

## ARBITRAJE INTERNACIONAL

### Comercio Internacional

Fin de la II Guerra Mundial.

Crisis de la economía y comercio.

Conferencia en Bretón Woods de 1944

New Hampshire EE.UU.

Creación FMI y Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) con el objeto de dar luz a una nueva organización económica a nivel mundial.

El componente comercial emergió en Ginebra el año 1947 con la creación del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).

Los tres entes fueron la base de la mencionada organización.

El GATT, entre otras cosas, era un órgano con el que se buscaba reordenar el comercio y garantizar el cumplimiento de los acuerdos pactados por los Estados. Además, cooperaba en la solución de controversias a través de "buenos oficios", de "paneles de expertos" y de la implementación de normas sobre conciliación y de solución de conflictos. No era un Tribunal.

En abril de 1994 se crea la OMC en reemplazo del GATT, surgida a raíz de la "Ronda de Uruguay", que constituyó el mayor avance hacia la liberación del comercio y que buscaba flexibilizar los mercados y la consolidación del principio de no discriminación (Nación más Favorecida y Trato nacional).

Internamente se crea un Consejo General que entre otros aspectos, tiene la facultad de actuar como un Órgano de Solución de Diferencias (OSD).

Lo concerniente a las disputas entre partes se instrumentalizó en un documento denominado "Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias".

Primero, debía buscarse la solución del conflicto por las propias partes.

Buenos Oficios - Solicitud de un Grupo Especial - Conciliación y Arbitraje.

Estabilidad del comercio y la economía en el mundo.

El comercio fue y es el nexo más antiguo entre las naciones.

La globalización, la apertura de mercados, zonas de libre comercio, uniones aduaneras, mercado común, unión económica y monetaria y su impacto en el arbitraje internacional. Consolidación del Multilateralismo y de los Bloques comerciales.

Para Martínez Neira, la economía en el mundo dejó de ser la suma de las economías nacionales, para convertirse en un escenario de conformación de amplias regiones integradas económicamente.

El carácter riesgoso el negocio comercial aun cuando haya buena fe.

La necesidad de los actores del comercio internacional de dotarse de mecanismos alternos a los que el Estado proporciona frente a la existencia del conflicto, los cuáles pueden tener los siguientes matices según Martínez Neira:

1. Conflictos entre los particulares y los estados: situación que se presenta cuando se enfrentan intereses privados frente a intereses del país donde residen (nacionales o residentes) o frente a intereses de terceros países (como extranjeros).
2. Conflictos entre particulares: evento que puede surgir entre particulares de un mismo país o entre particulares de los Estados miembros del proceso de integración.
3. Conflictos entre estados: los que surgen entre los estados miembros de la integración.

En ese orden, los agentes del comercio internacional buscan rapidez, imparcialidad, especialidad, confidencialidad y procedimientos expeditivos para solucionar controversias donde se elimine el ritualismo.

Por ejemplo, la CCI y la AAA establecen facultativamente, la posibilidad de que las partes acudan a una conciliación previa antes de ingresar al arbitraje, con el objeto de facilitar la pronta resolución de conflictos. No olvidar que hoy en día los negocios incluso se los efectúan a través de la negociación por Internet, -- contratación electrónica --- y que conflictos de esa naturaleza son difícilmente accionables a través de la jurisdicción ordinaria.

Rafael Gamboa Serrano decía: “En Colombia el arbitraje es de linaje jurisdiccional, los árbitros son verdaderos jueces y los laudos arbitrales son verdaderas sentencias que no están sujetas a ninguna validación ni homologación por parte del juez ordinario, porque los árbitros están investidos de jurisdicción, de esa que proviene de la soberanía del Estado, del ius imperio, que les da inmediato poder de ejecución a sus decisiones. En cambio, cuando se trata de arbitraje internacional más se parece a una amigable composición que a un proceso propiamente Jurisdiccional, en el cual se puede pactar el procedimiento, el idioma, la designación de árbitros, etc, porque no está sujeto a ninguna ley de ningún Estado, simplemente porque no puede estarlo”.

## DEL CARÁCTER CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE

Art. 116 – I de la CPE: “ El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Tribunal Constitucional, las Cortes Superiores de Distrito, los tribunales y jueces de instancia y demás tribunales y juzgados que establece la ley. La Ley determina la organización y atribuciones de los tribunales y juzgados de la República...”.

Art. 1 Ley 1770: “esta ley establece la normativa jurídica del arbitraje y la conciliación como medios alternativos de solución de controversias, que facultativamente pueden adoptar los sujetos jurídicos antes de someter sus litigios a los tribunales ordinarios e inclusive durante su tramitación judicial”. La ley 1770 creó tribunales especiales, que no deben confundirse con los tribunales de excepción prohibidos por la CPE.

De la doctrina comparada, según anotación de Gil Echeverri, podemos extraer los siguientes principios de naturaleza constitucional:  
Principio de la Jurisdiccionalidad, que reconoce al arbitraje como una forma de administrar justicia, por lo tanto, es una jurisdicción especial, que se concreta con la expedición de un fallo.  
Este principio podría compararse al de Libertad previsto en el art. 2 de la Ley 1770 que reconoce la facultad potestativa de acudir a medios alternativos a un proceso judicial, para resolver conflictos y con el art. 68 que permite la ejecución forzosa de un Laudo Arbitral.

Principio de la Naturaleza Procesal, que reconoce al arbitraje como un verdadero "proceso judicial sui generis".  
Bajo la ley boliviana, podríamos vincular el principio de contradicción y de audiencia, que son herramientas propias de un proceso judicial.

Principio de la Temporalidad, que reconoce en los árbitros, su calidad de jueces temporales. Este principio está implícito en la ley boliviana.

Principio de la Habilitación, que establece que la competencia y jurisdicción de los árbitros nacen por medio del convenio arbitral.

Principio de la Voluntariedad, que reconoce el carácter voluntario del arbitraje. En materia laboral es obligatorio.

#### Concepto y Naturaleza Jurídica

El arbitraje internacional es un mecanismo extrajudicial y alternativo de resolución de conflictos contractuales, pactado por las partes, en el que está presente al menos un elemento que rebasa las fronteras de un país, que consiste en la definición de la controversia por parte de uno o varios árbitros, que profieren una sentencia denominada laudo. (Botero y Correa)

El art. 33 de la Carta de las Naciones Unidas determina que el arbitraje constituye ser un medio pacífico a través del cual pueden resolverse controversias.

El art. 1 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional firmada en Panamá el 30 de enero de 1975 establece que "es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por telex".

El Art. 1 numeral (2) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados establece que el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones

(CIADI) tendrá por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre estados Contratantes y nacionales de otros estados contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje.

El Gobierno de Bolivia comunicó su decisión de abandonar el CIADI. La ley 1770 no se modificó. De la irretroactividad.

El art. 2 (1) de la Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958 establece que "cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje".

Su naturaleza jurídica es jurisdiccional.

Los árbitros asumen, por delegación de la voluntad de las partes, la competencia prevista a un juez en la vía ordinaria.

Art. 116 de la CPE boliviana permite la administración de justicia por tribunales y juzgados que establece la ley.

Doctrina constitucional sobre arbitraje según el TC – Bolivia:

SC No 55/02 de 03.07

"El arbitraje es un procedimiento en el cual, las partes entre quienes existe una cláusula compromisoria al efecto, someten sus diferencias al trámite de un proceso realizado ante un Tribunal conformado por árbitros designados por ellos, de acuerdo a la Ley especial que rige a tal fin y según el Reglamento pertinente."

SC38/2004 de 15 de abril

Dada la naturaleza jurídica de los procesos arbitrales, de ser un medio alternativo (a los procesos judiciales) de solución de controversias, el legislador ha restringido al mínimo las vías judiciales de impugnación de las decisiones que se adopten en dichos procesos, declarando en su caso expresamente la improcedencia de los recursos judiciales. Así en la norma prevista por el art. 23-III de la LAC, la Ley dispone que 'la decisión que tome la autoridad judicial competente con referencia a la conformación del Tribunal Arbitral, no admitirá recurso alguno'. De otro lado, en cuanto se refiere al Laudo Arbitral que emita el Tribunal Arbitral, la Ley sólo ha previsto el recurso de anulación, así establece la norma prevista por su art. 62 LAC cuando dispone que 'Contra el laudo dictado por el Tribunal Arbitral sólo podrá interponerse recurso de anulación (...)'. Cabe advertir que dichas limitaciones no alcanzan a los procesos constitucionales, entre ellos las acciones tutelares, que las partes intervinientes en los procesos arbitrales podrían plantear en aquellos casos en los que se lesione el orden constitucional o los derechos fundamentales o garantías constitucionales".

¿Cuáles son las escuelas sobre la materia?

Escuela contractualista, son los que aducen que al ser el convenio el elemento fundamental en el proceso, el arbitraje tiene la categoría contractual y los árbitros adquieren la calidad de mandatarios al recibir de las partes un mandato delimitado previamente en el pacto arbitral. Para Chiovenda los árbitros no cumplen tareas de orden jurisdiccional, por lo que un Laudo Arbitral no puede tener el rango de una sentencia. Para Guasp, el árbitro no es juez, ni el arbitraje un proceso de carácter judicial. España – parajurisdiccional.

Escuela procesalista, donde los árbitros son jueces y el laudo, al formar parte de un procedimiento como tal y haber sido proferido en esa instancia, tiene el rango de sentencia.

Los arbitros no son mandatarios, son jueces independientes.

La Corte Constitucional en Colombia ha señalado que: "El arbitraje es un procedimiento judicial aunque tenga fundamento inmediato en un acuerdo de voluntades" (SU-09.02-00).

Escuela ecléctica, que reconocen dos etapas en el arbitraje: la contractual, referida a la celebración del acuerdo arbitral y, la procesal, vinculada al desarrollo del procedimiento en sí.

## DEL CARÁCTER DE LAS CONTROVERSIAS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

En materia arbitral internacional, un tribunal es competente para arbitrar sobre temas civiles y laborales, comerciales y administrativos.

Principio básico: que la materia puesta a conocimiento de un tribunal, sea susceptible de transacción.

El art. 4 de la Ley 1770 reza: "I) Podrán someterse a arbitraje, las controversias en las que el Estado y las personas jurídicas de Derecho Público son partes interesadas, siempre que versen sobre derechos disponibles y deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual. II) ...el Estado y las personas jurídicas de Derecho Público tienen plena capacidad para someter sus controversias a arbitraje nacional o internacional, dentro o fuera del territorio nacional, sin necesidad de autorización previa".

La Convención de Panamá de 1975 hace referencia a negocios de carácter mercantil.

La Convención de Nueva York de 1958 a aspectos vinculados al campo civil o comercial. Hay algunos países que han hecho reserva de solo aplicar a aspectos comerciales.

La Convención de Montevideo de 1979 hace referencia a la aplicación de laudos arbitrales dictados en procesos civiles, comerciales o laborales, a

menos que se haya hecho reserva de limitar a sentencias de condena en materia patrimonial.

## ELEMENTOS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Informalidad. El principal objetivo del Arbitraje Internacional es solucionar los problemas que surgen de las siempre dinámicas relaciones comerciales internacionales, por lo que la restrictiva prescripción de procedimientos cerrados, lo convertiría en una institución paquidérmica.

Son las partes las que deben definir las reglas del proceso o el sometimiento a algunas ya determinadas, en la perspectiva de las circunstancias de su litis.

Nacionalidad de los Arbitros. La calidad de árbitro internacional no deviene de un aparato judicial perteneciente a un determinado Estado, sino más bien, su jurisdicción proviene de las partes.

La Convención de Panamá de 1975 permite, en su art. 2, la designación de árbitros extranjeros en procedimientos arbitrales de comercio internacional, básicamente porque el árbitro internacional no tiene foro.

La extraterritorialidad del arbitraje. El comercio internacional y el comercio nacional originan actividades de diversa identidad, que dan curso a la aplicación de procedimientos particulares en la solución de sus conflictos. Los actores dentro el comercio internacional son diversos, por tal motivo, no es posible someter la identidad extraterritorial del arbitraje comercial internacional, a la territorialidad de algún Estado. (Martínez Neira).

## VENTAJAS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Supremacía de los Tratados, por la aplicabilidad de éstos. Art. 72 Ley 1770. Aplicación del Derecho Sustantivo, donde las partes son libres de determinar el derecho sustantivo aplicable al fondo de la controversia, ya sea remitiéndose a legislación extranjera o a usos y prácticas del comercio internacional. Art. 73 Ley 1770.

Aplicación del Procedimiento, donde las partes tienen plena libertad para establecer sus propias reglas respecto a cómo se conducirá el procedimiento o sujetarse al reglamento de un centro de arbitraje internacional. Se determina el idioma, ley aplicable, nacionalidad de los árbitros, sede del tribunal, composición del tribunal, etc. (Gil Echeverri)

## ARBITRAJE INTERNACIONAL EN LA LEY 1770

De acuerdo a la Ley 1770, un arbitraje será internacional cuando:

*1. al momento de celebrar el convenio arbitral, las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes.*

El arbitraje seguirá siendo internacional si iniciado el proceso, las partes tienen el mismo domicilio.

*2. el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto de la controversia tenga una relación más estrecha se encuentre fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos.*

Según Gil, el lugar de cumplimiento de la parte sustancial o más importante del contrato debe corresponder a un Estado diferente del Estado en que ambas partes tienen su domicilio principal.

*3. las partes hubieren convenido expresamente que la materia arbitrable está relacionada con más de un Estado.*

Importa que este hecho esté claramente pactado, a efecto de que se traslade la controversia al campo internacional.

*II. A los efectos de determinar el carácter internacional de un arbitraje, cuando una de las partes tenga más de un establecimiento para el ejercicio de sus actividades principales, se considerará aquel que guarde relación con el convenio arbitral. Cuando una parte no tenga ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.*

El lugar del arbitraje determina la categoría de arbitraje internacional. Es importante se establezca de inicio, que el Tribunal Arbitral funcionará en un lugar o sitio diferente del Estado donde los contendientes tienen señalado su domicilio.

Colombia: i) Pacto de las partes. "Será internacional el arbitraje cuando las partes así lo hubieren pactado". Obligación convencional, inexistente en Bolivia.

ii) Afectación del Comercio Internacional, entre un Estado y determinada Compañía sea por modificaciones contractuales no pactadas, modificaciones de aranceles, fijación o restricciones de índole comercial, etc.

En la ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, un arbitraje es internacional si:

a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes,  
b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:

i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;

ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o

c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

En la legislación boliviana, están vigentes los siguientes instrumentos a efecto de su aplicación en el Arbitraje Internacional:

1. Convenio Interamericano sobre "Arbitraje Comercial Internacional", aprobado en Panamá el 30 de enero de 1975.

2. Convenio sobre "Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras", aprobado en Nueva York el 10 de junio de 1958.

3. Convenio Interamericano sobre "Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Extranjeros", previa ratificación, aprobado en Montevideo el 8 de mayo de 1979.

4. Convenio sobre "Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", aprobado en Washington el 18 de marzo de 1965. (Bolivia ya no es signatario).

#### DERECHO APLICABLE

Debe distinguirse entre la ley sustantiva de la adjetiva. La primera versa sobre las relaciones entre las partes emergentes del contrato celebrado y del propio convenio arbitral. La segunda, establece la forma cómo debe desarrollar sus actuaciones el Tribunal Arbitral.

Ahora bien, la determinación del derecho aplicable a una controversia arbitral resulta ser uno de los elementos más importantes a ser considerados por él o los árbitros antes del desarrollo del proceso arbitral en tanto y cuanto de esa decisión depende la garantía de cumplimiento, reconocimiento y ejecución del laudo, e incluso, de su propia anulación en caso que este recurso sea admitido por la legislación adoptada.

Para la determinación del derecho aplicable existen diversas metodologías, entre éstas se encuentran la material, la conflictual y la de normas de policía o de orden público de uno o más Estados.



**NORMAS MATERIALES.** La aplicación de un determinado derecho aplicable a una controversia que haya sido previamente elegido por las partes en un contrato a través de su autonomía material, importa el método más recomendable para la definición de las normas sustanciales y adjetivas aplicables al caso concreto.

La autonomía material deviene lógicamente de la voluntad de las partes a tiempo de convenir la resolución de sus controversias a través del arbitraje mediante la cláusula compromisoria o el convenio arbitral. En otras palabras, la determinación del derecho aplicable en estos casos se encuentra específica y claramente establecida previamente por las partes en un contrato, por lo que únicamente resta que los árbitros apliquen estas normas a la controversia.

La Convención de Nueva York, en su artículo 5to, dejó sin efecto lo que se establecía en la de Ginebra de 1923 y 1927 e implícitamente, en el Código Bustamante de 1928, al establecer el privilegio de la autonomía de la voluntad de las partes cuando éstas deciden la ley que se aplicará. Pueden decidir una ley para el fondo y otra para el procedimiento.

Según Botero y Correa, pueden darse las siguientes hipótesis:

- \*Las partes pueden convenir la ley sustancial y formal del litigio.
- \*Las partes pueden escoger varias leyes sustanciales.
- \*Se pueden escoger la parte formal por una ley y lo sustancial por otra.
- \*Las partes pueden pactar una regla jurídica aplicable al contrato que no corresponda a la ley sustancial de país alguno.
- \*Se puede pactar que un acto sea regido por la ley vigente al momento de la celebración del contrato y que las normas posteriores no la afecten.

Resulta importante resaltar que de la aplicación de un derecho específico pueden derivar cierto tipo de conflictos vinculados a la ejecución, reconocimiento y cumplimiento del Laudo Arbitral, en tanto que los derechos elegidos deben necesariamente ser compatibles con aquellos en los que se pretenda ejecutar o reconocer el Laudo. A manera de ilustración, podemos señalar la posibilidad de que la materia arbitrable sea incompatible con la legislación en la que se pretende ejecutar el Laudo Arbitral por ser contraria a su orden público interno.

Este hecho podría obstaculizar la validez y efectividad de la resolución y generaría un conflicto sin solución para las partes. Ahora bien, estos casos son poco probables dada la creciente uniformidad de principios y normas de naturaleza sustancial y procesal en los Estados a raíz del fenómeno de la globalización de la economía y las crecientes actividades de importación y exportación de bienes y servicios que han uniformizado los usos y costumbres comerciales, sin embargo, debe siempre tenerse en cuenta las limitaciones existentes respecto a la elección o determinación del derecho aplicable a una controversia.

**NORMAS CONFLICTUALES.**

Para el caso de ausencia de normas materiales previamente fijadas por las partes, la determinación del derecho aplicable debe surgir del uso de una norma indirecta o de conflicto que el árbitro considere apropiada al caso concreto, considerando las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres del comercio.

Sin duda que la identificación del derecho aplicable a la controversia a través del método conflictual puede generar una serie de contradicciones y observaciones en las partes, más aún cuando la decisión se deja a entera voluntad del o los árbitros asignados, sin posibilidad alguna de controlar la forma, criterios o límites que éstos apliquen.

Sobre el particular, Antonio Boggiano realiza una serie de observaciones al art. 13 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París en el que se establece la forma de determinación del derecho aplicable a la controversia en caso de ausencia de normas materiales, a saber:

*“ Es de advertir que el árbitro puede investigar con autonomía “la norma de conflicto apropiada” para determinar el derecho aplicable al fondo del caso. No ya el “derecho material apropiado” o la proper law of the contract sino la norma de conflicto apropiada.(...)*

*El carácter “apropiado” o adecuado de una norma de conflicto para regir el caso parece insinuar la necesidad de contemplar aspectos materiales de la norma de conflicto. De otro modo es difícil entender el sentido que se ha querido asignar a la palabra apropiada, para referirse a una norma de conflicto. Aunque es verdad que podría interpretarse que se trata de investigar la norma de conflicto individual que, en concreto, resulta apropiada a las circunstancias del caso.*

*De un modo o de otro hay que analizar las consideraciones materiales de la norma de conflicto apropiada al caso. (...)*

*Aparentemente los árbitros toman en cuenta la norma jurídica que corresponde a una legítima expectativa de las partes. (...)*

*También se toma en cuenta la regla más apropiada a las necesidades del comercio internacional.”*

## **NORMAS DE ORDEN PÚBLICO.**

Un aspecto que no puede ser dejado de considerar a tiempo de determinar el derecho aplicable a un caso concreto, lo constituyen las normas de policía o de orden público de los Estados con los cuales puede estar vinculada la solución de la controversia.

Los árbitros deberán tener presente este aspecto a tiempo de calificar cuáles serán las normas materiales que serán aplicadas al caso concreto luego de ser determinadas éstas con la adopción de una norma de conflicto específica.

La importancia de la consideración de las normas de orden público de los Estados a tiempo de definir el derecho aplicable, tiene una naturaleza finalista, en tanto que esta determinación está íntimamente vinculada a la futura validez y reconocimiento del Laudo Arbitral en la jurisdicción donde se pretenda ejecutar. En ese sentido, resulta imprescindible para los árbitros considerar este método con carácter previo a cualquier posible determinación en función únicamente a normas de conflicto.

En caso de conflicto entre varias convenciones internacionales sobre arbitraje a efecto de establecer la ley aplicable, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados dispone en su art. 30 que el tratado anterior entre las mismas partes y respecto a las mismas materias prevalece sobre el posterior, si acaso éste hace referencia a que ha sido concluido sujeto a las disposiciones del tratado anterior o dispone que no es incompatible con sus disposiciones. De no ser así, prevalecerá el tratado posterior.

## LEGISLACIÓN INTERNA

El art. 73 de la Ley 1770 determina los métodos de identificación del derecho aplicable al arbitraje, disponiendo:

*“Artículo 73º.- (Normas aplicables al fondo)*

- I. El Tribunal Arbitral decidirá la controversia con sujeción a las normas legales elegidas por las partes, como aplicables al fondo de la controversia. Salvo que se exprese lo contrario, se entenderá que toda indicación o referencia la ordenamiento jurídico de un Estado, se refiere al Derecho Sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.*
- II. Cuando las partes no señalen la ley aplicable, el Tribunal Arbitral aplicará las reglas, de derecho que estime convenientes.*
- III. El Tribunal Arbitral, decidirá como amigable componedor sólo si las partes lo hubieren autorizado en forma expresa. (La regla es el derecho).*
- IV. En todos los casos, el Tribunal Arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.”*

## LA CLAUSULA ARBITRAL

Siempre debe ser celebrado por escrito. No tiene formalidad. Puede ser pactado incluso por medio de cartas, telegramas, etc.

Gil Echeverri da el siguiente concepto de la cláusula arbitral:

“Es un negocio jurídico de naturaleza contractual mediante el cual las partes manifiestan su voluntad de deferir la solución de sus conflictos de intereses actuales o futuros, originados en una relación contractual o en una situación de hecho, a la justicia arbitral, quedando derogada la

jurisdicción ordinaria. El pacto arbitral puede acordarse por las partes según dos formas específicas: cláusula compromisoria y compromiso.”

Para el caso de estudio, interesa determinar la importancia de la adecuada adopción de una cláusula arbitral que cumpla con todos los elementos de contenido que viabilicen un proceso arbitral sin necesidad de ingresar a metodologías para la determinación de un derecho aplicable a la controversia, por ello, podemos afirmar que el compromiso arbitral constituye el elemento más importante del arbitraje internacional.

El convenio arbitral puede celebrarse dentro el contrato que genere la controversia, caso en el cual es denominado cláusula compromisoria, y mediante un acuerdo escrito independiente a la relación contractual o a una situación de hecho, denominándose en este caso, convenio arbitral. Sobre esa base, los elementos de composición comunes en ambos casos son los siguientes:

- a) La completa identificación de las partes y su domicilio; b) la manifestación de voluntad de someter la controversia al arbitraje, con exclusión de la jurisdicción ordinaria a que las partes están o puedan estar subordinadas; c) el lugar (ciudad o país) sede del arbitraje; d) la ley aplicable a la cláusula arbitral y/o al fondo del litigio; e) la mención de si el árbitro o árbitros decidirán conforme a derecho o según equidad; f) la forma del procedimiento arbitral; g) el idioma o idiomas que se usarán en los trámites del procedimiento y la elaboración del Laudo, h) el plazo para el pronunciamiento del laudo; i) condiciones del pago de honorarios al o los árbitros, j) la designación del árbitro o árbitros a cargo del arbitraje o en su caso, el procedimiento de su elección. Es posible delegar este procedimiento a los reglamentos de una determinada institución de arbitraje.

Debe incorporarse la decisión de someter todas o algunas de las controversias resultantes de un contrato en el caso de pactarse el arbitraje mediante cláusula compromisoria, o la identificación específica de la controversia a ser sometida al arbitraje para el caso del convenio arbitral.

Sin embargo, tal distinción en el arbitramento internacional tiende a desaparecer.

Según Monroy Cabra, “la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso ha dejado de ser operativa, desde el momento en que se otorga validez y eficacia directa a ambas figuras. En la práctica, la distinción no es importante por cuanto basta la inclusión de un pacto compromisorio dentro de un contrato principal para que entre en aplicación la normativa contenida en los tratados y, por consiguiente, la posibilidad de que el pacto arbitral despliegue su eficacia jurídica. Es decir, la tendencia es hablar de pacto arbitral que comprende tanto la cláusula compromisoria como el compromiso”.

La Convención de Nueva York, en su art. 2do, hace referencia a un acuerdo por escrito, en alusión a ambas modalidades.

La Convención de Panamá, en su art. 1ro, refiere al acuerdo en alusión a la cláusula compromisoria y al compromiso.

Para finalizar, la autonomía es la esencia fundamental de la cláusula arbitral, ya que es independiente al contrato en sí.

De ahí resulta que su alcance esté circunscrito a:

\*de conformidad con el principio de la autonomía del pacto arbitral, la nulidad del contrato no acarrea la nulidad del pacto.

\*el contrato puede sustentarse en una ley y el pacto en otra.

\*se aplica el principio *kompetens kompetens*, donde el árbitro es el juez de su propia competencia. (Botero y Correa)

La Ley 1770 establece en su art. 74, 75 y 76:

ARTICULO 74o.- (Capacidad contractual)

La capacidad de las partes para otorgar el convenio arbitral por sí mismas o en representación de otra persona, será la que establezca la ley del lugar de su domicilio, establecimiento principal o residencia habitual, salvo que la ley boliviana sea más favorable a la validez del convenio arbitral.

ARTICULO 75o.- (Normas aplicables a la forma)

I. La validez sustancial o formal de un convenio arbitral internacional, que podrá adoptar una forma escrita, se rige por la ley elegida por las partes.

II. A falta de acuerdo de partes, la validez sustancial o formal de dicho convenio se rige por la ley del lugar de su celebración.

ARTICULO 76o.- (Validez del convenio arbitral)

Cuando el Estado Boliviano o cualquier otra persona jurídica nacional de Derecho Público haya celebrado válida y legalmente un convenio arbitral, la arbitrabilidad de la controversia no podrá ser cuestionada ni objetada, en supuesto amparo del ordenamiento jurídico interno o de falta de capacidad para ser parte del convenio arbitral.

## PROCEDIMIENTO ARBITRAL INTERNACIONAL

Es un proceso en el que se traba una relación jurídica entre dos partes, emergentes de un conflicto y para ser resuelta por un tercero.

El árbitro internacional, desarrolla sus actuaciones sobre la base de los siguientes principios a decir de Botero y Correa:

Contradicción

Impulso oficioso

Libertad de pruebas

Verdad material

Oralidad

Escritura

## ETAPAS

1. Demanda y contestación; reconvenición.
2. Desarrollo, pruebas y alegatos.
3. Laudo Arbitral.

## Discovery

Acta de Misión de la CCI, firmada por las partes, donde de inicio se establece cuál es la controversia, su dimensión y alcance, además de la competencia arbitral.

## PARTES EN EL ARBITRAJE

Deben ser capaces para contratar.

En el arbitraje internacional las partes son, generalmente, las mismas que suscriben el contrato.

## SEDE ARBITRAL

Las partes deben fijar la sede del tribunal.

De acuerdo a Botero y Correa, la importancia de pactar el sitio del proceso arbitral reside, en primer lugar, en que en la Convención de Nueva York se califica el laudo como extranjero cuando ha sido proferido fuera del territorio del país donde se ha pedido el reconocimiento del laudo, de suerte que requiere exequátur.

En segundo lugar, la sede es importante porque cuando las partes no acuerdan la ley del procedimiento, regirá el de la sede arbitral.

## PRUEBA

La carga de la prueba recae en quien pretende se le reconozca un derecho.

Se reconocen los medios de prueba generalmente admitidos.

## LAUDO ARBITRAL

Da fin al litigio en primera instancia.

Resuelve la controversia.

Principio de congruencia y de legalidad.

## RECURSO CONTRA EL LAUDO

En el ámbito internacional, es común que las partes renuncien a atacar en el fondo un Laudo Arbitral.

Siendo así, la procedencia es válida para el recurso de anulación, donde el análisis aterriza en aspectos formales que no afectan el fondo de la decisión.

En el ámbito del arbitraje internacional, el laudo goza de presunción de legalidad.

Según Grigera Naon, internacionalmente el criterio unánime apunta “hacia la desvinculación de trabas provenientes del sistema de recursos contra laudos arbitrales instituido por leyes locales del lugar del arbitraje, para desplazar el centro de gravedad del control del laudo, a la hora de considerar sus efectos extraterritoriales, hacia los sistemas de control aplicables por el juez del exequátur”.

Desprocesalizar el arbitraje, a fin de eliminar recursos. ¿Contradicción con el debido proceso?

En Colombia el Consejo de Estado fijó los alcances y límites del recurso de anulación:

\*El recurso de anulación contra un laudo tiene una naturaleza extraordinaria.

\*Las causales de anulación son taxativas.

\*El recurso es rogado y el juez no puede de oficio estudiar nuevas causales.

\*El recurso de anulación no opera para examinar vicios de fondo del laudo.

\*El recurso de anulación no genera una segunda instancia.

\*Para los vicios de fondo podría operar una acción de tutela.

## RECURSOS EN REGLAMENTOS INTERNACIONALES

### CIAC - CNUDMI

El laudo es definitivo, inapelable y obligatorio.

En 30 días de recibido el laudo, puede solicitarse su interpretación.

En el mismo plazo, puede solicitarse rectificación por error de cálculo, copia, tipográfico.

En 30 días, solicitud de laudo adicional sobre reclamaciones formuladas y omitidas en el laudo principal.

### CCI

El laudo arbitral es obligatorio para las partes, quienes están obligadas a su cumplimiento y a renunciar a todas las vías de recurso.

Las partes pueden introducir una demanda de rectificación de error material, de cálculo o tipográfico e incluso, una demanda de interpretación.

La decisión de corrección o interpretación tiene la forma de "adenda".

CIADI

Solicitud de aclaración si acaso surge una diferencia entre las partes respecto al sentido o alcance del laudo.

Solicitud de revisión, fundada en el descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo y que no haya estado bajo conocimiento del tribunal y de la parte solicitante.

Solicitud de anulación por:

\*tribunal constituido incorrectamente.

\*actuación ultra petita.

\*existencia de corrupción de algún miembro del tribunal.

\*quebrantamiento grave de una norma de procedimiento.

\*laudo proferido sin motivación.

Cuando el laudo ha sido anulado por la Comisión ad hoc, a petición de parte la diferencia se somete a la decisión de un nuevo tribunal.

## EXEQUÁTUR

Instituto que proviene del principio de soberanía de un Estado, que persigue el reconocimiento de una laudo extranjero en el lugar donde debe ser ejecutado.

El procedimiento para que se reconozca y ejecute un laudo arbitral extranjero es el que determina la lex fori.

El art. 80 - I de la Ley 1770 señala que "los laudos arbitrales extranjeros serán reconocidos y ejecutados en Bolivia de conformidad a los instrumentos citados por el art. 72 parágrafo I de esta ley".

La solicitud de reconocimiento se presenta a la CSJ con copias del convenio y laudo legalizadas.

La CSJ corre traslado a efecto de la respuesta y la presentación de pruebas si amerita.

Vencido el término de prueba, la CSJ dicta resolución.



La ejecución se lleva a cabo por la autoridad judicial competente del domicilio de la parte contra quien se hubiese invocado el reconocimiento o por aquella que tenga competencia en el lugar donde se encuentren los bienes a ser ejecutados.

La parte puede oponerse si acredita el cumplimiento del laudo o la existencia de un recurso de anulación pendiente.

No se admite ningún incidente tendiente a entorpecer la ejecución.

Convención de Panamá (art. 5)  
Convención de Nueva York (art. 3 y sgts.)  
Convención de Montevideo (art. 2 y sgts.)  
Convención de Washington (art. 53 y sgts.)

## **PRINCIPIOS FUNDAMENTALES EN EL EXEQUATUR**

El juez del Exequátur no puede revisar el laudo extranjero en cuanto a sus méritos o fundamentos.

La carga de la prueba recae en la parte que se opone al reconocimiento o ejecución del laudo.

Se prohíbe el doble Exequátur, es decir, el laudo extranjero no necesita transformarse en título susceptible de ejecución en el país donde fue dictado – mediante un proceso judicial – para luego ser habilitado en el país donde se va a ejecutar.

Las causales de impugnación están tipificadas en las convenciones internacionales.

El juez del Exequátur goza del poder discrecional para denegarlo, si encuentra probada una de las causales que se opongan.

Se permite el reconocimiento y ejecución parcial del laudo arbitral, para lo cual se pueden dividir las cuestiones sometidas a arbitraje de las que no lo han sido, con el fin de avalar las primeras y negar las segundas.

Aplica el principio de legislación más favorable, según el cual si existe norma interna o internacional más favorable para el efectivo reconocimiento y ejecución del laudo que la Convención de Nueva York, prevalecerán tales disposiciones sobre ésta. (Botero y Correa)

## LA LEX MERCATORIA

Todo contrato internacional establece el arbitraje como procedimiento para dilucidar controversias.

Al hacerlo, se pactan reglas o procedimientos o se fija el derecho sustantivo a utilizarse.

Así, surge la Teoría del Derecho Supranacional, donde se pacta que sea la lex mercatoria, la costumbre internacional o los principios de la UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del derecho Privado) el derecho a ser aplicado.

“Derecho consuetudinario del comercio internacional”.

Según Mantilla Serrano, la lex mercatoria:

- \*es anacional porque no proviene de un sistema del derecho nacional.
- \*su valor normativo es real e independiente de un sistema jurídico de un Estado soberano.
- \*su principal componente son los principios generales de derecho y los usos del comercio internacional.
- \*posee fuerza obligatoria reconocida por la comunidad comercial internacional.

## PRINCIPIOS DE LA LEX MERCATORIA

Sus Principios son “directrices y mandamientos generales de orden jurídico, los cuales son aplicables directamente a un hecho o a un acto jurídico, o constituyen las fuentes de las reglas que regulan dicho hecho o acto”.

Sus Reglas son “prescripciones imperativas o supletorias, que se refieren a hechos o actos jurídicos en concreto”.

Sus usos son “los actos de los operadores en las relaciones económicas internacionales que, en virtud de su generalización en el espacio y en el tiempo, han adquirido la fuerza de verdaderas prescripciones aplicables, aun si los interesados no los han previsto expresamente, a menos que exista acuerdo en contrario”.

## NORMAS DE LA LEX MERCATORIA

Los contratos obligan a lo que en ellos se ha estipulado.

Los contratos deben ejecutarse de buena fe.

Sólo es indemnizable el daño previsible.

Las cláusulas del contrato deben interpretarse en el sentido que las haga eficaces.

Es nulo el contrato obtenido mediante medios ilícitos o corrupción.

Una entidad estatal no puede sustraerse a las obligaciones contraídas, alegando que era incapaz de celebrar el pacto arbitral o que dicho pacto contravino formalidades internas a las cuales la entidad estaba sujeta.

Se considera que quien ejerce el control sobre un grupo de sociedades, contrata al menos para efectos del pacto arbitral, a nombre de todos los miembros del grupo.

Las cláusulas de indexación o de valor oro son válidas.

Quien ha sufrido un daño está obligado a tomar las medidas necesarias para minimizar las consecuencias del mismo. (Mantilla)

## FUENTES DE LA LEX MERCATORIA

\*Derecho Internacional Público (Convención de Viena sobre derechos de los tratados)

\*Las leyes uniformes – la Ley uniforme de 1964 sobre la Venta de Mercancías.

\*Principios Generales del Derecho reconocidos en la actualidad por sistemas jurídicos.

\*Reglamentos y recomendaciones de Organismos Internacionales.

\*Usos y Costumbres vinculados al comercio internacional – INCOTERMS (Términos Comerciales Internacionales).

\*Laudos Arbitrales.

Un laudo profiere al amparo de la lex mercatoria, es flotante porque no está sustentado en una norma positiva concreta de ninguna legislación nacional.

Su aplicación en controversias en las que los árbitros determinen la existencia de analogía fáctica, resulta ser una permisión que se encuentra prevista en la mayoría de los reglamentos de arbitraje institucional y en las propias legislaciones nacionales de los Estados.

En nuestro país, la aplicación de la Lex Mercatoria se encuentra permitida en el apartado II y en la parte final del apartado IV del art. 73 de la Ley 1770 de Arbitraje y Conciliación.

Nótese que esta norma prevé la facultad del árbitro de elegir "*reglas de derecho que estime convenientes*" "*con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso*".

Resulta importante señalar que la doctrina no reconoce la calidad de **sistema jurídico** a la Lex Mercatoria, por lo cual sus estipulaciones no pueden considerarse de obligatorio cumplimiento por los sujetos del comercio internacional.

Sin embargo de ello, su aplicación práctica en la resolución de controversias y en las propias estipulaciones contractuales le otorga una relevante importancia que no puede ser desconocida por ningún tribunal arbitral.

Sobre este aspecto, Boggiano señala:

*"La lex mercatoria puede ser concebida no como un sistema jurídico autónomo, o hasta cierto punto "autónomo" creado por los términos y usos del comercio internacional fuera de los derechos nacionales, sino como un conjunto de reglas y principios dentro de ellos, en los intersticios y límites que los sistemas de D.I.Pr les dejan para crear, con delimitada libertad, un nuevo derecho común del comercio internacional, común a todos los derechos nacionales"*.

En la actualidad, se han dado casos en los que se resolvieron controversias en función a la Lex Mercatoria aplicándola como base sustantiva del fallo.

Estas resoluciones se han tropezado con problemas de reconocimiento del Laudo Arbitral en tanto que su base normativa no cuenta con un sustento legal, ya que el mismo fue adoptado por el Arbitro en función a los usos y costumbres del comercio internacional, alejándose de normas materiales nacionales o de normas de conflicto.

Pese a ello, corresponde manifestar que existe jurisprudencia que ratifica la validez de la Lex Mercatoria como fuente de derecho aplicable a un caso concreto, cuando su aplicación devenga de la interpretación y valoración de la voluntad de las partes de abstraerse de sus legislaciones nacionales y fundamentalmente, cuando su voluntad sea la de obtener un fallo pronunciado en equidad.

CORTE DE ARBITRAJE DE LA CCI  
Fundada en 1932, con sede en París.

Los integrantes de la Corte son elegidos por el Consejo de la Cámara de Comercio Internacional, cuanta con 52 miembros y una Secretaría.

La Secretaría cuenta con un Secretario General, un Consejero General y 6 equipos al frente de los cuales se encuentra un consejero junto con su asistente y una secretaria.

#### FUNCIONES DE LA CORTE

La Corte, nombra, confirma o colabora en la designación de árbitros.

Verifica una vez instalado el tribunal arbitral, el convenio de arbitraje

Supervisa la composición del tribunal.

A falta de acuerdo sobre el arbitraje, éste es fijado por la Corte en busca de alcanzar un desarrollo normal del proceso, a fin de que no existan riesgos para la validez y ejecución del laudo.

Supervisa el procedimiento y asiste a las partes a través de la Secretaría, con la interpretación y aplicación del Reglamento.

Decide sobre los gastos del arbitraje y fija los honorarios de los árbitros.  
(Bernal Gutiérrez)

#### CARACTERÍSTICAS DE REGLAMENTO DE LA CCI

Universalidad  
Neutralidad  
Imparcialidad

Acta de Misión

Revisión del proyecto de laudo arbitral por la Corte –forma y fondo.

Autonomía de las partes – control y supervisión.

Laudo Arbitral obligatorio.

#### COMISION INTERAMERICANA DE ARBITRAJE COMERCIAL

“Ha establecido mantener y administrar en el hemisferio occidental un sistema para la resolución de controversias comerciales internacionales por medio del arbitraje o conciliación. Se incluyen dentro del sistema, secciones nacionales o representantes”.(Bernal Gutiérrez)

Creada en 1934 como resultado de la Resolución adoptada en la Séptima Conferencia Internacional de los Estados Americanos llevada a cabo en Montevideo en diciembre de 1933.

La resolución instó a que las cámaras de comercio elaboren y pongan en vigencia un acuerdo sobre arbitraje comercial internacional.

La Comisión está integrada por un delegado y un suplente por cada sección nacional.

Comité Ejecutivo – Presidente y Director General.

El Reglamento está asentado en CNUDMI.

#### ASOCIACION AMERICANA DE ARBITRAJE (AAA)

Fundada en 1926 “con el ánimo de establecer tribunales de arbitraje para la resolución de disputas civiles y facilitar que los comerciantes y abogados norteamericanos escogieran soluciones voluntarias para resolver sus problemas” (Bernal Gutiérrez).

La preside una Junta Directiva. Sede NY.

Su Reglamento se ha sustentado en la Ley Modelo de la CNUDMI – UNCITRAL.

#### MODALIDADES DE SOLUCION DE CONFLICTOS INTERNACIONAL

\*Mini – treat: es un reducido juicio oral que resuelven entre sí los ejecutivos de las Sociedades en conflicto, con posibilidad o no de pedir orientación a abogados.

Los ejecutivos de las partes deben probar sus afirmaciones produciendo pruebas, así, se van formando opiniones hasta llegar a una conciliación.

Éxito en un 90% de los casos.

\*Privare – treat: ante el cúmulo de cuestiones que deben resolver los jueces ordinarios por los juicios orales en las causas civiles, comerciales y penales, recurren a la ayuda de las partes en conflicto.

Se selecciona a un juez del Estado para que resuelva el caso.

Se los denomina jueces alquilados (rent a judge), porque están retirados y disponibles for rent.

Paneles de Abogados: en los casos de poca significación económica (hasta \$us. 10.000) se ha organizado en el noreste de los Estados Unidos paneles de abogados que convocan a las partes para resolver las cuestiones emergentes del conflicto.

\*Fórmula del Juez Lambrus: ante el fracaso que supone una pretensión desmedida para la conciliación, se organiza un proceso ficticio.

Se convoca a un jurado de 30 personas del estado para que las partes y sus abogados aleguen y escuchen en litigio sus pretensiones.

Así, las partes llegan a tener conciencia de una propuesta racional y concilian.

\*El Oidor Neutral: las partes buscan una persona de prestigio que va a escuchar su propuesta y pretensión más importante.

De acuerdo a su experiencia determinará si las propuestas pueden o no conciliarse o deben ir a tribunales.

El dictamen es secreto para las partes y si éstas pueden conciliar sus posturas, aquél actúa como mediador.

\*Perito neutral: en el área de las marcas y patentes hay riesgos cuando se ventilan diferencias.

Se busca un especialista en la materia que no es experto en derecho, sino es un técnico. Decepciona la prueba y resuelve el caso sin publicidad.

## ARBITRAJE VIRTUAL

Hay avances para el desarrollo del arbitraje virtual.

El Convenio Arbitral pactado de manera escrita por cualquier *medio de comunicación*, siempre que una parte consienta sin que la otra lo niegue.

El Arbitraje Virtual es aquel que se lleva a cabo aprovechando la tecnología mediante la utilización de medios telemáticos.

Fusión de la informática y la telecomunicación.

Existen dos tipos de arbitraje virtual, el primero puede surgir de relaciones comerciales convencionales, es decir contratos llevados a cabo en el plano físico, que no presentan ninguna innovación ni particularidad en su manera de contratar.

La segunda nace de contratos electrónicos.

Firma electrónica que autentica la validez del documento.

Compra y venta por Internet.

Tomando en cuenta las necesidades del comerciante en la actualidad, el primer Centro Administrador de Arbitraje Virtual fue creado en el año 1996 por la Universidad de Massachusetts at Amherst, con el objeto de aprovechar el avance tecnológico para la resolución de litigios.

En la actualidad el arbitraje virtual se encuentra enmarcado dentro del régimen de la libre competencia y la oferta de servicios, en ese sentido existen centros privados que lo ofertan.

Online Resolution.  
Ciberarbitral Peruano.  
E – Global ADR Tribunal.

En provincias de España, como Murcia y Valencia se han instaurado centros virtuales, como por ejemplo en las oficinas de defensa del consumidor, para que la atención a los reclamos y las soluciones sean más eficientes.

“cyber-arbitros”

Problemas de ejecución. Buena fe.

Gracias.