materia laboral.* Recuperado de Facultad de Ciencias do Trabajo de <file:///C:/Users/Eduardo/Downloads/actospropiosfuerolaboral.pdf>

Loussouarn, I. (2004). *Tratado de la buena fe en el derecho.* Buenos Aires: Editorial La Ley.

Matheus, C. (2018). *La extensión del convenio Arbitral a partes no signatarias.* San Sebastián: IVADP.

Martinez, R. (2004). *Tratado de la buena fe en el derecho.* Buenos Aires: Editorial La Ley

Redfern, A., Hunter, M. (2007). *Teoría práctica del arbitraje comercial internacional.* Edición Noiana Marigo y Felipe Ossa: Buenos Aires.

- Resoluciones aprobadas por la Asamblea General. 40/72* (11 de diciembre de 1985) de <https://www.un.org/es/documents/ag/res/40/list40.htm>
- Rodilla, M. (2009). *¿Unidad lógica o dinámica? Coherencia y sistema jurídico en Kelsen*. Recuperado de [file:///C:/Users/Eduardo/Downloads/unidad-logica-o-dinamica-coherencia-y-sistema-juridico-en-kelsen%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Eduardo/Downloads/unidad-logica-o-dinamica-coherencia-y-sistema-juridico-en-kelsen%20(1).pdf)
- Rubio, R. (2011). *El principio Competence-Competence en la nueva Ley Peruana de Arbitraje*. Recuperado de Lima Arbitration N° 4 - 2010 / 2011 de http://limaarbitration.net/LAR4/Roger_Rubio_Guerrero.pdf
- Santistevan, J. (2009). Extensión del convenio Arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje. Perú: Revista peruana de arbitraje.
- Sentencia Constitucional Plurinacional. 2472/ 2012* (28 de noviembre de 2012) de [file:///C:/Users/Eduardo/Downloads/SCP%202472_2012%20Arbitraje%20es%20jurisdiccional%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Eduardo/Downloads/SCP%202472_2012%20Arbitraje%20es%20jurisdiccional%20(2).pdf)
- Villalobos, A. (2013). *La extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias*. Revista de Ciencias Jurídicas No. 131. Recuperado en setiembre de 2013 de <http://bonafide.cr/wp-content/uploads/2016/10/La-cla%CC%81usula-compromisoria-y-su-extensio%CC%81n-a-partes-no-signatarias-1.pdf>
- Vucsanovich, I. (2017). *La importancia de la voluntad de las partes en el nuevo régimen Arbitral Boliviano*. La Paz, Bolivia: Omikron.

La sede del arbitraje

Arbitration seat

DIEGO VILLARROEL *

Recibido: 28 de mayo de 2020

Aceptado: 11 de octubre de 2020

Resumen

En este ensayo se analiza el concepto de la sede del arbitraje y su importancia tanto teórica como práctica en el contexto del derecho arbitral. La relevancia de la sede del arbitraje se pone de manifiesto cuando identificamos sus alcances: define la nacionalidad del laudo arbitral, la *lex arbitri* y los tribunales judiciales que intervendrán en el arbitraje (ya sea para tareas de control o auxilio judicial).

Palabras clave: arbitraje internacional / sede del arbitraje / control judicial.

* Licenciado en Derecho por la Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra (UPSA); actualmente, Director Nacional del Estudio Jurídico Ferrere Abogados, liderando las prácticas de Arbitraje y Litigios. Cuenta con un Diplomado en Arbitraje Interno e Internacional por la Universidad Católica Boliviana. Profesor de las materias de Arbitraje y Medios Alternativos de Solución de Conflictos en la carrera de Derecho de la Universidad Privada Franz Tamayo – UNIFRANZ, desde el 2017. Autor del libro *Arbitraje, Control Judicial y Orden Público*, Colección Jurídica de El País Nro. 43, Santa Cruz de la Sierra, 2017. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3062-3543>

Contacto: davillarroel@bg.com.bo

Revista de Derecho de la UCB – *UCB Law Review*, Vol. 4 N° 7, octubre 2020, pp. 171-190 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa). DOI: <https://doi.org/10.35319/lawreview.2020753>

Abstract

In this essay, we analyze the concept of the arbitration seat and its theoretical and practical importance in the context of arbitration. The relevance of the arbitration seat arbitration is revealed when identifying its scope: it defines the nationality of the arbitration award, the *lex arbitri* and the judicial courts that will intervene in the arbitration (either for judicial review or judicial assistance).

Keywords: international arbitration / arbitration seat / judicial oversight.

1. Introducción

Actualmente, en el mundo globalizado en el que vivimos, uno de los aspectos que conforma la competencia económica, política y cultural existente entre diversos Estados y los particulares de distintas nacionalidades, consiste en constituirse como una sede atractiva para ser elegida en el marco de los arbitrajes internacionales (Palao Moreno, 2011, pp. 172 y ss.). En efecto, de la mano de ciertos centros de arbitraje locales, países latinoamericanos que anteriormente no participaban de forma activa en este tipo de competencia, se han trazado como propósito el verse atractivos como potenciales sedes de arbitraje (Demetriou-Jones, 28 abril 2017).

Tal como recuerda Vásquez Palma (2010, pp. 766 y ss.), el interés en Latinoamérica por fortalecer el arbitraje, especialmente en el ámbito comercial internacional, tuvo como finalidad, *inter alia*, constituirse en una sede de arbitraje atractiva.

En Bolivia, desde la práctica profesional y la enseñanza del derecho arbitral, hemos notado que existe cierto desconocimiento sobre la importancia y el alcance del concepto de la sede del arbitraje. Es probable

que esta situación se presente en razón a que en nuestro país el arbitraje internacional todavía no tiene una presencia relevante.

En este contexto, en una publicación anterior, desarrollamos algunos conceptos básicos sobre la sede del arbitraje (Villaruel, 2017, pp. 52 y ss). Ahora, con este ensayo, nos proponemos actualizar y abordar la teoría general respecto al tema en cuestión, a fin de que (i) los estudiantes de derecho tengan una base sobre la cual puedan aprender sobre el concepto de la sede del arbitraje; y (ii) sirva como fuente para abogados, árbitros y jueces, para los casos en que les sea necesario aplicar el concepto analizado.

Así, en este trabajo, explicaremos el concepto general de la sede del arbitraje (2); desarrollaremos sus alcances teóricos y prácticos (3); exploraremos la teoría de la deslocalización del arbitraje, la cual es una suerte de oposición al concepto de la sede (4); y, finalmente, proporcionaremos algunas conclusiones y recomendaciones prácticas a tomar en cuenta tiempo de elegir la sede del arbitraje (5).

2. Concepto de la sede del arbitraje

Puede entenderse, equivocadamente, a la sede del arbitraje como el espacio físico donde se desarrollará el procedimiento arbitral. No obstante, la sede arbitral va mucho más allá; ésta tiene una importancia jurídica tanto conceptual como práctica (Caivano, 2017; Fernández Rozas, 2007)¹, al punto que es posible afirmar que la elección de la sede es una de las decisiones más importantes que las partes han de tomar a tiempo de suscribir un convenio arbitral (Born, 2014, p. 2051)².

¹ Fernández Rozas (2007, pp. 26 y ss.) afirma: “[l]a elección de la sede supone consecuencias cruciales para el desarrollo del arbitraje y para la propia viabilidad del laudo arbitral, por lo que va mucho más allá de la ubicación física en que se llevará a cabo”.

² En el mismo sentido, *ver* United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), pp. 49 y ss.

Tal como recuerda Belohlavek (2013, p. 262), la determinación de la sede del arbitraje solía ser una cuestión erróneamente olvidada por las partes a tiempo de suscribir un convenio arbitral; sin embargo, en años recientes, la sede del arbitraje se ha convertido en un componente regular de los acuerdos arbitrales, especialmente en lo referido a las disputas internacionales.

Conceptualmente, la sede del arbitraje implica la existencia de un vínculo jurídico entre el arbitraje y el Estado que se ha designado como sede (Caivano, 2017, p. 1). Es decir, la sede del arbitraje está referida al domicilio judicial o legal del arbitraje. Así, la sede determinará la nacionalidad del arbitraje y del laudo que se emita. Por ejemplo, si las partes eligen como sede a Bolivia, entonces, el arbitraje y el laudo que se profiera serán bolivianos. Incluso, es posible que las partes determinen como sede a Bolivia, pero que las audiencias y las prácticas probatorias se lleven a cabo en Miami, Estados Unidos de América. Esto no hará variar la nacionalidad del arbitraje y del laudo arbitral, el cual seguirá siendo boliviano.

En este sentido, el artículo 20 de la Ley Modelo de la CNUDMI³ sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006 (en adelante, la “Ley Modelo”) señala que las partes pueden pactar libremente la sede del arbitraje, y el tribunal arbitral, independientemente de ello, podrá llevar a cabo prácticas procesales en un lugar distinto al de la sede:

- 1) Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes.

³ Por sus siglas en español: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos⁴.

Se debe prestar especial atención a la sede del arbitraje, cuando nos encontremos frente a una relación jurídica de carácter internacional, ya que es en estos supuestos en los que pueden presentarse dudas con relación a la sede del arbitraje, si es que las partes no prevén una elección expresa.

Por ejemplo, si nos encontramos frente a un contrato de distribución entre una empresa francesa y un inversionista chino, para la comercialización de productos en Bolivia, no es recomendable limitarse a elegir la institución encargada de administrar el arbitraje y la ley aplicable al contrato principal; consideramos esencial, en este tipo de relaciones comerciales, elegir expresamente la sede del arbitraje, para que no se generen dudas al respecto.

En contrapartida, si nos encontramos frente a un contrato de obra a ser ejecutado en Bolivia, suscrito entre dos empresas bolivianas, probablemente la elección de la sede no sea una cuestión del todo relevante.

3. Alcances del concepto de la sede del arbitraje

Como hemos dicho, la sede otorga nacionalidad al arbitraje. Este aspecto cuenta con relevancia conceptual y práctica, dado que esta nacionalidad definirá, a su vez, los siguientes elementos del arbitraje:

⁴ En similar sentido, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), señala: “1. La sede del arbitraje será fijada por la Corte a menos que las partes la hayan convenido. 2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral, previa consulta con aquéllas, podrá celebrar audiencias y reuniones en cualquier lugar que considere apropiado. 3. El tribunal arbitral podrá deliberar en cualquier lugar que considere apropiado”.

(i) el derecho arbitral aplicable (*lex arbitri*), (ii) intervención judicial del arbitraje y nacionalidad del laudo arbitral, y (iii) la jurisdicción primaria competente para anular el laudo arbitral y los tribunales competentes para prestar auxilio judicial.⁵

(i) *Lex Arbitri*

Cuando las partes eligen una determinada sede, por defecto, estarán eligiendo el derecho arbitral o normas arbitrales aplicables en dicha sede. La elección de un derecho arbitral significa que dicho derecho aplicará al convenio y al procedimiento arbitral. Tal como recuerdan Redfern y Hunter, la *lex arbitri* hace referencia a un cuerpo de reglas que regulan el acuerdo de arbitraje y la forma en la que se conducirá el arbitraje (Redfern y Hunter, 2009, p. 174).⁶

Incluso, en opinión de cierta doctrina y algunas legislaciones, el determinar como sede un determinado Estado, implicará la prohibición de elegir un derecho arbitral distinto del de la sede.⁷ Por ejemplo, el artículo 1 de la Ley Peruana de Arbitraje establece que se aplicará a los arbitrajes cuya sede se halle dentro del territorio peruano.⁸

⁵ Al respecto, Díez-Hochleitner y Heredia, han dicho: “solo los Tribunales del Estado de origen del laudo tienen competencia para controlar de forma directa el arbitraje y el resultado de éste, es decir, el laudo. Dicho de otro modo, salvo disposición expresa en contrario, al elegir la sede se elige en realidad la ley arbitral y —lo que es más relevante a los efectos del presente trabajo— también las autoridades judiciales que van a poseer competencia — con alcance universal y exclusivo— para intervenir en la fiscalización del arbitraje” (Díez-Hochleitner y Heredia, 2012, p. 99). En la misma línea, *ver*, Tovar Gil (2011, p. 399 y ss.).

⁶ En similar sentido *ver* Henderson (2014, pp. 888 y ss.).

⁷ *Ver*, por ejemplo, Cantuarias Salaverry (2011, p. 3). Este autor cita, a su vez, a Gómez Jene quien señala que “la *lex loci* que este precepto proclama supone, implícitamente, la imposibilidad de designar una ley extranjera para regir el procedimiento arbitral”.

⁸ Si bien la norma dice, textualmente, que “se aplicará a los arbitrajes cuyo *lugar* se halle dentro del territorio peruano”, cuando la norma hace referencia a *lugar*, en términos legales, está haciendo referencia la sede del arbitraje como concepto jurídico y no como espacio físico.

En Bolivia, la sede del arbitraje se encuentra regulada por el artículo 54 de la Ley de Conciliación y Arbitraje, Nro. 708, de 25 de junio de 2015 (en adelante, la “Ley Boliviana de Arbitraje”), el cual establece lo siguiente:

I. El arbitraje nacional tendrá como sede el Estado Plurinacional de Bolivia sometido a la normativa boliviana. Las partes podrán acordar la celebración de audiencias y otras diligencias fuera del territorio del Estado Plurinacional de Bolivia.

II. Si las partes acuerdan en la cláusula arbitral o convenio arbitral, que el arbitraje tenga una sede distinta a la del Estado Plurinacional de Bolivia, será considerado como arbitraje internacional sometido a la normativa que acuerden las partes, siempre y cuando no vulneren la Constitución Política del Estado y la Ley.

De este modo, si las partes eligen como sede a Bolivia, en principio, la Ley Boliviana de Arbitraje aplicará al procedimiento arbitral y definirá las normas aplicables al convenio arbitral. En vista de que esta Ley nos remite al Código Civil para definir la validez del convenio arbitral,⁹ será aquella normativa la que establecerá las condiciones de validez del Convenio.¹⁰ En adición, la Ley Boliviana de Arbitraje dice lo obvio: Si las partes eligen una sede extranjera, el arbitraje estará sometido a lo acordado por las partes.

(ii) Intervención judicial del arbitraje y nacionalidad del laudo arbitral

Una norma arbitral apropiada garantizará una intervención mínima del órgano judicial dentro del procedimiento arbitral. No obstante, existen ciertas funciones que deben ser cumplidas por los jueces, ya sea para efectuar

⁹ El artículo 112 (I) (3) (a) de la Ley Boliviana de Arbitraje, establece que la jurisdicción boliviana podrá declarar la nulidad del laudo arbitral: “Cuando la parte recurrente pruebe [...] *Que exista nulidad o anulabilidad de la cláusula arbitral o convenio arbitral, conforme la Ley Civil*”.

¹⁰ De este modo, para definir la validez del convenio arbitral, habrá que estarse a lo previsto en los artículos 473 al 493 (normas sobre vicios del consentimiento, objeto, causa y forma del contrato) y 546 a 559 (normas sobre nulidad y anulabilidad del contrato) del Código Civil.

tareas de control o para prestar apoyo ejecutivo a las decisiones de los árbitros. La sede del arbitraje es la que definirá el Estado cuyas cortes cumplirán tales funciones de control o supervisión (Caivano, 2017, p. 1).

Al respecto, la sede del arbitraje será el Estado donde el laudo arbitral fue dictado para los efectos de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, Nueva York (en adelante, “CNY”), y otras convenciones internacionales que regulan el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero (Born, 2014, p. 2054). La sede del arbitraje es comúnmente conocida como jurisdicción primaria. Cualquier Estado distinto al de la sede, donde se pretenda ejecutar el laudo arbitral será conocido como jurisdicción secundaria, donde por lo general se deberá aplicar la CNY para tramitar su reconocimiento y ejecución.

Los tribunales de la jurisdicción primaria serán los que podrán anular válidamente el laudo arbitral. Los tribunales de la jurisdicción secundaria solo podrán definir si reconocen y ejecutan un laudo arbitral extranjero, bajo alguna de las causales previstas por el artículo V de la CNY; pero, desde ningún punto de vista, podrá anular un laudo arbitral, dado que no cuentan con competencia para ello.¹¹

Al respecto, el artículo V(I)(e) de la CNY señala que se podrá denegar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, cuando la parte ejecutante demuestre que “la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia”.

¹¹ Sobre la competencia exclusiva de la jurisdicción primaria para anular el laudo arbitral bajo la CNY, *ver* Andaluz (2014, p. 587). Según este autor “la anulación de un laudo en una jurisdicción secundaria tiene que tomarse, en naturaleza jurídica, tan solo como una denegatoria de su reconocimiento, porque ninguna jurisdicción secundaria está autorizada por la Convención de sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (“Convención de Nueva York” de 1958) para declarar la invalidez de un laudo nacional de otra jurisdicción (artículo V.1 e). Por tanto, ninguna jurisdicción secundaria está atada a la actuación *ultra vires* de su par, lo que le permite reconocer el laudo que la otra ha dicho anular”.

Bajo esta norma, la CNY prevé que solo los tribunales de la sede cuentan con competencia para anular el laudo arbitral.

Existen jurisdicciones que, al parecer, se auto atribuyen una competencia exorbitante de control judicial del laudo arbitral. Como ha comentado Gómez Jene, la legislación de la India prevé que, salvo acuerdo expreso en contrario de las partes, los tribunales indios serán competentes para conocer de una acción de anulación del laudo si una de las partes en el arbitraje es de nacionalidad india. Con esto, al parecer, esta normativa permitiría a los tribunales indios efectuar tareas de control judicial del arbitraje, incluso cuando dicho país no ha sido designado como sede (Gómez Jene, 2013, p. 435).

No obstante, coincidimos con Gómez Jene (2013, p. 436) cuando indica que “los tribunales de los Estados ante los que se inste el laudo así anulado deberán ignorar la competencia exorbitante que de forma unilateral se atribuya todo aquel tribunal que no sea el de la sede del arbitraje”.

Finalmente, como es sabido, existen decisiones que los árbitros están facultados a tomar pero que, al no contar con el denominado *imperium*, no pueden ejecutar por sí mismos. Para ello, las cortes estatales prestarán lo que se conoce como auxilio judicial: harán efectiva la ejecución de ciertas decisiones tomadas por los árbitros (i.e., la ejecución de medidas cautelares, la producción de ciertos medios de prueba, apoyo para llenar vacantes de árbitros)¹².

¹² Este es justamente el espíritu que ha adoptado la Ley Modelo, la cual, según su artículo 6, prevé la intervención de los tribunales en ciertos casos particulares: como primer grupo tenemos aquellas cuestiones relativas al nombramiento, la recusación y la terminación del mandato de un árbitro (artículos 11, 13 y 14); la competencia del tribunal arbitral (artículo 16) y la nulidad del laudo arbitral (artículo 34). Como segundo grupo tenemos aspectos tales como la asistencia de los tribunales judiciales para la práctica de pruebas (artículo 27), el reconocimiento del acuerdo de arbitraje, incluida su compatibilidad con las medidas cautelares ordenadas por un tribunal estatal (artículos 8 y 9), las medidas cautelares dictadas por el tribunal estatal (artículo 17) y el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares (artículos 17 H y 17 I) y de laudos (artículos 35 y 36).

Por ejemplo, el artículo 85 (I) de la Ley Boliviana de Arbitraje otorga a los jueces facultades para ejecutar medidas cautelares ordenadas por el tribunal arbitral:

En caso que no se ejecuten las medidas cautelares dispuestas por el Árbitro Único o por el Tribunal Arbitral, la parte interesada podrá solicitar a la autoridad judicial competente, el auxilio judicial para la ejecución de las medidas.

En el mismo sentido, el artículo 79 (I) prevé que las partes podrán acudir al auxilio judicial para la tramitación de una solicitud de recusación no atendida en primera instancia por los árbitros:

A falta de acuerdo de partes, de Autoridad Nominadora o regulación en los reglamentos de los Centro de Conciliación y Arbitraje o de los Centro de Arbitraje, la parte recusante podrá solicitar el auxilio judicial, en cuyo caso formalizará la recusación ante la autoridad judicial competente, dentro de los cinco (5) días siguientes de que tome conocimiento de la designación de la o el Árbitro Único o la constitución del Tribunal Arbitral.

Ahora, ¿Qué tribunales judiciales serán competentes para ejecutar este tipo de decisiones? Si los tribunales judiciales de la sede serán aquellos que podrán revisar la validez del laudo arbitral, serán estos mismos tribunales los que prestarán las tareas de auxilio judicial que precisen las partes (Caivano, 2011, p.2).

Finalmente, conforme al artículo 85 (III) de la Ley Boliviana de Arbitraje, la autoridad judicial, en principio, se limitará a cumplir la solicitud, sin pronunciarse sobre su procedencia ni admitir oposición o recurso alguno. Como única excepción, se le permite al juez negar la ejecución de la medida si esta es contraria al orden público. En definitiva, el principio en materia de auxilio judicial es que el tribunal arbitral

decida y el juez simplemente ejecute, salvo que estemos ante una vulneración al orden público.¹³

4. La sede del arbitraje vs la deslocalización del arbitraje

Hasta ahora, hemos puesto de relieve la importancia conceptual y práctica de la sede del arbitraje. En contraste con la importancia otorgada a la sede arbitral, existe una corriente doctrinal que propugna la *deslocalización del arbitraje*. Para esta corriente, el arbitraje debería ser independiente con relación a cualquier ordenamiento jurídico, incluidas su normativa y sus cortes. De esta manera, la sede debería ser irrelevante en la regulación del procedimiento arbitral, en el sentido que las partes que se someten a un procedimiento arbitral pretenden alcanzar la mayor neutralidad posible en lo que respecta a la intervención de las cortes estatales y la aplicación de las normas de cada país.¹⁴

No obstante, en nuestra opinión la sede del arbitraje juega un papel importante, y la teoría que propugna la deslocalización del arbitraje no ha llegado a un desarrollo tal que nos convenza sobre una potencial desaparición de la sede.

Al respecto, coincidimos con González de Cossío (2010, p. 76), quien recuerda que la sede es el vínculo mediante el cual se fija la competencia del derecho y los tribunales que asistirán al arbitraje. Sin éstos, el arbitraje pudiera encontrarse con impedimentos prácticos serios. Incluso el arbitraje internacional debe operar dentro de los límites de un sistema jurídico.

A continuación, sobre la base de lo expuesto por Petsche (2005, pp. 158 y ss.), desarrollaremos algunos elementos esenciales sobre los

¹³ Para un estudio más amplio sobre el concepto de orden público en el contexto del arbitraje, *ver*, Villarroel (2017, pp. 73-130).

¹⁴ Para un análisis conciso, pero al mismo tiempo acertado, sobre la temática *ver* Fernández Rozas (2005, pp. 605-637) y Palao Moreno (2011, pp. 171-205).

cuales se sustenta la teoría de la deslocalización y plantemos algunos argumentos en sentido contrario:

(i) Autonomía de la voluntad

Si partimos del dogma de la autonomía de la voluntad de las partes, se podría decir que las partes tienen la libertad de elegir una sede del arbitraje, pero elegir una *lex arbitri* distinta. Esta posibilidad, quitaría relevancia a la teoría de la sede, al estar esta librada a la potestad de las partes.

Aquella afirmación podría ser cierta, pero si las partes toman una decisión de esta naturaleza, podrían enfrentar serios problemas prácticos. Por ejemplo, podría darse el caso que la Ley de la sede otorgue ciertas facultades a los tribunales que prestarán auxilio judicial, pero que la *lex arbitri* elegida por las partes no les otorga. Bajo este ejemplo, los tribunales de la sede estarán en el conflicto de si aplican su ley arbitral o aquella que haya sido elegida por las partes. Independientemente de la elección que tome el árbitro, se estaría entrando en una zona gris que a futuro podría afectar la eficacia del arbitraje en cuestión.

Tal como ya hemos comentado (Villarroel, 2017, pp. 54 y ss.), la Corte de Apelaciones de Londres, en el asunto *Sulamérica v Enesa*, en el marco del cual las partes no habían determinado la ley aplicable al convenio arbitral, estableció un *test*, compuesto por tres pasos de análisis, que debe ser tomado en cuenta para determinar dicha ley aplicable: (i) elección expresa; (ii) elección implícita; y (iii) conexión más cercana y real.¹⁵

En el caso citado, las partes determinaron que la ley aplicable al contrato principal sería una ley de Brasil; decidieron que la sede del arbitraje sea Londres; y no decidieron nada respecto de la ley aplicable al convenio arbitral. La Corte, en aplicación del *test*, señaló, resumidamente, lo siguiente:

¹⁵ *Sulamérica Cia Nacional de Seguros S.A. contra Enesa Engenharia S.A.*, Case No: A3/2012/0249, [2012] EWCA Civ 638.

- a. No hubo una *elección expresa* de la ley aplicable al convenio arbitral.
- b. El único elemento que puede implicar una *elección implícita* es el hecho que las partes eligieron una ley de Brasil para que se aplicara al contrato principal. La Corte identificó que no existía relación alguna entre el contrato principal (póliza de seguros) y el convenio arbitral, ya que el objeto de uno y otro es totalmente distinto. Asimismo, se determinó que, muy probablemente, bajo esta interpretación, en aplicación de la ley brasileña, el convenio arbitral puede ser considerado inválido, con lo cual no es plausible que las partes hayan querido que la ley brasileña aplique.
- c. El convenio arbitral tiene una relación *más cercana y real* con la sede del arbitraje, ya que la elección de otro país como sede del arbitraje importa una aceptación de que la ley de ese país se aplicará a los procedimientos de desarrollo y supervisión de los arbitrajes. En consecuencia, la Corte concluyó que la ley aplicable al arbitraje era la de Londres.

Ahora bien, lo que sí vemos posible, en línea con el fallo analizado y tal como ya hemos sostenido (Villaruel, 2017, pp. 56-57), es que, partiendo de la autonomía de la voluntad y del principio de separabilidad del convenio arbitral, al arbitraje (y, por tanto, al convenio y procedimiento arbitral) se le puede establecer una ley aplicable distinta que al contrato principal. Por ejemplo, a un contrato de venta comercial, las partes pueden acordar que su ley aplicable sea la legislación del Estado de New York y, a su vez, que la *lex arbitri* sea la legislación federal Argentina.

(ii) Falta de legitimación de la sede

En muchas ocasiones las partes no prevén de forma expresa su voluntad de someterse a las leyes procesales y arbitrales de la sede, y comúnmente solo hacen referencia a ciertas reglas institucionales (Petsche, 2005, pp. 159 y 161). De este modo, la determinación de una sede del arbitraje no contaría con la legitimación suficiente como para tener el nivel de relevancia que se le otorga.

Sin embargo, incluso asumiendo que la hipótesis de la falta de legitimación sea cierta, el arbitraje, en muchos países, si es que no es la mayoría, continúa necesitando del apoyo de los jueces para hacer efectiva las decisiones de los árbitros. Existen instancias estatales donde se deberán ejecutar medidas cautelares u órdenes de similar naturaleza, que solo darán curso a una orden de ejecución proveniente de un juez estatal. Por ejemplo, las retenciones de fondos bancarios, las intervenciones societarias, los embargos y anotaciones preventivas, entre otros, por lo general, para ser efectivas, precisan de la intervención judicial. De este modo, para creer que un arbitraje será totalmente independiente a la sede, será necesario que existan un nivel de armonización amplísimo a nivel mundial, el cual permita a los árbitros ejecutar sus propias decisiones.

(iii) La pérdida de relevancia de la acción de anulación

Se dice (Petsche, 2005, pp. 162 y ss.) que la acción de anulación (en Bolivia denominada como recurso de nulidad) está perdiendo relevancia, dado que, (i) existe una tendencia por permitir a las partes renunciar a la acción de anulación; (ii) teóricamente, la determinación de la validez o ejecutabilidad del laudo arbitral, no debería estar reservada a una sola jurisdicción, sino más que debería depender únicamente del lugar donde se pretende ejecutar el laudo arbitral; y, (iii) existe la posibilidad de reconocer y ejecutar laudos anulados.

Con relación al punto (i), si bien existen legislaciones que permiten a las partes a renunciar a la acción de anulación, existen otras que no lo permiten, y siempre existirán casos en los cuales las partes no harán esta renuncia expresa. Bajo este panorama, continúa siendo relevante que exista una jurisdicción que puede efectuar el control judicial del laudo arbitral.

Respecto del punto (ii), aquella visión responde más a un deseo teórico, dado que siempre existirán Estados que se reservarán la competencia para anular un laudo arbitral. Asimismo, desde nuestra visión, siempre

debería existir alguna autoridad que tenga la competencia para definir si determinado acto jurídico ha cumplido con sus condiciones de validez.

Finalmente, respecto del punto (iii), el discutir sobre la posibilidad de reconocer y ejecutar un laudo arbitral anulado en la sede, sobrepasa el propósito de este ensayo. Sin embargo, en nuestra opinión, las diversas tesis y prácticas judiciales que sustentan la posibilidad de reconocer y ejecutar un laudo válidamente anulado no son del todo correctas. A continuación, comentamos de forma muy resumida algunas de ellas:

a. Se dice que, en aplicación del derecho más favorable (artículo VII, CNY), es posible reconocer y ejecutar un laudo anulado¹⁶. No obstante, tal posición pierde de vista que, independientemente de la aplicación del derecho más favorable, el pretender ejecutar un laudo que ha sido anulado no es jurídicamente posible: Si el laudo ha sido anulado, es jurídicamente inexistente, y no es posible ejecutar algo que para el derecho no existe.

b. También se ha dicho que la posibilidad de reconocer y ejecutar un laudo arbitral es potestativa, dado que el artículo V.1 de la CNY señala que se “podrá” denegar el reconocimiento y ejecución por las causales señaladas en adelante. No obstante, las normas se dictan para producir efectos, esto es, con el propósito de ser eficaces; si la CNY deja librada al arbitrio de los jueces la aplicación de las causales de oposición al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales estaría limitando su eficacia normativa y quitando efectos a su propio contenido (Andaluz, 2014, pp. 604 y ss.).

c. Finalmente, se ha dicho que es posible rechazar el reconocimiento de un laudo anulado, cuando la sentencia de

¹⁶ Ver, por ejemplo, Corte de Casación de Francia, *Hilmarton Ltd. v. OTV*, 1997 y Corte de Distrito de Columbia, *Chromalloy Aeroservices v. Egipto*, 1996; Andaluz (2014, pp. 593 y ss.); y, (Caivano, 2011, pp. 423 y ss.).

anulación vulnera el orden público de la jurisdicción receptora. La conclusión es correcta, las razones que se han dado, no lo son.¹⁷

Las razones no son correctas porque en estos casos, nuevamente se ha utilizado la palabra “*podrá*” que prevé el artículo V.1 de la CNY, y como hemos mencionado, este argumento no es el apropiado.

La conclusión es correcta por lo siguiente: (i) por regla de derecho internacional privado, oponerse al reconocimiento de un laudo, bajo el argumento de que este ha sido anulado, implica pretender el reconocimiento de la Sentencia de anulación. Por naturaleza jurídica, no es posible reconocer una resolución que atente al orden público; así, si la Sentencia de anulación vulnera el orden público del país receptor, este no tiene por qué reconocerla, con lo cual, en tal escenario, el laudo arbitral continúa siendo válido y ejecutable, desde la perspectiva de este Estado.

En suma, es probable que se llegue a un punto de armonización y verdadera deslocalización del arbitraje comercial internacional, que quite relevancia a la sede. No obstante, bajo el contexto actual del arbitraje, la sede desde el punto de vista conceptual y práctico continúa siendo relevante. Tal como recuerda Caivano (2017, p. 3):

Todo parece indicar que la actividad arbitral internacional no puede, todavía, desvincularse completamente de la actividad legislativa y jurisdiccional del Estado en el que se desarrolla. Y aun con los reparos teóricos que pueda suscitar, la sede del arbitraje sigue siendo un factor determinante para atribuir

¹⁷ Ver, por ejemplo, Corte de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, asunto “Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral SRL v. PEMEX Exploración y Producción”, 2013 (Disponible en: https://lettersblogatory.com/wp-content/uploads/2013/09/gov.uscourts.nysd_357027.160.0.pdf) y Corte de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia, asunto “TermoRío SA esp y LeaseCo Group LLC v. Electranta SP”, 2007 (Disponible en: [https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3EA9064DC31B165A852574400045448F/\\$file/06-7058a.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3EA9064DC31B165A852574400045448F/$file/06-7058a.pdf)). También ver los comentarios en Andaluz (2014, pp. 603 y ss.).

competencia a los tribunales judiciales llamados a cumplir las funciones de apoyo o control sobre el arbitraje, un punto de conexión relevante para establecer la ley procesal aplicable y un elemento clave para atribuir ‘nacionalidad’ al laudo que se dicte.

5. Conclusiones y recomendaciones prácticas a tiempo de elegir una sede del arbitraje

Como reflexión final, cabe destacar la relevancia con la que (todavía) cuenta el alcance de la sede del arbitraje (*lex arbitri*, tribunales de control y auxilio judicial) y la importancia que deben darle las partes a tiempo de suscribir sus convenios arbitrales, en especial en el marco de relaciones jurídicas internacionales.

La elección de la sede con la atención que ésta se merece ayudará a que las partes puedan contar, a priori, con reglas claras en cuanto a las normas aplicables al arbitraje. Esto trascenderá en evitar que se presenten una serie de inconvenientes prácticos los cuáles pueden llegar a afectar la eficacia del arbitraje.

Finalmente, no se deben perder de vista los siguientes aspectos prácticos a considerar a tiempo de elegir la sede del arbitraje:

- a. Lo más apropiado es elegir como sede arbitral un Estado signatario de la CNY, para así garantizar que el laudo arbitral que se emita pueda ser ejecutable bajo aquella norma.
- b. El arbitraje será exitoso en la medida en que el laudo arbitral sea ejecutable, así, en vista de que los tribunales de la sede podrán declarar la nulidad del laudo arbitral, no es apropiado elegir como sede a Estados que no cuenten con cultura arbitral y que sean conocidos por

contar con tribunales judiciales interventores, con prácticas corruptas o tendientes a favorecer a empresas nacionales o estatales.¹⁸

c. En esa línea, se podría asumir que, en ciertos países, un nacional podría tener mayor influencia sobre las cortes estatales de su país. De este modo, considerando las facultades de control judicial con las que cuenta la sede y en línea con lo indicado en los puntos anteriores, lo ideal es que la sede del arbitraje sea una neutral con relación a ambas partes.

d. En el mismo sentido, es importante elegir una *lex arbitri* que favorezca al arbitraje o, como se dice, que sea “*arbitration-friendly*.”¹⁹ Una *lex arbitri* será *friendly* en la medida que proporcione ciertos elementos básicos que garanticen la eficacia del arbitraje (i.e., consolidación de los principios *Kompetenz-kompetenz* y de separabilidad del convenio arbitral) y que prevea una intervención mínima de las cortes estatales en el arbitraje.²⁰

¹⁸ Al respecto, Caivano recuerda lo siguiente: “es importante cerciorarse de que las normas reconozcan al arbitraje un razonable grado de autonomía, de modo que el proceso pueda desarrollarse sin mayores interferencias judiciales. Conviene localizar jurídicamente el arbitraje en un país cuya legislación contemple los modernos principios y reglas en materia de arbitraje. Para ello, un indicador eficiente es cotejar esa legislación con la Ley Modelo de UNCITRAL: este modelo de ley es fruto de la discusión de importantes actores vinculados al arbitraje provenientes de todo el mundo, ha tenido generalizada aceptación en la comunidad arbitral internacional y se reconoce que brinda una respuesta apropiada y equilibrada a los desafíos que presenta el arbitraje” (Caivano, 2017, p. 4).

¹⁹ Ver, por ejemplo, Darwazeh (2014).

²⁰ Sobre el particular, Caivano recuerda lo siguiente: “debe buscarse un lugar cuyos tribunales judiciales sean institucionalmente confiables, que –más allá del lógico control que deben ejercer– exhiban antecedentes de respeto al ámbito de la jurisdicción y a las decisiones de los árbitros y que, como mínimo, no sean manifiestamente hostiles hacia el arbitraje” (Caivano, 2017, p. 4).

6. Referencias

- Andaluz, H. (2014). La puesta en duda del concepto de validez en el reconocimiento de laudos anulados. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIII.
- Belohlavek, A. (2013). Importance of the Seat of Arbitration in International Arbitration: Delocalization and Denationalization of arbitration as an Outdated Myth. *ASA Bulletin Association Suisse de l'Arbitrage*, 31(2).
- Born, G. (2014). *International Commercial Arbitration* (2a ed.). Kluwer Law International.
- Caivano, R. (2011). *Control judicial en el arbitraje*. Abeledo-Perrot.
- Caivano, R. (2017). La sede del arbitraje. *Diario de Doctrina y Jurisprudencia 'El Derecho'*, LV(14.157 Ed.272).
- Cantuarias Salaverry, F. (2011). Art. 1o. En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje: Vol. I*. Instituto Peruano de Arbitraje.
- Darwazeh, N. (2014). The Capital of international arbitration. *Deutscher AnwaltSpiegel*. <https://www.deutscheranwaltspiegel.de/disputeresolution/archiv/the-capital-of-international-arbitration/>
- Demetriou-Jones, E. (28 abril 2017). *Latin America becoming more attractive as arbitration seat*. <https://Latinlawyer.Com/Article/1140747/Latin-America-Becoming-More-Attractive-as-Arbitration-Seat>. [//latinlawyer.com/article/1140747/latin-america-becoming-more-attractive-as-arbitration-seat](https://latinlawyer.com/article/1140747/latin-america-becoming-more-attractive-as-arbitration-seat)
- Díez-Hochleitner, J., & Heredia, I. (2012). Exequátur en España de Laudos Anulados y Suspendidos en el Estado de Origen. *Arbitration Review, Revista del Club Español del Arbitraje*, 2012(13).
- Fernández Rozas, J. C. (2005). El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización. *Revista Española de Derecho Internacional*, 57(2), 605–637.

- Fernández Rozas, J. C. (2007). Determinación del lugar del arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral. *Lima Arbitration. Revista del Círculo Peruano de Arbitraje*, 2, 25–62.
- Gómez Jene, M. (2013). Efectos en un tercer Estado de un laudo anulado en un Estado y reconocido en otro. *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 6(2), 427–437.
- Gonzalez de Cossio, F. (2010). *Arbitraje* (2a ed.). Porrúa.
- Henderson, A. (2014). Lex Arbitri, Procedural Law and the Seat of Arbitration. *Singapore Academy of Law Journal*, 26.
- International Commercial Arbitration. (2005). *United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)*. United Nations.
- Palao Moreno, G. (2011). El lugar de arbitraje y la “deslocalización” del arbitraje comercial internacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(130), Article 130. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2011.130.4671>
- Petsche, M. (2005). *The growing autonomy of International Commercial Arbitration*. Quadis.
- Redfern, A., & Hunter, M. (2009). *International Arbitration*. Oxford University Press.
- Tovar Gil, M. del C. (2011). Art. 35o. En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje: Vol. I*. Instituto Peruano de Arbitraje.
- Vásquez Palma, M. F. (2010). Arbitraje y jurisdicción estatal: Su coordinación en una perspectiva latinoamericana. *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 3(3), 766–788.
- Villarroel, D. (2017). *Arbitraje, Control Judicial y Orden Público*. El País.

Arbitraje de emergencia: Aplicación de la Convención de Nueva York para ejecutar las decisiones sobre medidas cautelares¹

Emergency arbitration: Enforcement of the New York Convention to execute the decisions on precautionary measures

SCARLETT JAQUELINE LOAYZA ORELLANA *

Recibido: 27 de julio de 2020

Aceptado: 6 de octubre de 2020

Resumen

En el presente trabajo se analizará la viabilidad de aplicar la Convención de Nueva York de Reconocimiento y Ejecución de

¹ Esta investigación es parte de la tesis de grado “Razonabilidad de aplicar la Convención de Nueva York a las medidas cautelares que emita el árbitro de emergencia a fin de garantizar la tutela judicial efectiva en Bolivia”, que la autora defenderá en la carrera de Derecho de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” en la ciudad de La Paz, Bolivia para la obtención de su licenciatura en Derecho.

* Egresada de la Carrera de Derecho de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”. Participante de la Competencia Nacional de Arbitraje (2019), organizada por la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz - Bolivia, con mención a la mejor memoria. Participante de la Competencia Internacional de Arbitraje (2019-2020), organizada por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad del Rosario, con mención a la mejor memoria. Formación en Arbitraje Nacional por la Cámara Nacional de Comercio (2019). Actualmente, cursa el Diplomado de Formación de Árbitros especializados en Arbitraje Comercial Nacional e Internacional, a cargo de Peruvian Chamber of Business. Miembro de la Asociación Internacional de Arbitraje Alumni. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado – Capítulo Bolivia. Paralegal en Ferrere Abogados Bolivia. Actualmente, trabaja como Paralegal en PPO Legal Abogados. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8429-6747>

Contacto: scarlett.jaqui@gmail.com

Revista de Derecho de la UCB – *UCB Law Review*, Vol. 4 N° 7, octubre 2020, pp. 191-226 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa). DOI: <https://doi.org/10.35319/lawreview.2020754>

sentencias arbitrales extranjeras (en adelante la “Convención de Nueva York”) para ejecutar las medidas cautelares que emita el árbitro de emergencia, a fin de respetar los dos pilares fundamentales de tal instrumento internacional, por una parte, obligar a los Estados a reconocer los acuerdos arbitrales que, en este caso, contengan la actuación del árbitro de emergencia, y, por otra, obligar a los Estados a reconocer y ejecutar las decisiones arbitrales que en este caso den procedencia a la aplicación de las medidas cautelares. A tal fin, se realizará una interpretación teleológica con respecto al término *sentencia arbitral*, con el fin de que las decisiones que emita el árbitro de emergencia, (ya sea en forma de laudo, laudo provisional u orden) puedan gozar de la protección de la Convención de Nueva York.

Palabras clave: Árbitro de emergencia / medidas cautelares / Convención de Nueva York / reconocimiento del acuerdo arbitral / reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales.

Abstract

This work will analyze the feasibility of applying the New York Convention to execute the precautionary measures issued by the emergency arbitrator, in order to respect the two fundamental pillars of such an international instrument, on the one hand, to compel States to recognize the majority of the arbitration agreements that, in this case, contain the action of the emergency arbitrator, and, on the other hand, compel States to recognize and execute the arbitration decisions that, in this case, give rise to the application of the precautionary measures. Thus, a teleological interpretation must be made with respect to the term *arbitration award*, so that the decisions issued by the emergency arbitrator (whether in the form of an award, provisional award or order) can enjoy the protection of the New York Convention.

Keywords: Emergency arbitrator / precautionary measures / New York Convention / recognition of the arbitration agreement / recognition and execution of arbitral awards.

1. Introducción

El arbitraje es “la institución jurídica por virtud de la cual una tercera persona nombrada por convenio entre las partes, resuelve, con base en una potestad específicamente conferida, el conflicto que les afecta” (Flors, 2017, pág. 1). De ahí que las partes, a través de su autonomía de la voluntad, elijan someter sus controversias a este medio, esperando obtener una justicia igual o mejor que la justicia ordinaria.

Durante las últimas décadas, el arbitraje se convirtió en un medio preferente de resolución de conflictos, tanto a nivel nacional como internacional, pues tiene como características: “rapidez, en cuanto al procedimiento; especialización de los árbitros que resuelven el conflicto y confidencialidad que envisten las resoluciones dictadas por los árbitros” (Parada abogados, 2007).

Para preservar esas ventajas, con frecuencia se requiere la aplicación de medidas cautelares, incluso antes de que se constituya el Tribunal Arbitral. Para Roncancio (2010), el posible transgresor puede afectar las pruebas, provocar su insolvencia o asumir infinidad de conductas que afecten el *statu quo* de la relación contractual. En razón de ello, dichas acciones deben ser paralizadas con la finalidad de que no exista una vulneración a los derechos de la parte solicitante.

Ante la necesidad de aplicar medidas cautelares, nace el árbitro de emergencia a “quien le corresponde actuar para resolver un procedimiento de adopción de medidas cautelares urgentes” (Betancourt, 2014, pág. 30). Teniendo como principal característica que “la parte que requiere una medida cautelar urgente, no espere la

constitución del Tribunal Arbitral, sino que pueda solicitarla incluso antes de ésta en sede arbitral” (Vega, 2017, pág. 35).

La institución del árbitro de emergencia “fue incorporada por primera vez por la Cámara de Comercio Internacional en el Reglamento del Procedimiento Pre Arbitral que establece la designación de un tercero neutral con facultades para ordenar medidas cautelares urgentes con anterioridad a la constitución de un Tribunal Arbitral” (Reglamento de procedimiento precautorio pre arbitral, 1990).

Bajo la misma línea, centros y cortes arbitrales como: el Centro Internacional de Resolución de Disputas (ICDR) en 2010, el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC), la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) en 2012, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC) en 2013, y la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) en 2014, adoptaron el árbitro de emergencia en sus reglamentos. Evidenciándose de esa manera que la institución del árbitro de emergencia tuvo un crecimiento a nivel global.

Como es sabido, los árbitros carecen del poder de imperio, de manera que el árbitro de emergencia, para poder hacer cumplir sus decisiones directamente, y por sí mismo, necesita del auxilio judicial para la ejecución de la medida cautelar que emita. En ese sentido, el Estado, a través de sus órganos, es quien debe brindar tal auxilio judicial, a fin de proteger y garantizar el ejercicio de la tutela judicial efectiva dentro del arbitraje.

En consecuencia, el arbitraje -al ser un medio de solución de conflictos jurisdiccional-, no puede brindar una justicia inaccesible cuando se trate de garantizar la ejecución de las medidas cautelares. Ello puesto que los países en su mayoría reconocen la tutela judicial efectiva dentro de sus cartas fundamentales, tutela que debe ser brindada a las partes, ya sea que elijan el arbitraje o la justicia ordinaria para resolver sus conflictos.

En línea con lo anterior, el ordenamiento jurídico boliviano reconoce a la tutela judicial efectiva, en el artículo 115 de la Constitución Política

del Estado, estableciendo que “toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos” (Constitución Política del Estado, 2009).

La importancia de la tutela judicial efectiva recae en su triple enfoque:

- Eliminar obstáculos procesales que afecten a la libertad de acceso a la justicia.
- Obtener una sentencia debidamente motivada y fundada, en un tiempo razonable, más allá si la decisión es acertada o no.
- Que esa sentencia sea cumplida, es decir, que se cumpla fehacientemente con la ejecutoriedad del fallo (Dousdebés, 2016, pág. 19).

Este triple enfoque demuestra que la tutela judicial efectiva debe estar presente durante todo el desarrollo del procedimiento jurisdiccional o arbitral, pues no basta con que las partes accedan a la justicia arbitral si a momento de obtener una sentencia favorable, esta no pueda ser ejecutada por trabas procesales no contempladas por ninguna de las partes.

“La tutela judicial no es tal, sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva recaída en la controversia” (Naranjo, 2018, pág. 18). Por ello, las medidas cautelares son herramientas “que protegen de manera provisional la integridad de un derecho, para evitar la aparición de riesgos en los procedimientos jurídicos. Su principal objetivo es prevenir un peligro o un daño en los procesos jurisdiccionales y garantizar la eficacia de estos” (Reyes, 2016, pág. 392).

Sánchez (2018) menciona que “la necesidad y conveniencia de adoptar medidas cautelares para garantizar el cumplimiento del laudo, no solo queda fuera de toda discusión, sino que se considera un derecho esencial de las partes enfrentadas” (pág. 405).

Sin embargo, se cuestiona “la falta de previsión de un régimen específico internacional para la ejecución de las medidas cautelares

acordadas por el árbitro de emergencia” (Sánchez, 2018, pág. 409). Pues, pese a la importancia que representa la ejecución de medidas cautelares pre arbitrales emitidas por el árbitro de emergencia, se evidencia que aún no cuentan con un instrumento internacional de respaldo para ser reconocidas y ejecutadas en un país extranjero.

2. Desarrollo

2.1. Árbitro de emergencia

El árbitro de emergencia “tiene la misma naturaleza jurídica que el árbitro que conoce el fondo de la controversia, por ende, su legitimidad de origen es la misma, siendo diferentes sus funciones jurisdiccionales que están limitadas conforme al mandato otorgado por las partes” (Betancourt y Ojeda, 2014, pág. 31). Es decir, el árbitro de emergencia como cualquier otro árbitro es elegido por las partes, y son estas quienes les otorgan ciertas facultades dentro del proceso arbitral, siendo en este caso, la facultad de conceder o no medidas cautelares.

Así también lo señala la Ley N.º 708 de Conciliación y Arbitraje, pues el árbitro de emergencia se encuentra regulado en la sección II que hace referencia a los árbitros, estableciendo en su Artículo 67 que:

El árbitro de emergencia se habilitará previa a la designación de la o el Árbitro Único o la constitución del Tribunal Arbitral, siempre que exista acuerdo expreso entre las partes en la cláusula arbitral o el convenio arbitral, a solicitud de una de las partes, para:

-Resolver la procedencia o improcedencia de las medidas cautelares expresamente acordadas en la cláusula arbitral o convenio arbitral (Ley N° 708 sobre Conciliación y Arbitraje, 2015).

De ahí que la actuación del árbitro de emergencia es de suma importancia para el proceso arbitral, ya que, para Roncancio (2012) “busca dar una alternativa real, efectiva, pronta, pertinente, imparcial, independiente, neutral, eficaz, económica, confidencial y con

conocimiento, que propenda por los derechos de las partes” (pág. 1). La tutela cautelar que brinda el árbitro de emergencia es “esencial para lograr que todo procedimiento arbitral sea eficaz y exitoso” (Fernández, 2016, pág. 82).

Según Betancourt y Ojeda (2014), es necesario hacer hincapié en que, así como los árbitros que conforman el tribunal arbitral, el árbitro de emergencia tiene los siguientes derechos y deberes:

Derechos

- Autonomía para decidir, el árbitro de emergencia es autónomo en su actuación y en la toma de su decisión.
- Cobro de honorarios, tiene derecho a recibir una contraprestación para cubrir sus honorarios profesionales.

Deberes

- Deber de revelar, está obligado a revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia.
- Deber de confidencialidad, está obligado a guardar la confidencialidad de la información que conocen con motivo del arbitraje.
- Deber de dictar un laudo ejecutable.

Como se ha descrito anteriormente, existen varios reglamentos a nivel internacional que adoptaron la inclusión del árbitro de emergencia. Por lo que, ante las diferencias existentes en los reglamentos internacionales de arbitraje, es necesario analizar las disposiciones aplicables de manera general. De ahí que las características principales de este procedimiento según Fernández (2016) son:

a. Iniciación a instancia de parte: la solicitud de aplicación de medidas cautelares por parte del árbitro de emergencia lo realizará la parte que requiera con urgencia salvaguardar un derecho. Tal solicitud se habrá de presentar o bien en el mismo momento o después de la solicitud de

iniciación de arbitraje. Empero, la solicitud también se puede presentar en un momento temporal anterior a la solicitud de arbitraje.

b. Principio de audiencia: tal solicitud será transmitida a la parte demandada, con el fin de que pueda presentar alegaciones que considere convenientes. Por consiguiente, no se aplicarán medidas cautelares *ex parte*.

c. Nombramiento del árbitro: la institución en la que se esté tramitando la solicitud de medidas cautelares, en un plazo de máximo dos días designará un árbitro de emergencia para que adopte las medidas cautelares solicitadas.

d. Independencia e imparcialidad del árbitro de emergencia: como cualquier otro árbitro, en este caso igualmente son de aplicación las previsiones contempladas en los distintos reglamentos institucionales en relación a su independencia e imparcialidad respecto de las partes involucradas en la controversia.

e. Sede del procedimiento del árbitro de emergencia: la sede acordada por las partes para el arbitraje será la misma para el procedimiento del árbitro de emergencia.

f. Poderes del árbitro de emergencia: el árbitro de emergencia tiene una competencia plena para decidir sobre las medidas cautelares solicitadas, pero también es limitada única y exclusivamente a dicha labor.

g. Carácter no tasado de las medidas cautelares: en los distintos reglamentos de arbitraje no se establece una lista cerrada de las medidas cautelares que se pueden solicitar y ser otorgadas en un arbitraje de emergencia. La única limitación existente es que dichas medidas sean necesarias y que no puedan esperar a la constitución del Tribunal Arbitral.

h. Procedimiento a seguir: el árbitro de emergencia debe establecer un calendario procesal para el procedimiento en el menor tiempo posible, máximo dos días. Este árbitro también podrá renunciar a algún trámite

procesal, pero siempre se asegurará que cada parte haya tenido una oportunidad razonable de defender sus posiciones.

i. Celeridad en la adopción de la decisión por parte del árbitro de emergencia: una de las ventajas más relevantes para acudir a esta figura ha de ser la rapidez en la toma de las decisiones.

j. Estándares para la concesión de la medida cautelar solicitada: el árbitro de emergencia ha de evaluar los presupuestos tradicionales previstos para la adopción de las medidas cautelares. En consecuencia, de forma general, se constata que la práctica internacional consagra además del requisito de la urgencia, el *periculum in mora* y el *fumus bonus iuris*.

k. Decisiones vinculantes para las partes: desde el mismo momento que se adoptan las decisiones por parte del árbitro de emergencia, las partes quedan obligadas a cumplir su contenido (pág. 89-93).

2.1.1. Forma de la decisión de medida cautelar

De acuerdo a los reglamentos internacionales de arbitraje mencionados al inicio de esta investigación, el árbitro de emergencia “profiere decisiones vinculantes para las partes, en forma de: (i) orden procesal, (ii) laudo provisional, (iii) laudo interlocutorio o (iv) simplemente laudo” (Rivera, 2014, pág. 170).

Lo anterior, se evidencia en los siguientes reglamentos:

-Para el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, la decisión del árbitro toma la forma de orden.

-Para el Reglamento del Centro Internacional para la Resolución de Disputas, la decisión del árbitro de emergencia toma la forma de orden, laudo provisional o interino.

-Para el Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, tal decisión toma la forma de orden o laudo.

Evidenciándose que en la mayoría de los reglamentos la decisión del árbitro de emergencia sobre medidas cautelares “es adoptada bajo la

forma de un laudo interlocutorio o provisional que, al igual que el laudo definitivo que se dicte sobre el fondo del asunto, es inmediatamente ejecutable” (López, 2000, pág. 18).

Por ello, es necesario unificar el sentido interpretativo sobre el término *sentencia arbitral* que hace mención la Convención de Nueva York, para evitar la denegación del *exequátur* de la medida provisional, por:

No adoptar la forma de laudo, por ejemplo, si por su forma resulta ser una orden provisional o interlocutoria, o un laudo parcial o, incluso, aunque esta se tome, por no tratarse de un laudo propiamente dicho, esto es, una decisión final u obligatoria sobre la controversia (Perales, 2007).

2.1.1.1 Tipos de decisiones emitidas por los árbitros

A efectos de aclarar el punto anterior, es necesario identificar las decisiones que emiten los árbitros en el transcurso del desarrollo del proceso arbitral, siendo las siguientes:

a. Laudo arbitral: “es la resolución definitiva de la controversia presentada por el árbitro y tiene la misma fuerza que la sentencia que emiten los tribunales ordinarios” (Olaiz, 2005, pág. 232).

Castillo y Sabroso (2017) mencionan algo semejante, precisando que no solo es la parte central del proceso, sino también su parte más emblemática, porque es la meta, el objetivo al que esperan llegar las partes como los árbitros a efectos de poner fin al proceso.

b. Laudos provisionales: estas decisiones “no son de carácter definitivo y se caracterizan por ser emitidas en el curso del procedimiento arbitral, refiriéndose a aspectos que requieren ser resueltos de manera preliminar” (Olaiz, 2005, págs. 232-233).

c. Laudos interlocutorios o parciales: estas decisiones “resuelven de manera definitiva una parte de la controversia, dejando de lado la resolución del resto del conflicto” (Castillo y Sabroso, 2017, pág. 4).

Para Gonzales (2008), el laudo parcial es aquel que versa sobre una parte del objeto del litigio; es decir, sobre uno de los puntos de la demanda o la contestación.

d. *Requerimientos provisionales:* estas decisiones consisten “en interdictos arbitrales para ampliar términos con la finalidad de conocer el fondo del asunto en las mejores condiciones posibles” (Olaiz, 2005, pág. 233).

e. *Ordenes procesales:* Es una decisión que se toma a lo largo del procedimiento. Se distingue de un laudo (parcial o total) tanto en cuanto a sus efectos como en cuanto a su objeto (Samaniego, 2018).

En suma, se observa que los tipos de decisiones que emiten los árbitros tienen características distintas, pero, al no existir uniformidad en la denominación de las decisiones que adoptan los árbitros de emergencia, es necesario realizar una interpretación del término *sentencia arbitral* que refiere la Convención de Nueva York, con la finalidad de otorgarle una definición que permita que la decisión que concede las medidas cautelares pueda producir sus efectos, para no privar de su protección a las partes, por el solo hecho de tener o no tal forma.

No obstante, lo anterior no implica que, si no se define la forma, no se pueda ejecutar la decisión de medidas cautelares. La forma en la que se emita la medida cautelar no debe prevalecer sobre su fondo, que es precisamente el de proteger los derechos de la parte que demuestre la verosimilitud de un derecho y el peligro en la demora. Presupuestos que son necesarios a momento de solicitar la aplicación de medidas cautelares, ya que, de no demostrarse ambos, su ejecución podría realizarse conjuntamente con la ejecución del laudo arbitral.

Para ejemplificar ello, es preciso traer a colación el caso *Publicis Communication v. True North Communiactions*, del cual, como antecedente del caso se tiene que ambas partes formaban una empresa conjunta de publicidad, sin embargo, tras su separación decidieron que cualquier conflicto que surja por ese motivo se sometería a arbitraje.

La parte demandante, True North, solicitó a un árbitro la aplicación de medidas provisionales, quien emitió una orden que obligaba a la parte demandada, Publicis Communication, a entregar a True North la información tributaria requerida. Respecto de la decisión del árbitro, el tribunal donde se pretendía su ejecución sostuvo que la solicitud de True North: “es extremadamente urgente y concluyó que el reclamo de True North está bien fundado, dijo que las medidas provisionales eran necesarias y ordenó a Publicis que proporcionara los registros de impuestos a True North” (Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, 2000).

La posición de Publicis respecto a la obligación fue la siguiente: “un fallo arbitral puede ser definitivo en todos los aspectos, pero a menos que el documento lleve la palabra "laudo", no es definitivo y no se puede hacer cumplir” (Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, 2000).

Ante la posición de la parte demandada, el razonamiento de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos fue el siguiente:

Este es un formalismo extremo e insostenible. La Convención de Nueva York, las reglas de arbitraje de las Naciones Unidas y el uso constante de los comentaristas de la etiqueta "laudo" cuando se discuten las decisiones arbitrales finales no confieren un significado trascendental en el término. No significa necesariamente que sinónimos como decisión, opinión, orden o fallo no puedan ser también definitivos. El contenido de una decisión, no su nomenclatura, determina la finalidad (Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, 2000).

Por consiguiente, del presente caso se pueden obtener dos conclusiones: respecto a la decisión sobre medidas cautelares, no es relevante el nombre que se le ponga a la decisión que emita un árbitro, sólo basta con hacer prevalecer el fondo de la solicitud, por encima de la forma que revista la decisión. Y, con relación a las medidas cautelares que serán ejecutadas bajo la Convención de Nueva York, se evidencia que tales medidas deben

tener el carácter de urgentes, lo que implica la existencia de los dos presupuestos mencionados con anterioridad.

Es preciso resaltar el carácter de urgencia, puesto que para Naranjo (2018) es “la causa o fundamento que autoriza la adopción de cualquier medida cautelar, pues, evidencia a través de pruebas que presenta el solicitante que de no otorgarse la medida se produzca un daño irreparable” (pág. 27). Cuestión de relevancia, puesto que la ejecución de una medida cautelar provoca grandes efectos contra la parte a quien se imponen.

2.2. Convención de Nueva York

Dada la importancia de aplicar de manera pre arbitral medidas cautelares emitidas por el árbitro de emergencia, es evidente que aún no existe un instrumento internacional para ejecutar aquellas que se dicten en el extranjero. Sin embargo, se encuentra en pleno vigor la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, que tiene a 163 Estados miembro, y que, aunque verse sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, por ahora parece ser el mecanismo idóneo para ejecutar también las medidas cautelares.

Ello, en vista de que “los arts. IV y V CNY de 1958 no impiden la posibilidad del reconocimiento de este tipo de decisiones” (Fernández, 2007, pág. 41). Mas al contrario, en sus disposiciones principales la Convención de Nueva York trata de fomentar el reconocimiento y la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales en el mayor número posible de casos.

Así las cosas, la Convención de Nueva York, creada el 10 de junio de 1958, fue y es considerada como uno de los hitos más importantes del arbitraje comercial internacional, pues, en palabras de Born (2016) “proporciona lo que equivale a una carta constitucional universal para

el proceso arbitral internacional”¹ (pág. 99). Generando a partir de su creación, que el arbitraje por primera vez hable un mismo idioma a nivel internacional.

De tal manera, la Convención de Nueva York fue capaz de solucionar y corregir los problemas de los tratados existentes a la fecha, como ser:

-Invirtió la carga de la prueba, es decir, que ahora quien debía probar era la parte que se negaba al reconocimiento o ejecución del laudo arbitral.

-Restringió los motivos de denegación de reconocimiento y ejecución.

-Eliminó el doble exequatur.

Las soluciones brindadas por la Convención de Nueva York otorgaron a las partes confianza para someter sus conflictos al arbitraje, pues la eliminación del doble exequatur, para empezar, suponía un procedimiento de reconocimiento y ejecución más rápido, ya que no debía hacerse un doble reconocimiento en el país donde se dictó el laudo y en el país donde se pretendía la ejecución. Por otra parte, al otorgarles el carácter de restrictivas a las causales de denegación, obligó a los Estados a ejecutar en su mayoría los laudos provenientes del extranjero.

Sin embargo, desde su creación a la fecha transcurrieron 62 años, evidenciándose que la Convención de Nueva York, en ese entonces, fue creada acorde a una realidad comercial internacional bastante diferente al de la actualidad. Es decir, no era previsible que sus disposiciones contemplen el creciente desarrollo de los casos que serían sometidos a arbitraje.

En el año 1958, con seguridad se tenía otra perspectiva con respecto a la actividad comercial y a los límites a los que se vería sometida. Ya que, el comercio internacional es una actividad dinámica, es decir,

¹ Texto original: “It provides what amounts to a universal constitutional charter for the international arbitral process”.

evoluciona con el tiempo, por lo que se infiere que una norma antigua no da respuesta a la actualidad en el mundo del comercio.

Por ejemplo, la Convención de Nueva York no previó el tratamiento que le otorgaría a las decisiones que disponen medidas cautelares emitidas por el árbitro de emergencia, pero ahora, de las relaciones comerciales se aprecia la necesidad de las partes que se someten a arbitraje, de querer proteger sus derechos e intereses en un proceso pre arbitral. Sosteniendo entonces que, al tener la Convención de Nueva York un alcance internacional tan grande, sería el instrumento ideal para garantizar y proteger esos cambios comerciales a nivel internacional.

Entonces, es necesario tener en mente la siguiente pregunta: ¿Por qué se debe interpretar un instrumento internacional, en este caso la Convención de Nueva York? La respuesta a ello es que, dadas las ventajas que presenta esta, sería complicado pretender crear una nueva norma, que esté acorde a la realidad actual, y que, al mismo al tiempo, vaya a tener el mismo alcance que esta.

Por ello, transcurrido poco más de medio siglo desde su creación, para una aplicación que genere efectos en la actualidad tan fluctuante del comercio, la Convención de Nueva York debe ser interpretada. De acuerdo al caso que nos ocupa, la Convención de Nueva York se basará en una interpretación teleológica.

La necesidad de interpretar tal instrumento, con el fin de ejecutar las medidas cautelares que emita el árbitro de emergencia, se ve reflejada en la siguiente estadística incluida por Fernández (2016), sobre el estudio en arbitraje internacional publicado en octubre de 2015 conjuntamente por la Universidad Queen Mary de Londres y el despacho White & Case, que evidencia que:

- Un 46% de los usuarios se decantaba por acudir a los tribunales estatales para solicitar medidas cautelares en la fase pre arbitral;
- Un 29 % le resultaba preferible acudir a un árbitro de emergencia y;

-Un 26% no tenía clara una preferencia entre las dos vías².

Entre las razones que más influyen en la elección de una de las tres opciones tiene “una importancia primordial la probabilidad de una ejecución exitosa de la medida adoptada, mostrándose partidarios una gran parte, un 78% de usuarios, de que las decisiones de los árbitros de emergencia sean ejecutadas de la misma manera que los laudos” (Fernández, 2016, pág. 85).

Entonces es evidente, que, si hasta ese momento no se aplicaron muchos casos de arbitraje de emergencia, ello se debió fundamentalmente a que no existía seguridad jurídica respecto a la ejecución de la decisión que la parte obtenía del árbitro de emergencia. Como es de conocimiento, a la fecha no se cuenta con ningún instrumento específico que resguarde esa ejecución.

2.3. ¿Por qué es viable aplicar la Convención de Nueva York para la ejecución de medidas cautelares emitidas por el árbitro de emergencia?

Los convenios internacionales sobre ejecución en materia arbitral son “el método más efectivo para crear un sistema jurídico destinado a regir el arbitraje comercial internacional, han servido para vincular los sistemas jurídicos nacionales con una red de leyes” (Redfern y Hunter, 2007, pág. 139).

Antes de empezar a establecer su viabilidad para el propósito en cuestión, es necesario mencionar el ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York, que en su Artículo 1 numeral 1) establece que:

² La encuesta se realizó durante un período de seis meses y constaba de dos fases: un cuestionario en línea completado por 763 encuestados (fase cuantitativa) y, posteriormente, 105 entrevistas personales (fase cualitativa). La encuesta buscó las opiniones de una amplia variedad de partes interesadas en el arbitraje internacional. El 70% de los encuestados (y el 81% de las organizaciones que representan o con las que están conectados) han participado en más de cinco arbitrajes internacionales durante los últimos cinco años. El grupo de encuestados estaba formado por académicos (4%), instituciones arbitrales (personal) (2%), árbitros (11%), "árbitro y abogado en igual proporción" (12%), peritos (2%), internos, abogados (8%) y médicos privados (49%). 12% fueron categorizados como "otros".

Se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas (Convención de Nueva York, 1958).

Dicho lo anterior, resulta evidente que “la Convención de Nueva York no define qué debe entenderse por *sentencia arbitral*, lo que ha generado el debate acerca de qué tipo de laudos pueden ser reconocidos y ejecutados en los términos de las Convención” (Rivera, 2014, pág. 116). Por ello, varios tribunales han afirmado que para “determinar el significado de la expresión *sentencia arbitral* se deben tener en cuenta *el objeto y el fin* de la Convención de Nueva York” (Secretaría de la CNUDMI, 2016, pág. 13).

El objeto de la Convención de Nueva York es “establecer normas legislativas comunes para el reconocimiento de los acuerdos o pactos de arbitraje y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales extranjeros” (Convención de Nueva York, 1958). Convirtiéndose en una impulsora para que los Estados adopten normas lo menos restrictivas posibles para que se reconozcan y ejecuten tanto los acuerdos de arbitraje como las sentencias arbitrales que provengan de arbitrajes comerciales internacionales.

Por otro lado, la Convención de Nueva York tiene también como fin:

Evitar que las sentencias arbitrales extranjeras, sean objeto de discriminación, por lo que obliga a los Estados partes a velar por que dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales (Convención de Nueva York, 1958).

Tanto el objeto como el fin de la Convención de Nueva York, reflejan el carácter pro ejecución que tiene respecto al reconocimiento de acuerdos

arbitrales y la ejecución de las sentencias arbitrales, invitando a los Estados a que reconozcan y ejecuten en su mayoría los pactos y laudos arbitrales.

De tal manera, para la aplicación del mencionado instrumento es necesario determinar la forma de interpretación. Siendo preciso advertir que:

La Convención de Nueva York es un tratado internacional y como tal es parte del derecho público. Consecuentemente, las cortes llamadas a aplicar la Convención deben de aplicarla de conformidad con las reglas de interpretación del derecho internacional, las cuales están codificadas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, 2013, pág. 12).

En razón de lo anterior, los tribunales, a momento de interpretar el término *sentencia arbitral*, deberían sustentarse en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que, en su sección tercera, artículo 31 se refiere a la interpretación de los tratados, estableciendo una regla general de interpretación:

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su *objeto y fin*. (énfasis añadido)
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos (Convención de Viena, 1969).

Para Novak (2013), el artículo 31 de la mencionada norma:

Consagra un pluralismo de métodos y reglas de interpretación de los tratados, con una clara primacía de la interpretación textual. Esto último no significa que el artículo 31 consagre una jerarquía o prevalencia de una regla (la textual) sobre las otras al momento de efectuar la operación de interpretación (pág. 74).

De manera que, si bien la Convención de Viena prevé distintos métodos de interpretación, no existe una jerarquía en cuanto a que tipo de interpretación debe ser aplicada primero, por lo que, como ya se dijo anteriormente, la presente investigación se respaldará en una interpretación teleológica del término *sentencia arbitral*.

Bajo la misma línea, en el caso boliviano, se evidencia que, si bien Bolivia no suscribió la Convención de Viena, se inspiró en ella a momento de redactar la Ley N° 401 de Celebración de Tratados, pues en su Artículo 54 establece que:

Los Tratados deben interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado, en el contexto de éstos y considerando los trabajos preparatorios del Tratado, las circunstancias de su celebración, su texto, anexos, preámbulo, *objeto y fin* (Ley N° 401, 2013). (énfasis añadido)

Así, una vez establecida la pertinencia de interpretar el término de *sentencia arbitral* de acuerdo a su objeto y fin, es que se puede sostener la viabilidad de la aplicación de la Convención de Nueva York para la ejecución de medidas cautelares. Para ello, es necesario compartir la postura de los tribunales que llegaron a la siguiente conclusión: “las decisiones adoptadas por los árbitros que diriman todos o algunos de los aspectos de la controversia de manera definitiva y vinculante, pueden considerarse *sentencias arbitrales* en el sentido de la Convención de Nueva York” (Secretaría de la CNUDMI, 2016, pág.13).

De tal manera, los tribunales sostienen que “para que una decisión pueda considerarse una *sentencia arbitral* con arreglo a la Convención de Nueva York es necesario:

- Que sea dictada por árbitros.
- Que resuelva una controversia o parte de ella de manera definitiva
- Que sea vinculante” (Secretaria de la CNUDMI, 2016, pág. 13).

Para una mejor comprensión se examinará cada punto:

a. *Que sea dictada por árbitros.* El 25 de julio de 1996, el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, en el caso *Frydman v. Cosmair Inc.* afirmó que “una decisión de la Corte Permanente de Arbitraje en la que se denegaba una solicitud de arbitraje sobre la base de un examen de la documentación presentada por las partes no constituía un laudo en el sentido de la CNY” (Secretaría de la CNUDMI, 2016, pág. 14).

Tal decisión no podía ser considerada un laudo porque “nunca se nombraron árbitros para dirimir la controversia entre las partes” (Secretaría de la CNUDMI, 2016, pág. 14). Es así, que el árbitro de emergencia es un árbitro, porque fue nombrado por las partes exclusivamente para resolver la aplicación de medidas cautelares.

b. *Que resuelva una controversia o parte de ella de manera definitiva.* El 7 de junio de 2007, el Tribunal de Distrito Este de Michigan en el caso *Hall Steel Company v. Metalloyd Ltda.* señaló que “para que una decisión pueda considerarse *laudo* bastaba con que resolviera de manera definitiva una pretensión independiente y separada” (Secretaría de la CNUDMI, 2016, pág. 14). Es decir, la pretensión de aplicar medidas cautelares resuelve parte de la controversia de manera definitiva, puesto que la facultad del árbitro de emergencia termina con la decisión que dispone la procedencia o no de la medida cautelar.

Es por eso que, existen algunas jurisdicciones que ejecutan las decisiones del árbitro de emergencia sobre medidas cautelares “como si fueran laudos finales, otorgando a dicha característica una interpretación más amplia, vinculada con el objetivo de dotar a los árbitros de todos los mecanismos necesarios para cumplir fielmente su misión como órgano decisorio” (Fernández, 2016, pág. 95).

De manera que, en este punto se enfatiza la importancia que tiene la forma en la que se otorga la decisión de medida cautelar, pues tiene incidencia al momento de la ejecución. En efecto:

Los jueces han establecido que la clave reside en determinar la verdadera naturaleza de la decisión de los árbitros y si la misma pone

fin y de manera definitiva a la cuestión específica planteada ante estos, de tal manera que, primando el aspecto sustantivo sobre el formal, haya de ser ejecutada (Fernández, 2016, pág. 96).

c. *Que sea vinculante.* Se sostiene que “únicamente las decisiones que son vinculantes para las partes pueden considerarse sentencias arbitrales en el sentido de la Convención de Nueva York” (Secretaría de la CNUDMI, 2016, pág.15). Bajo ese entendido, “el árbitro de emergencia profiere decisiones vinculantes para las partes” (Rivera, 2014, pág. 179).

Todos estos requisitos se relacionan también con el criterio que tienen “algunas jurisdicciones pro-arbitraje como la de Nueva York y Londres, pues sus Cortes Nacionales han reconocido y hecho efectivas medidas cautelares proferidas mediante laudos emitidos por el árbitro de emergencia” (Rivera, 2014, pág. 172).

Sin embargo, existen tribunales que rechazan la postura de aplicar la Convención de Nueva York para ejecutar las decisiones sobre medidas cautelares, sosteniendo los siguientes criterios:

a. *Que la Convención no contemple la ejecución de medidas cautelares.* En ese sentido, el 11 de abril de 2002, la Cámara Nacional de Apelaciones de Argentina, en el caso *Forever Living Products Argentina SRL c/ Beas, Juan*, citado por Rivera (2014) rechazó la ejecución de una medida cautelar de un árbitro que ordenaba a los demandados que se abstuvieran de realizar una serie de actos, bajo el entendido que “en las convenciones internacionales aludidas por las partes, no se hace mención a la traba de medidas cautelares ordenadas por árbitros” (págs. 116-117).

Este punto demuestra que todas las convenciones sobre arbitraje comercial internacional regulan solo el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales y no así las decisiones que resuelvan medidas cautelares. Resaltando la importancia de interpretar el término *sentencia arbitral* de la Convención de Nueva York para que produzca efectos y no quede como un instrumento obsoleto por no estar acorde a la actualidad.

b. *Que las decisiones no son definitivas.* Por otro lado, parte de la doctrina también sostiene que no es posible ejecutar las medidas cautelares bajo la Convención de Nueva York ya que “una de las características esenciales de este tipo de medidas es que no son definitivas, porque pueden ser modificadas, suspendidas o revocadas por el Tribunal Arbitral durante el procedimiento arbitral” (Rivera, 2014, pág. 117).

En esa línea, la Corte Suprema de Australia rechazó la ejecución de una medida provisoria decretada por un Tribunal Arbitral con sede en Estados Unidos, porque sostuvo que:

Las medidas decretadas por el tribunal de ninguna manera pretendían resolver de forma final las disputas presentadas por las partes al tribunal ya que dichas medidas son provisionales y pueden ser anuladas, modificadas o suspendidas por el Tribunal Arbitral. Por consiguiente, el tribunal australiano concluyó que la resolución del Tribunal Arbitral no constituía una *sentencia arbitral* en los términos de la Convención de Nueva York (Rivera, 2014, pág. 118).

En este punto se cuestiona el carácter final de la decisión que emite el árbitro de emergencia, sin embargo, cabe precisar que, este árbitro (de emergencia) a momento de ser elegido por las partes, se le impone la facultad de conceder o no las medidas cautelares antes de que se constituya el tribunal arbitral. Solo esa es su tarea, su competencia termina con la emisión de su decisión, por lo que, para las facultades atribuidas incluso, esta decisión es final.

c. *Que la decisión no sea vinculante para las partes.* Este acápite refiere que las decisiones que conceden medidas cautelares no son obligatorias para las partes, porque pueden ser anuladas por el Tribunal Arbitral, por lo que, su ejecución puede ser denegada. Ello, bajo el amparo de la Convención de Nueva York, que en su Artículo V numeral 1), letra e) dispone como una causal de denegación del reconocimiento y ejecución que “la sentencia arbitral no sea aún

obligatoria para las partes o haya sido anulada o suspendida por la autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia” (Fernández, 2007, pág. 42).

Empero, la decisión emitida por el árbitro de emergencia sí es vinculante para las partes y esto en razón de que las partes a través de su autonomía de la voluntad, al momento de decidir la actuación de este árbitro, se obligan a acatar su decisión. Sin embargo, cabe aclarar que dicha decisión deja de ser vinculante si en un tiempo oportuno no se presenta la solicitud de arbitraje.

Sin perjuicio de lo anterior, aplicar la Convención de Nueva York para la ejecución de medidas cautelares coopera en gran magnitud en muchas ocasiones, porque “es posible que se tengan que solicitar medidas cautelares que deben ejecutarse en dos o más Estados, con lo que la complejidad de la cuestión obligaría a acudir a distintos tribunales nacionales” (Fernández, 2016, pág. 85). Lo que provocaría que la justicia que brinda el arbitraje sea inalcanzable.

Por todo lo expresado en párrafos anteriores, y con el afán de sostener la viabilidad de aplicar la Convención de Nueva York para la ejecución de medidas cautelares que emita el árbitro de emergencia, es preciso traer a colación los dos pilares fundamentales de dicho instrumento, como argumentos finales, de relevancia crucial para su aplicación práctica.

2.3.1. Reconocimiento de acuerdos arbitrales

Para iniciar, es preciso mencionar que el acuerdo arbitral “constituye la piedra basal del arbitraje” (Marzorati, 2010, pág. 97), puesto que es creada a través de la autonomía de la voluntad de las partes, y es el medio por el cual nace el arbitraje.

Es así que la autonomía de la voluntad de las partes para Herrera (2012), en palabras de Maluquer es:

El poder de autodeterminación de la persona que marca su propia independencia y libertad y que le faculta en todo lo

relativo a la disposición, uso y goce de sus propios derechos y facultades, e incluso sobre la creación, modificación y extinción de los mismos (págs. 179-180).

Por ello, dada la importancia que tiene el acuerdo arbitral para el arbitraje, es que se sostiene que éste acápite, es el primer pilar de la Convención de Nueva York, pues, del preámbulo del texto normativo se desprende que:

Los acuerdos arbitrales se incluyen en la Convención de Nueva York, atendiendo al hecho de que es posible que se deniegue la ejecución de una sentencia arbitral, porque tal vez el acuerdo de arbitraje en el que se basa no sea reconocido (Convención de Nueva York, 1958).

Dicho lo anterior, y, de acuerdo al caso que nos ocupa, se evidencia que la actuación del árbitro de emergencia se sostiene en esa voluntad, puesto que, a través de esa autonomía, las partes decidieron que, al momento de requerir la aplicación de una medida cautelar, pueda actuar el árbitro de emergencia de manera anterior a la constitución del Tribunal Arbitral.

Sobre esa base, no ejecutar las decisiones de medidas cautelares bajo la Convención de Nueva York implicará paralelamente no reconocer aquel acuerdo arbitral que contenga al árbitro de emergencia, acuerdo que fue convenido de manera voluntaria por las partes y que se torna de cumplimiento obligatorio para las mismas. Ello que ocasionaría un quiebre entre los principales pilares que tanto garantiza dicha convención.

2.3.2. Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales

De esta manera, se llega al segundo y último pilar de la Convención de Nueva York, siendo el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales, que, para estas alturas de la investigación, también se referirán a las decisiones sobre medidas cautelares que emite el árbitro de emergencia.

Este instrumento internacional no menciona el significado de reconocimiento y ejecución, pero la doctrina manifiesta que son dos

procesos diferentes. Así, para Redfern y Hunter (2007) ambos procesos son:

Reconocimiento: es la solicitud que se le hace a un tribunal para que reconozca la validez y el carácter vinculante del laudo.

-Se utiliza como un escudo, pues la parte que pide el reconocimiento intenta bloquear cualquier intento de plantear un nuevo proceso sobre cuestiones ya resueltas.

Ejecución: es la solicitud que se le hace a un tribunal para garantizar el cumplimiento del laudo, bajo sanciones legales.

-Se asimila a una espada, pues aplica sanciones a la parte incumplidora y la obliga a cumplirlo.

-Si el tribunal ordena la ejecución significa que ya reconoció el laudo.

Ahora bien, para obtener el reconocimiento y la ejecución bajo la Convención de Nueva York, se debe acudir a su Artículo IV, que establece que:

La parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda:

a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad;

b) El original del acuerdo a que se refiere el Artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

Evidenciándose que la parte solicitante, sólo deberá presentar dos documentos, es decir, bastará que adjunte el acuerdo arbitral que da origen al arbitraje y la sentencia que pretende ejecutar.

Para Cubillo (2018), dicha disposición resguarda el derecho a la ejecución, entendido este como aquel:

Derecho que los justiciables tienen a que las sentencias que los tribunales ordinarios hayan dictado para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, se hagan cumplir forzosamente, cuando el destinatario de las mismas –el condenado– no lleve a cabo voluntariamente la prestación a la que se le condene, sea ésta de dar, hacer o no hacer (págs. 356-357).

De esta manera, las decisiones que emita cualquier autoridad jurisdiccional deben poder ser ejecutadas, para garantizar a la parte el cumplimiento de todos sus derechos, ya que, de otra forma, las decisiones que reconozcan alguna tutela solo serían meras declaraciones. Y, si las decisiones que resuelven la procedencia de medidas cautelares sólo quedan en meras intenciones de reconocimiento de derechos, se le estaría negando a la parte solicitante la posibilidad de hacer valer esos derechos frente la parte que incumplió con su obligación.

Por ello, se dice que la medida cautelar es “una decisión destinada a ser ejecutada y conlleva dos pasos necesarios y sucesivos: la toma de la decisión y luego la ejecución” (Martin, 2006, pág. 1). La ejecución de una medida cautelar, es incluso, más prioritaria que la ejecución de un laudo que ponga fin al proceso, pues sin la primera, ya no tendría razón de ser la segunda.

En efecto, como es sabido, los árbitros “carecen de *imperium* y, si bien tienen jurisdicción para sustanciar y decidir las causas que versan sobre cuestiones comprometidas, no pueden utilizar la fuerza coercitiva del Estado para garantizar el cumplimiento de sus decisiones” (Caivano, 2000, pág. 235). Es así que el auxilio judicial juega un rol fundamental al momento de lograr la ejecución de una medida cautelar, pues hace que las decisiones arbitrales que emita el árbitro de emergencia tenga efectos reales en la práctica, para que las decisiones de estos no solo sean meras declaraciones.

Como lo menciona Cantuarias (1994), la ejecución de un laudo arbitral ante el incumplimiento de una de las partes es una actividad que solo puede ejercer la autoridad judicial, puesto que sólo el juez puede forzar a alguien, si fuera necesario en forma coactiva, a cumplir con lo establecido en la sentencia.

Por consiguiente, quienes al final deberán velar por la aplicabilidad de la Convención de Nueva York para la ejecución de las medidas cautelares que emita el árbitro de emergencia serán los tribunales estatales.

2.3.2.1. Denegación de reconocimiento

La facilidad que presenta la Convención de Nueva York a momento de solicitar la ejecución de una sentencia arbitral, también se sustenta en la existencia de causales para denegar el procedimiento de reconocimiento y ejecución.

Tales causales son taxativas, es decir, deben interpretarse de manera restrictiva para denegar la ejecución de una sentencia arbitral. Aquello se sustenta en que la verdadera finalidad de la Convención de Nueva York es, principalmente:

Unificar los estándares por medio de los cuales, los laudos arbitrales son ejecutados en los estados contratantes, puesto que sus redactores tenían la intención de que las causales para oponerse al reconocimiento y ejecución de los laudos bajo la Convención fuese interpretados y aplicados de manera restringida y que la denegación fuese otorgada en casos graves únicamente (Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, 2013, pág. 83).

Lo anterior, con el fin de que los Estados no denieguen el reconocimiento y ejecución de una sentencia de forma arbitraria, bajo la línea de que su marco normativo interno sostiene otras causales de denegación. Del mismo modo, se menciona que “no pueden existir más causales que las dispuestas en dicho tratado. Las razones son exhaustivas y los Estados no pueden establecer razones adicionales para denegar el reconocimiento de un laudo” (Cantuarias y Repetto, 2017, pág. 202).

Con relación a las causales taxativas que contiene dicho instrumento internacional, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en el caso *Drummond Ltd. vs. Instituto Nacional de Concesiones*, ha establecido que:

Preliminarmente debe destacarse que la Convención de Nueva York de 1958 incorporó un catálogo integral de los motivos que conducen a la denegación de un laudo arbitral extranjero, lo que conlleva la imposibilidad de invocar, y menos acoger causas distintas a las allí previstas (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2011).

Dicho lo anterior, se advierte que la Convención de Nueva York posee disposiciones que limitan la denegación de reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales, evidenciándose una ventaja más para emplear la normativa a la ejecución de medidas cautelares y no solo a la ejecución de las primeras.

Tampoco está demás mencionar que, al momento de aplicar alguna causal de denegación, la Convención de Nueva York considera los siguientes principios generales:

- No hay revisión sobre el fondo;
- El demandado tiene la carga de probar las causales exhaustivas;
- Las causales para la denegación del reconocimiento y ejecución son exhaustivas;
- Las causales de denegación se interpretan restrictivamente;
- Facultad discrecional limitada para otorgar el reconocimiento y ejecución incluso si aplica una de las causales (Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, 2013, pág. 81).

Aplicada así la Convención de Nueva York, garantiza el principio de la tutela judicial efectiva. Pues este principio, protege la tutela cautelar, lo que implica que no solo basta con conceder la tutela, sino pretende que exista una posibilidad real y fáctica de ejecutarla. El análisis realizado en este

trabajo se sostiene en esa garantía, que es fundamental en todo proceso, y que es reconocida no solo en Bolivia, sino a nivel internacional.

En Bolivia, el ámbito de aplicación de la tutela judicial efectiva también alcanza al arbitraje como proceso jurisdiccional. Carácter otorgado al arbitraje por medio de la Sentencia Constitucional 2472/2012 de 28 de noviembre de 2012 (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2012).

De tal manera, “tanto el proceso jurisdiccional como el proceso arbitral deben contar con los mismos instrumentos para la protección del objeto de la controversia” (Sánchez, 2018, pág. 406). Y si en un proceso jurisdiccional se permite la ejecución de las medidas cautelares por métodos igual de efectivos que las sentencias firmes; las medidas cautelares dentro de un proceso arbitral deben correr con la misma suerte. Ambas formas heterocompositivas de solución de conflictos buscan proteger a los individuos y restituir aquellos derechos que, por una u otra acción, fueron vulnerados.

3. Conclusiones

La figura del árbitro de emergencia tiene su razón de ser en el proceso arbitral, pues con su decisión se protegen los derechos que pueden verse afectados si se otorgan de manera posterior a la constitución del tribunal arbitral. Precisando que la medida cautelar concedida en dicha decisión, deberá reunir el carácter de urgencia, además de los dos presupuestos conocidos por la doctrina que son: el *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*.

Sin embargo, pese a la importancia de la actuación del árbitro de emergencia dentro del proceso arbitral, se evidenció que hasta la fecha no fue muy utilizada por los usuarios, justamente porque las decisiones que emite, cuando la parte no cumple lo dispuesto, quedan en meras declaraciones de derechos, al no existir un instrumento internacional que permita ejecutar esas decisiones para otorgar seguridad jurídica a las partes.

Del análisis realizado, y de acuerdo a la interpretación teleológica que debe realizarse sobre el término sentencia arbitral, se concluye que es viable aplicar la Convención de Nueva York para la ejecución de las medidas cautelares que emita el árbitro de emergencia. Con base a los siguientes argumentos:

La actuación del árbitro de emergencia deviene del acuerdo arbitral pactado por las partes en base a su autonomía de voluntad. Conforme se explicó en el desarrollo de la investigación, la Convención de Nueva York se sostiene en dos pilares fundamentales, pilares que son proteccionistas del proceso arbitral.

El primer pilar, contenido en las disposiciones de la Convención de Nueva York, impone a los Estados el reconocimiento de los acuerdos arbitrales en su mayoría, otorga protección a las partes y les brinda aquella seguridad de que, lo convenido y pactado de manera voluntaria en sus acuerdos, será respetado y consecuentemente producirá los efectos esperados por las partes. Por lo que, aquel acuerdo que contenga la aplicación del árbitro de emergencia para conceder las medidas cautelares, producirá sus efectos bajo este instrumento, sin ningún tipo de obstáculos, pues lo que primará es la protección a ese acuerdo arbitral.

Bajo la misma línea, como segundo pilar, la Convención de Nueva York también propende a que las sentencias arbitrales sean ejecutadas en el mayor número posible de casos, restringiendo para ello las causales por las cuales los Estados podrían denegar la ejecución de una decisión. Lo que demuestra que, además de respetar lo dicho en los acuerdos arbitrales, la Convención de Nueva York permite que lo decidido por los árbitros no quede en meras declaraciones de reconocimiento de derechos, mas al contrario, pueda ejecutarse y garantizar lo decidido, es decir, garantizar la tutela judicial efectiva al que tienen derecho las partes. Lo anterior con base en que la tutela judicial efectiva debe estar presente desde el momento en que se accede a la justicia hasta la ejecución de la decisión que garantiza derechos.

Por otro lado, es necesario resaltar que, de acuerdo al estudio realizado, la forma en las que se emitan las decisiones del árbitro de emergencia no pueden suponer un obstáculo al momento de pretender su ejecución, pues lo que debe prevalecer en el derecho es el fondo de las decisiones, es decir, el fin que se quiere alcanzar con la aplicación de las medidas cautelares. Entendiendo que, el aspecto meramente formal no puede limitar ni privar los derechos de las partes.

Todo ello con el afán de enfatizar la importancia que tienen las medidas cautelares dentro de un proceso jurisdiccional, puesto que la otorgación o no de las medidas cautelares dependerá el futuro de la decisión final. Las medidas cautelares le otorgan a la decisión final *eficacia*, es decir, que aquella decisión final que resuelva el proceso, podrá surtir todos los efectos reconocidos en él, no existiendo ningún tipo de imposibilidad para proteger los derechos de la parte vencedora. Y al final, eso es lo que busca el arbitraje, resolver de manera eficaz los conflictos que sean sometidas a esta vía.

Finalmente, se debe adoptar siempre una posición pro arbitraje para la interpretación de la Convención de Nueva York, pues es un instrumento que data de hace un poco más de medio siglo y como el comercio internacional tuvo y tiene un crecimiento fluctuante cada día, el arbitraje ha demostrado su capacidad de adaptación a las circunstancias, pero paralelamente, para garantizar el objetivo mismo del arbitraje lo que siempre debe adecuarse a la actualidad son los instrumentos internacionales, en este caso la Convención de Nueva York que tiene un alcance internacional bastante importante.

4. Referencias

Normas nacionales

Constitución Política del Estado, de 7 de febrero de 2009. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf

Ley N° 401. Ley de Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013. Recuperado de: http://www.cancilleria.gob.bo/webmre/sites/default/files/marco_legal/3.%20LEY%20N%C2%BA%20401%20DE%20CELEBRACI%C3%93N%20DE%20TRATADOS.pdf

Ley N° 708. Conciliación y Arbitraje, de 25 de junio de 2015. Recuperado de: http://www.fundempresa.org.bo/docs/content_new/ley-n-708-conciliacion-y-arbitraje-_223.pdf

Normas internacionales

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, Viena. Recuperado de: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 10 de junio de 1958, Nueva York. Recuperado de: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conev/New-York-Convention-S.pdf>

Reglamento de Procedimiento Precautorio Pre arbitral. Cámara de Comercio Internacional. Paris, Francia: 1 de enero de 1990.

Doctrina

Libros

Born, G. B. (2016). *International Arbitration*. United States of America: Wolters Kluwer.

Caivano, Roque. (2000). *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad Hoc SRL.

Redfern, A. y Hunter, M. (2007). *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Argentina: La Ley.

Vucsanovich, Igor. (2017). *Arbitraje la importancia de la voluntad de las partes en el nuevo régimen arbitral boliviano*. Bolivia: Omikrom.

Artículos Científicos

- Betancourt y Ojeda. (2014). *El rol del árbitro de urgencia y las medidas cautelares anticipadas especial referencia a Venezuela y a las normas del centro empresarial de conciliación y arbitraje*. CEDCA, 29-36.
- Bordachar, Rodrigo. (2015). *Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia*. Derecho y Ciencias Sociales, 71-91.
- Calvo, Alfonso. (2005). *Medidas cautelares y arbitraje privado internacional*. España: Revista Foro de Derecho Mercantil.
- Cubillo, Ignacio. (2018). *El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la ejecución en la jurisprudencia constitucional*. España: Estudios de Deusto, 347-372.
- Fernández, Enrique. (2016). *La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional. Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de Justicia*. Revista Cuadernos de Derecho Transnacional 82-98.
- Fernández, José. (2007). *Arbitraje y Justicia Cautelar*. Revista de la Corte Española de Arbitraje, XXII, 23-60.
- Flors, José. (2017). *El arbitraje, apuntes de derecho mercantil*. Universidad de la Laguna, 1-54.
- López, Alvaro. (2000). *Medidas cautelares en arbitraje internacional y nacional*. España: Revista Actualidad jurídica Uría Menéndez, 1- 31.
- Mantilla, Fernando. (2009). *Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la Convención de Nueva York*. Bogotá: Revista colombiana de derecho internacional, 15-40.

- Marzorati, Osvaldo. (2010). *Algunas cuestiones sobre la arbitrabilidad y el derecho argentino*. Argentina: Revista foro mercantil, pág. 97-133.
- Novak, Fabían. (2013). *Los criterios para la interpretación de los tratados*. Perú: Revista de derecho Themis, 71-88.
- Olaiz, Jaime. (2005). *Análisis acerca de la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958)*. México: Revista de la facultad de derecho de la Universidad Panamericana, 229-248.
- Perales, Pilar. (2007). *Reforma sobre medidas cautelares en la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI*. España, Revista Foro de Derecho Mercantil.
- Reyes, Cindy. (2016). *Las medidas cautelares anticipatorias e innominadas en el proceso arbitral en Colombia*. Bogotá: Vniversitas, 389-422.
- Rivera, Julio. (2014). *La ejecución de medidas cautelares en un país distinto al de la sede del arbitraje*. Arbitraje PUCP, 114-120.
- Roncancio, Luis. (2012). *El árbitro de emergencia: un estudio comparado*.
- Sánchez, Victoria. (2018). *Del juez al árbitro de emergencia. El impacto de la Ley Modelo en la progresiva atribución de la tutela cautelar a los árbitros en la legislación arbitral española y en otras legislaciones estatales*. Revista de Arbitraje, XI, 403-442.
- Vega, Daniel. (2017). *La incorporación del árbitro de emergencia en nuestro ordenamiento*. Arbitraje PUCP, 35-41.

Tesis

- Dousdebés, P. (2016). *Afectación en la tutela judicial por la inobservancia del principio de celeridad procesal*. (Tesis de

maestría). Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Ecuador, Guayaquil.

Gutiérrez, Josefina. (2009). *El principio de celeridad procesal y su eficaz aplicación para garantizar el derecho a una tutela judicial efectiva*. (Tesis de maestría). Universidad Católica “Andrés Bello”. Venezuela, Caracas.

Documentos presentados en congreso, conferencia o reunión:

Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial. (2013). Guía del ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958. La Haya: Corte Permanente de Arbitraje.

Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos. (2013). Convenciones Interamericanas sobre Arbitraje Comercial Internacional. Estados Unidos: Organización de los Estados Americanos.

Secretaría de la CNUDMI. (2016). Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Nueva York: UNCITRAL.

Páginas web

Parada Abogados. (2007). *Aspectos generales del arbitraje*. Recuperado de: <http://paradaabogados.com/es/aspectos-generales-del-arbitraje>

Samaniego, Carina. (2018). *Orden procesal*. Recuperado de: <https://leyderecho.org/orden-procesal/>

Jurisprudencia nacional

Bolivia. Tribunal Constitucional Plurinacional. SCP 2472/2012 de 28 de noviembre de 2012.

Jurisprudencia internacional

Estados Unidos. Corte de Apelaciones (Séptimo Circuito). *Publicis Communication v. True North Communiactions*. 14 de marzo de 2000.

Colombia, Corte Suprema de Justicia. *Drummond Ltd. vs. Instituto Nacional de Concesiones*. 19 junio de 2011.

Políticas editoriales y declaración de Ética

Editorial Policy and Statement of Ethics

Revista de Derecho de la UCB
UCB Law Review

Políticas editoriales y declaración de ética
Editorial Policy and Statement of Ethics

SOBRE LA REVISTA

1. La revista inicia su primera publicación en el año 2017. Está a cargo de la Carrera de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” (UCB), regional La Paz.

2. La revista tiene por misión la difusión de investigaciones jurídicas, científicas y originales, con el objetivo de contribuir al conocimiento del Derecho, al desarrollo, al diálogo plural y la generación de buenas prácticas jurídicas en el marco del respeto a los derechos humanos. Está dirigida a académicos, estudiantes y practicantes del Derecho, así como a hacedores de políticas públicas. Las publicaciones de la revista tienen primordialmente naturaleza teórica, deóntica, práctica y aplicada en relación con el análisis jurídico local, regional y global.

3. Las principales líneas de investigación de la revista son: 1. Derecho social. Trabajo, familia, niñez y adolescencia. 2. Filosofía, historia, ética y moral. 3. Derechos humanos, pluralismo, tutela jurídica, justicia y cultura de paz. 4. Derecho patrimonial civil y comercial. 5. Medio ambiente, recursos naturales y energías. 6. Institucionalidad, administración, derecho sancionatorio, relaciones internacionales y soberanía.

ABOUT THE JOURNAL

1. UCB Law Review begins its first issue in October 2007 under the aegis of the Faculty of Law of the Universidad Católica Boliviana “San Pablo” (UCB) - La Paz.

2. The journal’s mission is to disseminate legal, scientific and original research to contribute to the knowledge of Law, development, plural dialogue and the generation of good legal practices within the framework of human rights. It is aimed at academics, students and legal professionals, as well as public policymakers. The journal’s publications are primarily theoretical, deontic, practical, and applied concerning local, regional, and global legal analysis.

3. The main lines of research of the magazine are 1. Social law. Labor, childhood and family. 2. Philosophy, history, ethics and morals. 3. Human rights, pluralism, legal protection, justice and culture of peace. 4. Civil and commercial law. 5. Environment, natural resources and energy. 6. Institutionalality, administration, penal law, international relations and sovereignty.

4. La revista se publica de forma impresa (ISSN 2521-8808) y digital en lawreview.ucb.edu.bo (ISSN 2523-1510) semestralmente los meses de abril y octubre, aunque también puede publicar números especiales no periódicos. La revista está incluida en Google Scholar.

CONSIDERACIONES GENERALES

5. Se entiende por manuscrito el texto original que se propone para su publicación en la revista.

6. El envío del manuscrito para consideración de la revista comprende la autorización de su eventual publicación y difusión en formato impreso y digital, la cesión de los derechos de autor para su divulgación, la aceptación de las normas de la UCB y de la revista, así como su sometimiento a ellas.

7. El contenido y los conceptos emitidos en los manuscritos son de exclusiva responsabilidad de quienes tienen su autoría y no necesariamente reflejan la posición de la UCB, de los editores o de la revista.

8. El contenido de la revista se publica bajo licencia *Creative Commons* en la licencia reconocimiento – no comercial – compartir igual (BY-NC-SA): no se permite un uso comercial de la obra original ni de las posibles obras derivadas, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original.

9. Las investigaciones deben cumplir los estándares previstos en el numeral 23, ser razonablemente originales, pertenecer en su

4. The journal is published in print (ISSN 2521-8808) and online at lawreview.ucb.edu.bo (ISSN 2523-1510) every six months in April and October, although it can also publish special non-periodic issues. The magazine is included in Google Scholar.

GENERAL CONSIDERATIONS

5. The manuscript is the original text submitted for publication in the journal.

6. The submission of a manuscript to the journal implies that the authors accept the UCB and journal regulations and that the authors agree that, in case their document is accepted for publication, the UCB will have the copyright to distribute it in both printed and electronic format.

7. The content and concepts issued in the manuscripts are the sole responsibility of the authors and do not necessarily reflect the position of the UCB, the publisher or the magazine.

8. The content of the journal is published under a Creative Commons license in the attribution – non-commercial - share alike license (BY-NC-SA): commercial use of the original work or of possible derived works is not allowed, the distribution of which must be done with a license equal to that which regulates the original work.

9. The research must meet the standards set forth in number 23, be reasonably original, belong in its authorship

autoría a quienes están referidos en el manuscrito y respetar la ética académica. Asimismo, los manuscritos no deben haber sido publicados con anterioridad o haber sido sometidos previamente a consideración de publicación en otro medio, salvo las excepciones manifestadas luego.

10. Quienes ejercen autoría del manuscrito deberán identificarse e indicar su afiliación institucional y de no tenerla deberán expresar ser investigadores independientes. Adicionalmente, deberán expresar su número de registro ORCID. El registro en esta base de datos puede ser realizado en <https://orcid.org>

11. Los idiomas oficiales de publicación de la revista son español e inglés; sin embargo, la revista se reserva el derecho de publicar en otros idiomas.

12. La revista publicará principalmente investigaciones que hayan sido evaluadas anónima y favorablemente en su mérito formal, material y metodológico por pares académicos. La revista referirá en sus publicaciones las fechas de presentación y aprobación de las investigaciones.

13. Las comunicaciones entre la revista, quienes tengan la autoría y las instancias evaluadoras serán realizadas mediante correo electrónico.

14. La recepción de los manuscritos es continua. La revista se reserva la prerrogativa de establecer el orden y tiempo de publicación de los manuscritos recibidos y aprobados por los pares evaluadores en

to those referred to in the manuscript, and respect academic ethics. Likewise, the manuscripts must not have been previously published or previously submitted for publication, with the exceptions stated later

10. Those who are authors of the manuscript must identify themselves and indicate their institutional affiliation, and if they do not have it, they must state that they are independent researchers. Additionally, they must express their ORCID registration number. Registration in this database can be done at <https://orcid.org>

11. The official languages of publication of the journal are Spanish and English; however, the UCB Law Review reserves the right to publish in other languages.

12. The journal will publish mainly research that has been evaluated anonymously and favorably in its formal, material and methodological merit by academic peers. The journal will refer to the publication dates and approval of the research in its publications.

13. Communications between the journal, the authors and the evaluation bodies will be made by email.

14. The reception of the manuscripts is continuous. The journal reserves the prerogative to establish the order of publication of the manuscripts received and approved by peer

consideración al tiempo natural que demande su proceso de observación-corrección-aprobación, así como la disponibilidad, disposición u ordenación de cada número en razón al criterio que libremente decida la revista.

15. La revista está íntegramente financiada por la UCB. El envío, revisión y publicación de manuscritos es gratuito.

PRESENTACIÓN Y ESTILO DEL MANUSCRITO

16. Los manuscritos serán ser remitidos al correo electrónico law.review@ucb.edu.bo en formato digital *Microsoft Word*. En caso de existir gráficos, ellos deberán presentarse también en formato *Microsoft Excel* para efectos de edición.

17. Los manuscritos deberán adecuarse al estilo de la Asociación Americana de Psicología (APA por sus siglas en inglés) correspondiente a su 6ª edición en inglés o su 3ª edición en español, salvo en los siguientes aspectos:

- a) No será necesario encabezado.
- b) Los subtítulos deberán ser enumerados (1., 2., 3.).
- c) La primera página debe contener: título en español e inglés, resumen en español y *abstract* en inglés, cada uno con un máximo de 200 palabras, palabras clave en español e inglés; asimismo, el nombre de quienes ejercen autoría del manuscrito con un asterisco de llamada a pie de página que contenga su información profesional, afiliación institucional (cargo e institución), dirección de contacto (correo electrónico) e

reviewers, in consideration of the natural time required by their observation-correction-approval process, as well as the availability or arrangement of each issue, based on the criteria that the journal freely decides.

15. UCB entirely funds the journal. The submission, review and publication of manuscripts is free.

MANUSCRIPT SUBMISSION AND STYLE

16. Manuscripts should be sent to the email law.review@ucb.edu.bo in *Microsoft Word* digital format. If there are graphics, they must also be presented in *Microsoft Excel* format for editing purposes.

17. Manuscripts must conform to the style of the American Psychological Association (APA) corresponding to its 6th edition in English or its 3rd edition in Spanish, except as follows:

- a) No heading will be necessary.
- b) The subtitles must be numbered (1., 2., 3.).
- c) The first page must contain: title in Spanish and English, abstract in Spanish and abstract in English, each with a maximum of 200 words, keywords in Spanish and English; likewise, the name of the authors in a footnote containing their professional information, institutional affiliation (position and institution), contact address (email) and ORCID identification. Conflicts of interest, sources of research funding, as well as

identificación ORCID. Las fuentes de financiamiento de la investigación, así como su pertenencia a un proyecto más amplio (si es el caso) deberán ser especificadas en un pie de página.

d) Las referencias deberán ser organizadas alfabéticamente en sangría francesa. No se admite incluir fuentes no utilizadas directamente en la investigación, salvo aquellas que hayan influido en la determinación de la naturaleza del trabajo que se informa en la investigación.

e) Las citas de normas legales comprenderán la siguiente información: artículo, tipo de norma, número o nombre y año: (Art. 1279, Código Civil, Decreto Ley 12760, 1975) o (Art. 17, Ley 439, 2013). El ámbito de origen de la norma deberá ser aclarado en la redacción en los casos que corresponda.

f) Las citas de jurisprudencia comprenderán tribunal, denominación de la resolución respectiva, número y año: (TCP, Sentencia Constitucional Plurinacional, 1620, 2014). El ámbito de origen de la jurisprudencia deberá ser aclarado en la redacción en los casos que corresponda.

18. La extensión del manuscrito no podrá ser superior a las 12000 palabras.

19. El compromiso de buenas prácticas de la revista deberá ser llenado, firmado y enviado junto con el manuscrito.

PROCESO DE EVALUACIÓN

20. El manuscrito será evaluado por el consejo editorial, que podrá aceptarlo o

the membership of the research in a larger project (if applicable), should be specified in a footnote.

d) References must be organized alphabetically in hanging indentation. It is not allowed to include sources not directly used, except those that have influenced the determination of the nature of the research that is reported in the manuscript.

e) Quotations of legal norms will include the following information: article, type of norm, number or name and year: (Art. 1279, Civil Code, Decree-Law 12760, 1975) or (Art. 17, Law 439, 2013). The place of origin of the norms must be expressed.

f) The citations of cases will include the court, name of the respective resolution, number and year: (TCP, Plurinational Constitutional Judgment, 1620, 2014). The place of origin of the cases must be expressed.

18. The length of the manuscript cannot exceed 12000 words.

19. The journal's good practice commitment must be completed, signed and sent together with the manuscript.

REVIEW AND DECISION PROCESS

20. The editorial board will evaluate the manuscript and may accept or

rechazarlo de acuerdo a sus méritos y al perfil de la revista. El consejo editorial podrá ejercer esta potestad en cualquier momento hasta antes de la publicación del manuscrito y no necesita motivar o justificar su decisión. En caso de aceptación, el manuscrito será editado y remitido a dos pares académicos o árbitros.

21. Para emitir sus evaluaciones, quienes sean pares académicos contarán con un plazo razonable, en el marco de la complejidad y extensión de la investigación.

22. Las observaciones que se comuniquen a quienes tiene la autoría deberán ser subsanadas en un plazo prudente a establecerse por los editores.

23. La revista otorgará criterios para la revisión de pares académicos respecto a la claridad, coherencia (entre lo propuesto, analizado y concluido), estructura lógica y ordenada, relevancia y pertinencia, metodología y rigor científico, sustento, fuentes adecuadas, discusión académica sobre hallazgos, conclusiones respaldadas y originalidad (aporte y novedad) de la investigación.

24. El dictamen sobre la investigación por parte de los pares académicos debe ser motivado. Las posibles decisiones del dictamen sobre el manuscrito son las de: a) aceptación para publicación, b) publicable con correcciones menores, c) publicable luego de una revisión substancial y d) rechazo de publicación.

reject it according to its merits and the profile of the journal. The editorial board may exercise this power at any time until before the publication of the manuscript and does not need to give reasons for its decision. In case of acceptance, the manuscript will be edited and sent to two academic peers or arbitrators.

21. To issue their evaluations, the arbitrators will have a reasonable period according to the complexity and length of the manuscript.

22. The observations communicated to the authors must be corrected within a reasonable time to be established by the editor.

23. The journal will grant criteria for the academic peer review regarding clarity, coherence (between what is proposed, analyzed and concluded), logical and ordered structure, relevance and pertinence, methodology and scientific rigor, sustenance, adequate sources, academic discussion on findings, supported conclusions and originality (contribution and novelty) of the research.

24. The opinion on the research by academic peers must be motivated. The possible decisions of the opinion on the manuscript are a) acceptance for publication, b) publishable with minor corrections, c) publishable after substantial revision, and d) rejection of publication.

25. Los editores comunicarán la aceptación o rechazo del manuscrito a quien lo hubiese sometido a la revista para su revisión y publicación, pudiendo mantener en reserva la motivación del dictamen.

25. The editor will communicate the acceptance or rejection of the manuscript to whoever submitted it to the journal for review and publication and may keep the motivation of the opinion confidential.

DECLARACIÓN DE ÉTICA
STATEMENT OF ETHICS¹

RESPECTO DE LOS EDITORES:

FOR THE EDITOR AND EDITORIAL BOARD:

26. La evaluación de los manuscritos presentados sucederá exclusivamente respecto a su mérito académico (importancia, originalidad, validez del estudio, claridad y coherencia) y su relevancia para el alcance de la revista. No se tendrá en cuenta raza, orientación sexual, religión, origen étnico, filosofía política o afiliación institucional.

26. The evaluation of the submitted manuscripts will happen exclusively concerning their academic merit (importance, originality, the validity of the study, clarity and coherence) and their relevance to the scope of the journal. Race, sexual orientation, religion, ethnic origin, political philosophy, or institutional affiliation will not be considered.

27. Las decisiones de editar y publicar no están determinadas por las políticas de los gobiernos ni de ninguna otra institución fuera de la propia revista. Los editores tienen plena autoridad sobre todo el contenido editorial de la revista en resguardo de su misión y objetivo, así como del momento de publicación de dicho contenido.

27. Decisions to edit and publish are not determined by the policies of governments or any other institution outside of the journal itself. The editor has full authority over the editorial content of the journal in keeping with its mission and objective, as well as the time of publication of said content.

28. Los editores y el personal editorial no divulgarán ninguna información sobre el manuscrito enviado y hasta su publicación, salvo a quienes tienen su autoría, los

28. Editors and editorial staff will not disclose any information about the submitted manuscript and until its publication, except to authors, los

¹ The statement of ethics is adopted and adapted voluntarily as a guideline from the Committee on Publication Ethics (COPE). It is clarified that neither the journal nor its editors belong to this Committee. These guides can be reviewed in their original and complete version on the site <http://publicationethics.org>

revisores, otros asesores editoriales y los editores, según corresponda.

29. Los editores y miembros del consejo editorial no utilizarán la información no publicada y revelada en el manuscrito enviado para sus propios fines de investigación sin el consentimiento explícito por quienes tienen su autoría. La información privilegiada o las ideas obtenidas por los editores como resultado del manejo de la investigación se mantendrán confidenciales y no se utilizarán para su ventaja personal.

30. Los editores se recusarán respecto de las investigaciones en las que tengan conflictos de intereses resultantes de relaciones competitivas, colaborativas u otras con quienquiera tenga autoría del manuscrito así como empresas o instituciones relacionadas. En este caso, pedirán a otro miembro del consejo editorial que realice las actividades correspondientes con la investigación.

31. Los editores se asegurarán que todos los manuscritos presentados que se están considerando para su publicación se sometan a revisión por parte de al menos dos revisores con experticia en el campo. Los editores decidirán cuáles de las investigaciones enviadas a la revista serán publicadas, basados en la validación de la obra en cuestión, su importancia para los investigadores y lectores, los comentarios de los revisores y los requisitos legales que actualmente están en vigor en materia de difamación, infracción de derechos de autor y plagio. Los editores pueden consultar con

reviewers, other editorial advisers and the publisher, as appropriate.

29. Editors and editorial board members will not use the unpublished and revealed information in the submitted manuscript for their research purposes without the explicit consent of the authors. Insider information or ideas obtained by editors as a result of research management will be kept confidential and will not be used for personal gain.

30. Editors will recuse themselves regarding research in which they have conflicts of interest resulting from competitive, collaborative or other relationships with the authors of the manuscript as well as related companies or institutions. In this case, they will ask another member of the editorial board to carry out the activities with the manuscript.

31. The editors will ensure that all submitted manuscripts being considered for publication are reviewed by at least two experts in the field. The publisher will decide which manuscripts will be published, based on the validation of the work in question, its importance to researchers and readers, the comments of the reviewers and the current legal requirements regarding defamation, copyright infringement and plagiarism. The publisher may consult with other editors or reviewers to make this decision.

otros editores o revisores para tomar esta decisión.

32. Los editores investigarán todo acto que atente contra la ética y que les sea denunciado. En caso de encontrar suficientemente fundados tales actos, se publicará una corrección, una retractación, una expresión de preocupación u otra que corresponda. Esta actuación sucederá independientemente del tiempo que haya transcurrido desde la publicación que se discuta.

RESPECTO DE LOS PARES ACADÉMICOS:

33. La revisión por pares ayuda a los editores a tomar decisiones editoriales y, a través de las comunicaciones editoriales con quienes tienen autoría sobre el manuscrito, pueden ayudarles a mejorar sus investigaciones. La revisión por pares es un componente esencial de la comunicación académica formal y se encuentra en el corazón del esfuerzo científico. Los académicos que deseen contribuir al proceso científico tienen la necesidad de actuar también, y en buena medida, en procesos de revisión.

34. Cualquier árbitro invitado que se sienta incompetente para revisar el manuscrito o sepa que su pronta revisión le será imposible, debe notificar inmediatamente a los editores y rechazar la invitación, en orden a que otros revisores puedan ser contactados.

35. Los manuscritos recibidos para su revisión son documentos confidenciales y deben ser tratados como tales. No deben ser mostrados o debatidos con otros, excepto si están autorizados por los editores

32. The editors will investigate any activity that violates ethics and that is denounced to them. If such acts are found to be sufficiently founded, a correction, a retraction, an expression of concern or another that corresponds will be published. This action will happen regardless of the time that has elapsed since the publication in question.

REGARDING ACADEMIC PEERS:

33. Peer review helps editors make editorial decisions and, through editorial communications with authors of the manuscript, can help them improve their research. Peer review is an essential component of formal academic communication and is at the heart of the scientific effort. Academics who wish to contribute to the scientific process need to act also, and to a large extent, in review processes.

34. Any invited arbitrator who feels incompetent to review the manuscript or knows that its prompt revision will be impossible for them, must immediately notify the editors and reject the invitation, in order that other reviewers may be contacted.

35. Manuscripts received for review are confidential documents and should be treated as such. They should not be shown or discussed with others, except if they are authorized by the editor in

en casos absolutamente excepcionales y específicos. Este criterio también se aplica a los revisores invitados que rechacen la invitación de revisión.

36. El examen del manuscrito debe realizarse objetivamente. Las observaciones se formularán con claridad y argumentos de apoyo para que quienes tengan autoría puedan usarlos para mejorar su investigación. La crítica personal es inapropiada.

37. Quienes sean revisores deben identificar los trabajos publicados relevantes que no hayan sido citados en el manuscrito. Cualquier observación, derivación o argumentación que se sustente en publicaciones anteriores debe ir acompañada de la citación pertinente. Quien revise también debe notificar a los editores cualquier semejanza sustancial o superposición entre la investigación en examen y cualquier otra (publicada o no) de la que tengan conocimiento personal.

38. Quienquiera que sea invitado a revisar y que tenga conflictos de intereses resultantes de relaciones competitivas, colaborativas u otras con quien tenga autoría o con instituciones relacionadas con la investigación debe notificar inmediatamente a los editores para declarar sus conflictos de interés y declinar la invitación.

39. El material no publicado revelado en un manuscrito no debe ser utilizado en la investigación de quien realice la revisión sin el consentimiento expreso por escrito de quienes tengan su autoría. La información privilegiada o las ideas obtenidas a través de la revisión por pares deben mantenerse confidenciales y no ser utilizadas para ventaja

absolutely exceptional and specific cases. This criterion also applies to invited reviewers who reject the review invitation.

36. The examination of the manuscript must be carried out objectively. The comments will be clearly formulated and supporting arguments so that those who are authors can use them to improve their research. Personal criticism is inappropriate.

37. Reviewers should identify relevant published papers that have not been cited in the manuscript. The citation of the relevant sources must accompany any observation, derivation or argument that is sustained in previous publications. The reviewer must also notify the editors of any substantial similarity or overlap between the research under review and any other (published or unpublished) of which they have personal knowledge.

38. Guest academic peers who have conflicts of interest resulting from competitive, collaborative, or other relationships with authors or research-related institutions must immediately notify the editors to declare their conflicts of interest and decline the invitation.

39. Unpublished material revealed in a manuscript should not be used in the research of the reviewer without the express written consent of the authors. Insider information or insights gained through peer review should be kept confidential and not used for personal

personal. Esto también se aplica a los pares que rechazan la invitación de revisión.

gain. This also applies to peers who reject the review invitation.

**RESPECTO DE QUIENES TIENEN
AUTORÍA DEL MANUSCRITO:**

40. En los marcos de la ciencia e investigación jurídica, quienes tienen autoría de la investigación original deben presentar una descripción exacta del trabajo realizado y los resultados, seguidos de una discusión objetiva de la importancia del trabajo. La investigación debe contener suficiente detalle y referencias para permitir a otros replicar el trabajo, si corresponde. Los artículos de revisión deben ser precisos, objetivos y completos, mientras que las opiniones o las piezas de perspectiva editorial deben identificarse claramente como tales. Las declaraciones de carácter fraudulento o impreciso constituyen un comportamiento no ético y son inaceptables.

41. Se puede pedir a quienes tengan autoría que proporcionen los datos brutos de su investigación, tanto para su revisión editorial como para ponerlos a disposición del público. En cualquier caso, quienes tengan la autoría deben garantizar la accesibilidad de dichos datos a otros profesionales competentes durante al menos diez años después de la publicación (preferiblemente a través de un repositorio de datos institucional o sujeto o cualquier otro centro de datos), siempre que se puedan proteger la confidencialidad de los participantes y los derechos legales vinculados a estos datos.

FOR THE AUTHORS:

40. For the sake of science and research, the authors of the original research must present an accurate description of the work done and the results, followed by an objective discussion of the importance of the work. The research should contain enough detail and references to allow others to replicate the work, if applicable. Review articles should be accurate, objective, and complete, while opinions or editorial perspective pieces should be clearly identified as such. Fraudulent or imprecise statements are unethical behavior and are unacceptable.

41. Authors may be asked to provide the raw data from their research, both for editorial review and to make them available to the public. In any case, the authors must guarantee the accessibility of said data to other competent professionals for at least ten years after publication (preferably through an institutional or subject data repository or any other data center), provided that the confidentiality of the participants and the legal rights linked to this data can be protected.

42. Quienes tengan autoría deben asegurarse que han escrito y presentado trabajos totalmente originales, así como verificar que han citado adecuadamente las fuentes (trabajos y palabras) utilizadas. También deben citarse las publicaciones que han influido en la determinación de la naturaleza del trabajo que se informa en la investigación. El plagio adopta muchas formas: hacer pasar el artículo académico o investigación ajeno como propio, copiar o parafrasear partes sustanciales de las investigaciones de otros sin atribución de autoría, reclamar resultados de investigaciones realizadas por otros, entre otras. El plagio, en todas sus formas, constituye un comportamiento de publicación poco ético y es inaceptable.

43. Quienes tengan autoría deben asegurarse de que han reconocido adecuadamente la información obtenida en privado (de conversación, correspondencia o discusión con terceros), no pudiendo ser utilizada o reportada sin el permiso explícito por escrito de la fuente. Quienes tengan autoría no deben utilizar la información obtenida en el curso de la prestación de servicios confidenciales, como el arbitraje de manuscritos o solicitudes de subvención, a menos que hayan obtenido el permiso explícito por escrito de sus titulares.

44. Los trabajos que describan esencialmente la misma investigación no deben publicarse en más de una revista o publicación primaria. Por lo tanto, quienes tengan autoría no deben someter a consideración un manuscrito que ya ha

42. Authors must ensure that they have written and presented totally original works, as well as verify that they have adequately cited the sources (works and words) used. Publications that have influenced the determination of the nature of the work reported in the investigation should also be cited. Plagiarism takes many forms: passing the academic article or research of others as their own, copying or paraphrasing substantial parts of the investigations of others without attribution of authorship, claiming results of investigations carried out by others, among others. Plagiarism, in all its forms, constitutes unethical publishing behavior and is unacceptable.

43. The authors must ensure that they have adequately recognized the information obtained in private (from a conversation, correspondence or discussion with third parties), and that it cannot be used or reported without the explicit written permission of the source. Authors should not use information obtained in the course of providing confidential services, such as manuscript arbitration or grant applications unless they have obtained explicit written permission from their holders.

44. Papers that describe essentially the same research should not be published in more than one journal or primary publication. Therefore, authors should not submit for consideration a manuscript that has already been published

sido publicado en otra revista. La presentación de un manuscrito simultáneamente a más de una revista es un comportamiento de publicación poco ético e inaceptable. Excepcionalmente, la publicación de algunos tipos de artículos (como traducciones, protocolos) en más de una revista puede justificarse, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: quienes tengan autoría y quienes sean editores de las revistas interesadas deben aceptar la publicación secundaria, debe reflejar los mismos datos e interpretación del documento primario y la referencia primaria debe ser citada en la publicación secundaria.

45. Solamente las personas que cumplan con estos criterios de autoría deben ser listadas en un manuscrito como tales, ya que deben ser capaces de asumir la responsabilidad pública por el contenido: (a) contribuciones significativas a la concepción, diseño, ejecución, adquisición de datos o análisis o interpretación del estudio; (b) quien redactó el manuscrito o lo revisó críticamente con contenido intelectual importante; c) quien vio y aprobó la versión final del documento aceptando su presentación para su publicación. Todas las personas que hicieron contribuciones sustanciales a la obra reportada en el manuscrito (tales como ayuda técnica, ayuda de redacción y edición, apoyo general) pero que no cumplen con los criterios para la autoría manifestados, no deben ser listadas como tales sino que deben ser referidas en *reconocimientos* (esta sección es admisible

in another journal. Submission of a manuscript simultaneously to more than one journal is unethical and unacceptable publication behavior. Exceptionally, the publication of some types of articles (such as translations or protocols) in more than one journal can be justified, provided that the following conditions are met: the authors and editors of the interested journals must accept the secondary publication, it must reflect the same data and interpretation of the primary document and the primary reference must be cited in the secondary publication.

45. Only people who meet these authorship criteria should be listed in a manuscript as authors, as they must be able to assume public responsibility for the content: (a) significant contributions to the conception, design, execution, acquisition of data, or analysis or interpretation of the study; (b) who wrote the manuscript or critically revised it with important intellectual content; c) who saw and approved the final version of the document accepting its presentation for publication. All persons who made substantial contributions to the work reported in the manuscript (such as technical assistance, editing and editing assistance, general support) but who do not meet the stated authorship criteria should not be listed as such, but they must be referred in acknowledgments (this section is admissible if you have the written permission of those who

si se cuenta con el permiso escrito de quienes colaboraron). Quien someta el manuscrito a la revista debe asegurarse que estén referidas todas las personas que tengan coautoría, verificar que ellas hayan visto y aprobado la versión final del manuscrito y aceptado su publicación para publicación.

46. Quienes tengan autoría deben, en la etapa más temprana posible (por lo general, mediante la presentación de una declaración escrita en el momento de presentar el manuscrito, así como la inclusión de una declaración en el propio manuscrito), expresar cualquier conflicto de intereses que pueda influir en los resultados o interpretación de la investigación (por ejemplo, y no limitativamente, conflictos por financiamiento tales como honorarios, subsidios educativos u otros fondos, la participación en membresías, empleos, consultorías, propiedad de acciones, acuerdos de licencia; así como no financieros, tales como relaciones personales o profesionales, afiliaciones, conocimientos o creencias en el tema o materiales discutidos en el manuscrito). Todas las fuentes de apoyo financiero para el trabajo deben ser reveladas.

47. Si la investigación involucra el uso de animales o participantes humanos, quienes tengan autoría deben asegurarse de que todos los procedimientos se han realizado de conformidad con las normas pertinentes y vigentes. El manuscrito debe contener una declaración a este efecto. Quienes tengan autoría también deben incluir una declaración en el

collaborated). Whoever submits the manuscript to the journal must make sure that all the people who have co-authorship are referred, verify that they have seen and approved the final version of the manuscript and accepted its publication for publication.

46. Authors should, at the earliest possible stage (usually by submitting a written statement at the time of submission of the manuscript, as well as by including a statement in the manuscript itself), express any conflicts of interest that may influence research results or interpretation (for example, and not limited to, funding disputes such as fees, educational grants or other funds, membership participation, employment, consulting, stock ownership, license agreements; as well as not financial, such as personal or professional relationships, affiliations, knowledge or beliefs on the subject or materials discussed in the manuscript). All sources of financial support for the job must be disclosed.

47. If the research involves the use of animals or human participants, the authors should ensure that all procedures have been carried out following the relevant and current regulations. The manuscript must contain a statement to this effect. Authors should also include a statement in the manuscript that informed consent was obtained for

manuscrito que el consentimiento informado se obtuvo para la experimentación con los participantes humanos. Los derechos de privacidad de los participantes humanos siempre deben ser observados.

48. Quienes tiene autoría tienen la obligación de participar en el proceso de revisión por pares y cooperar plenamente, respondiendo puntualmente a las solicitudes de los editores de datos crudos, aclaraciones y pruebas éticas, consentimientos informados y permisos de propiedad intelectual. En el caso de una primera decisión de *correcciones o revisiones*, quienes tengan la autoría deben responder a los comentarios de los revisores sistemáticamente, punto por punto y de manera oportuna, revisando y reenviando su manuscrito a la revista en el plazo indicado.

49. Cuando quienes tienen la autoría descubren errores significativos o inexactitudes en su propio trabajo publicado, tienen la obligación de notificar con prontitud a los editores de la revista y cooperar con ellos para corregir su manuscrito mediante una errata o retractación. Si los editores conocen a través de terceras personas que un manuscrito publicado contiene errores o inexactitudes significativas, entonces será obligación de quienes tienen autoría corregir o retirar rápidamente el documento o proporcionar evidencia a los editores de la revista de la corrección del documento.

experimentation with human participants. The privacy rights of human participants must always be observed.

48. Authors must participate in the peer-review process and to cooperate fully, responding promptly to publishers' requests for raw data, ethical clarifications and evidence, informed consents, and intellectual property permits. In the case of a first *correction or revision decision*, the authors should respond to the reviewers' comments systematically, point by point and in a timely manner, reviewing and forwarding their manuscript to the journal within the indicated period.

49. When authors discover significant errors or inaccuracies in their published work, they must promptly notify the editors of the journal and cooperate with them to correct their manuscript by typo or retraction. If the editors know through third parties that a published manuscript contains significant errors or inaccuracies, then the authors will be required to quickly correct or withdraw the document or provide evidence to the editors of the journal of the correctness of the document.

RESPECTO DE LA EDITORIAL:

50. En casos de presunta mala conducta científica, publicación fraudulenta o plagio, el editor responsable, en estrecha colaboración con los editores, tomará todas las medidas apropiadas para aclarar la situación y modificar el artículo en cuestión. Esto incluye la pronta publicación de un *erratum*, aclaración o, en el caso más grave, la retracción del trabajo afectado. Además, tomarán medidas razonables para identificar e impedir la publicación de documentos donde se ha producido mala conducta de investigación. En ningún caso se fomentará dicha mala conducta o permitirá conscientemente que dicha conducta se produzca.

51. El editor responsable se compromete a la permanente disponibilidad y preservación de la investigación académica, asegurando su accesibilidad.

REGARDING THE EDITORIAL:

50. In cases of alleged scientific misconduct, fraudulent publication or plagiarism, the editors will take all appropriate measures to clarify the situation and modify the article in question. This includes the prompt publication of an *erratum*, clarification or, in the most severe case, the retraction of the affected work. Besides, they will take reasonable steps to identify and prevent the publication of documents where investigative misconduct has occurred. In no case will such misconduct be encouraged or consciously allow such conduct to occur.

51. The responsible editor is committed to the permanent availability and preservation of academic research, ensuring its accessibility.



UNIVERSIDAD
CATÓLICA
BOLIVIANA
LA PAZ

Avenida 14 de septiembre N° 4807 - Obrajes - La Paz

www.ucb.edu.bo

www.lawreview.ucb.edu.bo

law.review.lpz@ucb.edu.bo