

Iver von Borries | Javier Romero Mendizábal

COORDINADORES

ASPECTOS
RELEVANTES DEL

ARBITRAJE EN BOLIVIA

CONFORME A LA LEY NO. 708

Horacio Andaluz Vegacenteno
Martín Añez Rea
Daniel Galdo Asbún

Ronald Brian Martin Alarcón
Santiago Nishizawa Takano
Alex Parada Mendía

Javier Romero Mendizábal
Cayo Salinas Rodríguez
Iver von Borries Antezana

ASPECTOS RELEVANTES DEL ARBITRAJE EN BOLIVIA CONFORME A LA LEY NO. 708

Horacio Andaluz Vegacenteno

Martín Añez Rea

Daniel Galdo Asbún

Ronald Brian Martin Alarcón

Santiago Nishizawa Takano

Alex Parada Medía

Javier Romero Mendizábal

Cayo Salinas Rodríguez

Iver von Borries Antezana

Con el apoyo de:



Coordinadores: Iver von Borries – Javier Romero Mendizábal

Diagramación: Gabriela Fajardo

Colaborador: Ivo Portugal Cuomo

© Derechos de Autor

“ASPECTOS RELEVANTES DEL ARBITRAJE EN BOLIVIA CONFORME A LA LEY NO. 708”

*Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio sin citar la fuente.

**Los artículos publicados expresan la opinión de los autores.

Santa Cruz, Bolivia

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO	
INTRODUCCIÓN.....	
CONSTITUCIÓN Y ARBITRAJE DE INVERSIONES.....	1
Horacio Andaluz Vegacenteno	
LA LEY APLICABLE EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL	23
Martín Añez Rea	
SOBRE LAS EXCEPCIONES EN LA EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES QUE CONDENAN AL PAGO DE SUMAS DE DINERO	48
Daniel Galdo Asbún	
TRILOGÍA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE.....	59
Ronald Brian Martin Alarcón	
ARBITRAJE Y DERECHO SOCIETARIO EN BOLIVIA	79
Santiago Nishizawa Takano	
LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL	126
Alex Parada Mendía	
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: UNA NATURALEZA JURÍDICA OCULTA, ¿ÓBICE PARA EL ARBITRAJE?	149
Javier Romero Mendizábal	
EL ARBITRAJE EN EL CONTRATO DE SEGURO	178
Cayo Salinas Rodríguez	

CUESTIONES LEGALES SOBRE CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON LA EXPLOTACIÓN E
INDUSTRIALIZACIÓN DE LITIO EN BOLIVIA215

Iver von Borries Antezana

PRÓLOGO

Constituye para mí un alto honor académico presentar esta obra que lleva como título “Aspectos Relevantes del Arbitraje en Bolivia conforme a la Ley No. 708”. Se trata de un material de imprescindible lectura para acceder a un panorama claro del estado actual del arbitraje en Bolivia, pues este libro lidia en breves pero a la vez bien completas monografías con las diversas aristas de la problemática, tanto de índole procesal como sustantiva, y en esto último abarcando una variedad de temas que van desde el derecho comercial hasta el derecho administrativo e incluso constitucional.

De hecho, ya en la primera monografía sobre “Constitución y Arbitraje de Inversiones”, el profesor Andaluz Vegacenteno brinda un amplio pantallazo sobre el régimen constitucional boliviano y su incidencia en la litigación en materia de inversiones foráneas. Lo hace en atención a la peculiar regulación incluida en la Carta Magna del país y sus alusiones al foro de los eventuales arbitramentos e incluso a la veda al proceso de reclamaciones diplomáticas, popularizadas en su momento en tierras latinoamericanas a partir de la enorme incidencia ejercida por la prédica –en las postrimerías del siglo XIX– del legendario internacionalista argentino Carlos Calvo.

A su vez, en su contribución sobre “La ley Aplicable en el Arbitraje Internacional”, el profesor Martín Añez Rea –por lo demás con amplia experiencia práctica en el derecho de los negocios internacionales y el arbitraje– realiza un probo abordaje de un problema no pocas veces desdeñado y paradójicamente de tremenda importancia para la resolución de los litigios arbitrales, por su potencial incidencia en la suerte de los mismos. Quien quiera referencias sobre

el derecho aplicable tanto a la cláusula arbitral como al fondo del litigio en atención al contenido de la regulación legal boliviana –con sus particularidades– encontrará en esta monografía una concisa y a la vez clara exposición de la problemática.

Sigue después la bien lograda contribución del profesor –y abogado practicante– Daniel Galdo Asbún “Sobre las Excepciones en la Ejecución de Laudos Arbitrales que Condenan al Pago de Sumas de Dinero”. La ley arbitral boliviana plantea interrogantes en su interacción con la regulación procesal civil, y esta monografía trae luz sobre cómo lidiar con ellas, en un aporte de valía para quienes quieran encontrar claridad sobre el delicado tema.

Con amplio conocimiento y dilatada praxis en derecho empresarial y litigación arbitral, el profesor, abogado y árbitro Martín Alarcón brinda un inestimable aporte intitulado “Trilogía de las Medidas Cautelares en el Arbitraje”. Se abordan en esta monografía las medidas precautorias en sede judicial y arbitral, tratándose además el aún novedoso tema de los árbitros de emergencia, de utilización aún no extendida en la práctica del arbitraje en Latinoamérica. Nuevamente, al igual que en otras contribuciones del libro, el lector hallará en este artículo una guía precisa –en este caso para el tratamiento del siempre delicado tema de las medidas cautelares–, que en el derecho comparado no siempre encuentra una armónica relación entre el poder jurisdiccional y los árbitros.

Desde una óptica académica y también de abogado con una importante práctica relacionada a los temas del título de su monografía, en el trabajo sobre “Derecho Societario y Arbitraje en Bolivia”, Santiago Nishizawa nos recuerda el influjo de la legislación foral española y la antigua regulación mercantil boliviana por las cuales el arbitraje se erigía en el único medio a

través del cual podían ser resueltas las contiendas en cuestiones societarias. Si bien las regulaciones a partir de los años setenta del siglo pasado –tanto en materia de derecho comercial como puntualmente de arbitraje– trajeron cambios importantes, esta excelente contribución explica por qué y dentro de qué límites la vía arbitral sigue erigiéndose en un medio eficaz para la resolución de contiendas en este ámbito, dando explicaciones de lectura altamente recomendada.

En su artículo llamado “La Ejecución del Laudo Arbitral”, el profesor Alex Parada Mendiá aborda de manera completa y eficaz este tema que viene ocasionando no pocos dolores de cabeza en varias jurisdicciones latinoamericanas, ante la interacción existente entre la normativa arbitral y la contenida en la legislación procesal civil, que plantea –en el caso boliviano– distintas cuestiones relativas a la competencia, a las ejecuciones según sean dinerarias o no, y al proceso ordinario que pueda seguir luego de la ejecución del laudo. No porque sean difíciles el autor rehúye –sino al contrario, encara valientemente– el tratamiento de las diversas vicisitudes que se plantean en el ámbito de la problemática tratada en la monografía.

Javier Romero, desde su experiencia tanto en la abogacía como en su perspectiva de árbitro, a su vez, escribe una excelente monografía –sobre un tema que bien conoce debido a su trayectoria profesional– intitulada “Contratos Administrativos: Una Naturaleza Jurídica Oculta, ¿Óbice para el Arbitraje? El artículo no rehúye brindar un panorama histórico y actual del atrapante tema de los contratos administrativos y sus peculiaridades en el derecho boliviano, para pasar a abordar luego su singular relación con el arbitraje. Se trata, a no dudarlo, de un aporte de singular

valía en un tema de suma actualidad por las vicisitudes que vino teniendo en la regulación y praxis boliviana, aproximadas con gran solvencia por el autor.

El profesor Cayo Salinas, por su parte, se ocupa del tema que bien conoce “Arbitraje en el Contrato de Seguro”. Ya la ley boliviana relativa a entidades aseguradoras, de fines de los años setenta del siglo pasado, comprendía en su regulación la figura del arbitraje. Y está bien lograda monografía describe su relación con el contrato de seguro y sus particularidades. El lector podrá encontrar una sobria y completa exposición sobre la relación entre sendas figuras, hijas de la autonomía de la voluntad, a saber: el contrato de seguros y el arbitraje.

Por último –pero para nada menos importante–, el profesor y abogado de gran prestigio internacional Iver von Borries escribe sobre un tema de vanguardia como lo es el relativo a la solución de controversias, y particularmente el arbitraje, en materia de explotación de litio en Bolivia. La migración de la matriz de energías fósiles hacia otras “limpias”, como la eléctrica, produce un tremendo impacto –a profundizarse en los años venideros– en materia automotriz, al generar una alta demanda de insumos como, particularmente en este caso, el litio requerido para la fabricación de baterías, recurso natural de enorme potencial en Bolivia en cuanto a su explotación. Las controversias que pueden suscitarse a este respecto, y particularmente el arbitraje, son analizadas desde la óptica de un profundo conocedor de la realidad jurídica boliviana como lo es el profesor von Borries, un académico que tiene, además, una relevante práctica en la abogacía relacionada con inversiones foráneas en su país.

En suma: estamos ante un libro valioso, tanto para abogados practicantes y árbitros en Bolivia como para quienes quieran, desde allende sus fronteras, adentrarse en temas centrales

que atañen al funcionamiento del arbitraje en el contexto normativo de dicho bello país. Este material es un obsequio de sus autores para quienes tengan la fortuna de topetarse con él y disfrutar –auguro que con sumo provecho– de su lectura.

José Antonio Moreno Rodríguez

INTRODUCCIÓN

A menudo, los abogados nos preguntamos cómo podemos aportar de forma significativa a las nuevas generaciones de juristas, sobre todo si dicho aporte tiene que ver con fomentar la cultura de paz y cumplir la máxima de la justicia, de "dar a cada uno lo que le corresponde".

Si bien el ejercicio diario de nuestra noble profesión se efectúa persiguiendo ante todo la excelencia (algo que quedaría vacío sin los basamentos éticos imprescindibles), no es menos cierto que, además de la constancia creadora de perdurables, existe una diversidad de ámbitos para cumplir con la sociedad. En una palabra: servir.

Y es precisamente esta inquietud, compartida por ambos suscribientes, la que llevó a pensar en un camino adicional para atender el encargo que se nos demanda, primero como ciudadanos, luego como profesionales.

En este sentido, surgió la idea de trabajar coordinando la creación de un libro absolutamente gratuito y de acceso digital (para facilitar su difusión), pero sin que ello represente afectar un ápice la calidad de la que son merecedores los lectores de esta obra, en especial, los estudiosos del Derecho.

Nos sentimos profundamente honrados por el grupo de autores que participan de este proyecto, todos ellos son líderes y especialistas en sus respectivas áreas, dispuestos a tomar como eje temático común el arbitraje, disciplina que ejercen con maestría, algo que también nos ha motivado positivamente a procurar estar a la altura en los aportes individuales.

Con humildad y también satisfacción, es que presentamos el libro titulado "Aspectos Relevantes del Arbitraje en Bolivia conforme a la Ley No. 708", a fin de que este esfuerzo conjunto

sirva genuinamente a todas aquellas mentes que se van formando en tan apasionante materia, que no persigue otra cosa que resolver –alternativamente a la jurisdicción ordinaria– las controversias comerciales de forma eficaz y eficiente, alejada de la burocracia y otras falencias de las que hoy adolece el Órgano Judicial de nuestro país.

Nuestro agradecimiento, seguramente insuficiente, para todos quienes han posibilitado la materialización del objetivo académico y literario de dos colegas, compañeros de ruta y, ante todo, amigos.

Iver von Borries Antezana

Javier Romero Mendizábal

CONSTITUCIÓN Y ARBITRAJE DE INVERSIONES*

*Horacio Andaluz Vegacenteno**

SUMARIO: I. Introducción. II. Sometimiento a la jurisdicción boliviana: su lectura jurídica interpretación del artículo 320.II). III. Prohibición de arbitraje internacional: su lectura jurídica (interpretación del artículo 366). IV. Prohibición de reclamaciones diplomáticas: sus efectos.

I. Introducción.

1. Se acaba de promulgar la Ley 708 (Ley de Conciliación y Arbitraje, de 25 de junio de 2015). La Ley dedica sus artículos 127 a 133 a regular el arbitraje de inversiones, definiéndolo por su carácter nacional. Reglar que “serán nacionales” (artículo 129.1) y tendrán por “sede” Bolivia (artículo 129.2) es decir dos veces lo mismo. Ya la Ley dijo que es nacional el arbitraje de sede boliviana (artículo 54.I) y, a contrario, que es extranjero un laudo dictado en otra sede (artículo 120). Ergo, en el lenguaje de la Ley nacionalidad y sede son sinónimos. Por tanto, decir que un arbitraje nacional tendrá por sede Bolivia es redundar. Para llegar a que el derecho boliviano condiciona la validez del arbitraje de inversiones bastaba con referirse a su sede: “un concepto puramente legal” (Corte de Apelaciones de París, asunto *Société Procédés de*

* Publicado originalmente en Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones (VIII-3, 2015, Madrid).

* 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). Autor de 6 libros y 26 artículos académicos publicados y reproducidos en Bolivia, Chile, España, México, Colombia, Perú y Uruguay, sobre teoría del derecho, derecho constitucional, historia constitucional, derecho internacional y arbitraje. Miembro asociado de la Cámara de Comercio Internacional (CCI-París), del Instituto Iberoamericano de Derecho y antiguo miembro del Consejo Editorial de la Revista Boliviana de Derecho. Árbitro de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC); de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Cámara Nacional de Comercio (Bolivia); de la Cámara Boliviana de Hidrocarburos y Energía; y, de la Cámara de Industria, Comercio y Turismo de Santa Cruz (CAINCO).

Préfabrication pour le Béton v. Libye, 1998)¹, que vincula al laudo con el sistema jurídico nacional que gobierna su validez. Puesta a un lado la reduplicación enfática de su texto, en esta materia la Ley sigue a la Constitución y nada más, que al transferir al Poder Legislativo su poder de producción jurídica, lo hizo condicionando la validez de sus resultados a los límites de sus artículos 320.II2 y 3663.

2. Lo que sigue es un juicio sobre la constitucionalidad de prohibir la elección de sede en el arbitraje de inversiones. En tal orden, debe primero atribuirse significado jurídico a los artículos 320.II y 366 de la Constitución. Una peculiaridad de la interpretación constitucional es que por todo fundamento tiene al mismo objeto materia de interpretación: la Constitución. A diferencia de lo que ocurre con las fuentes ordinarias del derecho, cuya interpretación debe hacerse en coherencia con las otras fuentes que les son pares y de acuerdo con el contenido de las fuentes que condicionan su validez, la Constitución es autosuficiente a tiempo de interpretarse. Queda excluido que pueda recurrirse a otra fuente para determinar su significado. Tal cosa supondría subvertir su carácter fundacional del sistema jurídico. Y es que si la Constitución es la norma suprema del ordenamiento, lo es porque condiciona la validez del resto de fuentes. Por tanto, si su significado jurídico se determinase según el derecho ordinario, éste, y no ella, sería la norma

¹ HILL, Richard (1999). «ON-LINE ARBITRATION: ISSUES AND SOLUTIONS». *Arbitration International*, Vol. 15. Oxford. Página 203.

² “Toda inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas, y nadie podrá invocar situación de excepción, ni apelar a reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable”.

³ “Todas las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado estarán sometidas a la soberanía del Estado, a la dependencia de las leyes y de las autoridades del Estado. No se reconocerá en ningún caso tribunal ni jurisdicción extranjera y no podrán invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional, ni recurrir a reclamaciones diplomáticas”.

suprema. En resumida coloquialidad: no puede interpretarse la Constitución según lo que diga el derecho ordinario. Aparejado a lo anterior, la argumentación, como expresión del razonamiento y construcción interpretativa, es también más compleja a nivel constitucional. Es una consecuencia natural de que haya menos insumos positivos para fundar el acto interpretativo que en el derecho ordinario. Sirva esto de justificativo de las páginas siguientes, que, a pesar de su extensión, solo explicitan la comprensión de un significado jurídico (y en esto lleva la razón Gadamer al sostener que comprender es siempre interpretar⁴).

3. Se prescinde aquí de un análisis de política legislativa. Simplemente porque ello exorbita los límites de un juicio positivo sobre la validez del derecho ordinario.

II. Sometimiento a la jurisdicción boliviana: su lectura jurídica (interpretación del artículo 320.II).

4. En lo aplicable directamente al arbitraje de inversiones, el artículo 320.II de la Constitución dice: “toda inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción (...) boliviana (...)”. Esta norma prohíbe menos de lo que su texto aparenta. Para determinar su significado jurídico, acordemos (1) que el arbitraje es un derecho, (2) que las limitaciones a los derechos deben interpretarse restrictivamente y (3) que la unidad jurisdiccional no es antinómica con el arbitraje.

5. El arbitraje es un derecho, y de fuente constitucional, porque deriva de la propiedad privada (artículo 56 de la Constitución). Deducir un derecho en la vía arbitral es en naturaleza jurídica un acto de disposición. Cuando la Constitución garantiza la propiedad, garantiza sus facultades, esto es, la posibilidad de usar, gozar y disponer de un derecho de contenido patrimonial, que es lo definitorio de su contenido esencial (STC 121/2012–AAC, 2 de mayo,

⁴ GADAMER, Hans-Georg (1977). VERDAD Y MÉTODO. Salamanca, Ed. Sígueme. Página 67.

párrafo III.4). Como siendo propietario se puede disponer de un derecho, al garantizar la propiedad se está garantizando también la libertad de contratación, como medio para ejercer dicho poder de disposición. Por tanto, derechos tales como vender, comprar o donar, que tienen todos su fuente en un contrato, enraízan en la Constitución, porque todos derivan del ejercicio de la libertad de disposición como facultad comprendida en la propiedad, instrumentalizada, en el caso de los ejemplos, a través de un acto jurídico. Y lo mismo ocurre con el arbitraje. Que se pacte someter a la decisión de un tercero una controversia de carácter patrimonial es tan sólo ejercer la libertad de disposición que corresponde a los titulares de los derechos envueltos en tal controversia; nada más. Por ello, habiendo propiedad, hay arbitraje.

6. Siendo el arbitraje un derecho, debe interpretárselo a favor de su ejercicio. La razón de Estado republicana es instituir un gobierno de poderes limitados para garantizar los derechos, porque solo la libertad política “hace posible la única forma de convivencia entre individuos digna de un ser humano”, y es la “condición previa de nuestra responsabilidad personal, de nuestra humanidad”⁵. Respecto de los derechos, la organización del poder es tan solo un instrumento, el medio que ha concebido la organización política para cumplir su finalidad garantista. Por tanto, el fundamento del Estado es la guarda de los derechos. Eso es lo que justifica su existencia como poder público. Nada de esto es ajeno a nuestra jurisprudencia constitucional, que ha dicho del Estado boliviano “que responde a un modelo de naturaleza eminentemente garantista, el cual se estructura bajo una premisa esencial: la eficacia máxima de los derechos fundamentales” (STC

⁵ POPPER, Karl R. (1995). LA RESPONSABILIDAD DE VIVIR. ESCRITOS SOBRE POLÍTICA, HISTORIA Y CONOCIMIENTO. Barcelona, Ed. Paidós. Páginas 147 y 236.

1112/2012–AAC, 6 de septiembre, párrafo III.2). Pues bien, si los derechos deben interpretarse a favor de su ejercicio, a contrario, sus limitaciones deben interpretarse restrictivamente. La fórmula política del Estado constitucional se positiva en una norma general que excluye de licitud la privación de conductas no prohibidas expresamente (artículo 14.IV de la Constitución). Y consecuencia de esta libertad general de actuación es que las limitaciones a los derechos deban interpretarse restrictivamente, porque para que lo prohibido se mantenga expreso debe rechazarse que argumentos *a simile* amplíen sus supuestos de hecho. Llegados a que (1) el arbitraje es un derecho y (2) sus limitaciones deben interpretarse restrictivamente, el artículo 320.II debe ser tomado en el sentido menos gravoso para su ejercicio.

7. Al decir que la “inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción (...) boliviana”, el artículo 320.II está diciendo que estará “sometida” a la “potestad de impartir justicia” (artículo 178.I de la Constitución) que corresponde a la “función judicial” (artículo 179.I). Hay, cuando menos, dos alternativas para entender este texto: (1) entender que la obligación de sometimiento a la jurisdicción boliviana queda cumplida solo si los méritos del caso son juzgados por los tribunales del país (i.e. en su jurisdicción ordinaria); o (2) entender que hay sometimiento a la jurisdicción boliviana siempre que el juzgamiento de méritos no exorbite la unidad que rige a la función judicial. Ambas alternativas conllevan regular un derecho: el derecho a arbitrar, nacido de la libertad de disposición. Para decidir si en la producción legislativa se ha violado un derecho, desde 2001 el Tribunal Constitucional ha adoptado la garantía del contenido esencial, como técnica para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador. En su aplicación, excluye de regulación el núcleo esencial de los derechos, que no

puede ser afectado para que no se “altere el derecho como tal” (STC 4/2001–RDI, 5 de enero, párrafo V.2). Al decir “el derecho como tal”, el Tribunal Constitucional tomaba partido por la teoría absoluta del contenido esencial, que sostiene que los derechos están definidos por una específica esfera permanente, que existe como una medida preestablecida, fija y determinable en forma abstracta, como lo ha hecho al definir los derechos a la propiedad (STC 121/2012–AAC, 2 de mayo, párrafo III.4), a una sentencia fundada (STC 2221/2012–AAC, 8 de noviembre, párrafo III.1) y al debido proceso (STC 284/2015–AAC, 2 de marzo, párrafo III.2).

8. Junto a la teoría absoluta, la garantía del contenido esencial tiene también una vertiente relativa, en la cual “el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación”⁶. Se trata del principio de proporcionalidad, un ejercicio conceptual de ponderación de intereses contrapuestos de reiterado uso en el derecho constitucional. Como técnica para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, la ponderación fue aplicada primero por la Corte Suprema de Estados Unidos. Ya en 1928 el juez Holmes había escrito, en su disidencia en el asunto *Panhandle Oil Co. v. Mississippi ex rel. Knox*, que “en los días de [Marshall] no estaba reconocido, como sí lo está hoy en día, que muchas de las distinciones del derecho son distinciones de grado”⁷. Pero su razonamiento recién influenciaría en la Corte en las décadas siguientes, entendiéndose que una intromisión en la esfera de un derecho era innecesaria si es que la misma no era la más benigna con el derecho en cuestión (o la menos gravosa), entre todas aquellas medidas conducentes al cumplimiento de un fin

⁶ ALEXY, Robert (2022). TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 3ra. Reimpresión. Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Página 288.

⁷ 277 U.S. 218, 223 (1928).

constitucionalmente válido, como fue aplicado en los asuntos *Home Building & Loan Association v. Blaisdel*⁸ (1934), sobre moratoria hipotecaria, *Schneider v. State*⁹ (1939), sobre libertad de expresión, y *Korematsu v. United States*¹⁰ (1944), sobre discriminación. En el derecho continental europeo, la aplicación pionera del principio de proporcionalidad la hizo el Tribunal Constitucional Federal alemán, recurriendo en 1958 a la ponderación en un asunto que involucraba la libertad de elegir una profesión y en el que razonó que “el legislador ten[ía] que elegir siempre la forma de intervención que limitase los menos posible”¹¹ una libertad constitucional. Nada de esto es ajeno a la jurisprudencia boliviana, que a la vez que se ha mantenido aferrada a la teoría absoluta del contenido esencial, también ha dado aplicación a su vertiente relativa, como lo ha hecho al declarar la inconstitucionalidad del delito de desacato, por tratarse de una intromisión “desproporcionada” en la libertad de expresión (STC 1250/2012–AIC, 20 de septiembre, párrafo III.3.1).

9. Que el Tribunal Constitucional se haya decantado, a la vez, por la garantía del contenido esencial (teoría absoluta) y por el principio de proporcionalidad (teoría relativa) es constitucionalmente válido, porque ambos son definiciones operativas del concepto jurídico de inviolabilidad de los derechos (artículo 13.I de la Constitución). Hasta acá el marco que debe usarse para el enjuiciamiento constitucional de las dos alternativas dadas. Enjuiciada la primera

⁸ 290 U.S. 398 (1934).

⁹ 308 U.S. 147 (1939).

¹⁰ 323 U.S. 214, 216 (1944).

¹¹ BVerfGE 7, 377, en SCHWABE, Jürgen – compilador (2009). JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN. Montevideo, Ed. Fundación Konrad Adenauer. Página 322.

según la teoría absoluta, entender que la obligación de sometimiento a la jurisdicción boliviana queda cumplida solo si los méritos del caso son juzgados por los tribunales del país (i.e. en su jurisdicción ordinaria) es inconstitucional, por su velada privación del derecho a arbitrar. Como el contenido esencial de este derecho consiste en la libertad de decidir si una controversia se somete a la jurisdicción ordinaria o al arbitraje, la primera alternativa supone vaciarlo de contenido, excluyendo de antemano la prerrogativa de someter una controversia a arbitramento allí donde la Constitución no la ha excluido expresamente. Enjuiciada según el principio de proporcionalidad, la primera alternativa es por igual violatoria del derecho a arbitrar. La causa ya no es el vaciamiento en sí mismo de su contenido esencial, sino la desproporción entre la medida adoptada para dar cumplimiento al artículo 320.II y el derecho a arbitrar. Como la medida que adopta la primera alternativa supone que el juzgamiento de méritos quede a cargo exclusivamente de la jurisdicción ordinaria, la decisión de someter una controversia a arbitramento estaría completamente excluida. Con esto, la primera alternativa se configura como una intromisión innecesaria en la libertad de disposición. Y ya que la “necesidad” de la intromisión en la esfera de un derecho es un concepto relacional, véase que la segunda alternativa es la más benigna con el derecho a arbitrar, haciendo de la primera la menos benigna o la más gravosa y, por tanto, inconstitucional.

10. La segunda alternativa entiende que hay sometimiento a la jurisdicción boliviana siempre que el juzgamiento de méritos no exorbite la unidad que rige a la función judicial. Hay unidad jurisdiccional cuando la justicia que emana del pueblo (artículo 178.I de la Constitución) sólo la ejerce el órgano por él delegado. Dice de su monopolio por parte del Estado y de su

encargo al Poder Judicial. Arraiga en la división de poderes. Viene de la prohibición de delegación de las competencias públicas (artículo 12.III). Está en la declaración de unicidad de la función judicial (artículo 179.I) y en la prohibición de tribunales de excepción (como organización, artículo 180.III; como derecho, artículo 120.I). El Poder Judicial está formado por una pluralidad de órganos independientes entre sí (jueces y tribunales). Forman una unidad si sus decisiones son revisables, directa o indirectamente, por un único órgano supremo. En los sistemas que vienen del *common law*, la unidad la dan sus cortes supremas. Aunque en los niveles inferiores la jurisdicción es especializada, la competencia de las cortes supremas no queda cercenada. El único alto tribunal son ellas. En los sistemas que evolucionaron de la Revolución Francesa, la unidad la dan sus tribunales constitucionales. Acá no hay diferencia con los sistemas del *common law*: mientras que en la tradición romano-germánica la defensa de la Constitución se encarga a un tribunal especializado, el mundo anglo-americano la confía a sus cortes supremas. En ambos casos la unidad de la jurisdicción viene de la unidad de la norma fundacional del sistema jurídico. Sólo puede venir de allí. Esa norma es la Constitución. Y la unidad jurisdiccional es la representación funcional de su defensa. No hay decisión judicial que no pueda ser enjuiciada por violaciones constitucionales: todas están sujetas al imperio de la Constitución. Y, por tanto, lo están a la competencia de su custodio: las decisiones de la jurisdicción ordinaria y de sus jurisdicciones especializadas, de la jurisdicción militar (artículo 180.III), de la jurisdicción agroambiental (artículo 186) y de la jurisdicción indígena originario campesina (artículo 190.II) son todas enjuiciables por el Tribunal Constitucional. Llegados acá, no hay antinomia entre la unidad jurisdiccional y el arbitraje, 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 del Tribunal Constitucional para su enjuiciamiento. Lo contrario sólo sería explicable si el arbitraje exorbitara el sistema constitucional. No siendo así, es simplemente insostenible. Por tanto, aplicado al arbitraje, la unidad jurisdiccional significa la competencia que tiene el Poder Judicial para enjuiciar la validez de las decisiones arbitrales. Y si resulta que el arbitraje de inversiones es de sede boliviana (artículos 129.1 y 129.2 de la Ley 708), el sistema jurídico que gobierna la validez del laudo es el nacional y la jurisdicción competente para decidir sobre su nulidad es también la boliviana. Por tanto, al entender que hay sometimiento a la jurisdicción boliviana siempre que el juzgamiento de méritos no exorbite la unidad que rige a la función judicial, la segunda alternativa asegura que “toda inversión extranjera est[é] sometida a la jurisdicción (...) boliviana” (artículo 320.II de la Constitución), porque está sometida a su “potestad de impartir justicia” (artículo 178.I de la Constitución), que corresponde a la “función judicial” (artículo 179.I) a través del recurso de nulidad del laudo.

11. Enjuiciada la segunda alternativa según la garantía del contenido esencial, esta vez el derecho a arbitrar no queda desprovisto de sustancia. Como la competencia de la jurisdicción boliviana para resolver el recurso de nulidad contra el laudo es consecuencia de la sede del arbitraje, para que el sometimiento a la jurisdicción boliviana quede asegurado, debe asegurarse que la sede sea Bolivia. Esto es lo que hace la Ley 708 (artículos 129.1 y 129.2). Al reglar que el arbitraje de inversiones será nacional (artículo 129.1) y tendrá por sede Bolivia (artículo 129.2) está reservando la competencia de resolver el recurso de nulidad contra el laudo al Poder Judicial boliviano. Con esto, hace dos cosas: (1) somete a la jurisdicción boliviana el enjuiciamiento de la

validez de las decisiones arbitrales; y (2) regula el derecho a arbitrar sin cercenarle su esencia. La decisión de someter una controversia patrimonial a arbitramento sigue en la esfera protegida de la libertad de disposición, siendo lícito decantarse por someterse a la jurisdicción ordinaria o al arbitraje. Lo único que se ha regulado, prohibiéndoselo, es la decisión sobre la sede del arbitraje. Esta decisión, con importante que es, es de naturaleza accesoria respecto al derecho a arbitrar. Mientras que decidir someter una controversia a arbitramento hace a la esencia de este derecho, la elección de la sede está en su periferia. Por tanto, es constitucionalmente válido que la decisión sobre la sede esté sometida a una regulación imperativa. Es así porque no importa privación del derecho a arbitrar, sino que lo presupone. Y si se somete la segunda alternativa a un juicio de proporcionalidad, el resultado también es su constitucionalidad. Esta vez el fundamento no viene de preservar el contenido esencial del derecho, sino de la proporcionalidad entre la medida de cumplimiento del artículo 320.II de la Constitución y la intromisión en la esfera de la libertad de disposición. Al reservar, a través de la sede, la competencia del recurso de nulidad a los tribunales bolivianos a cambio de prohibir la elección de una sede distinta a la nacional, la segunda alternativa se configura como una intromisión "necesaria" en la esfera de la libertad de disposición, porque es la más benigna para cumplir el fin constitucionalmente válido de sometimiento a la jurisdicción boliviana. A contrario: no hay manera menos invasiva del derecho a arbitrar que prohibir la elección de sede para dar cumplimiento al artículo 320.II. Por tanto, el significado jurídico de este artículo consiste en reservar para el Poder Judicial el enjuiciamiento en vía de nulidad de los laudos producidos en arbitrajes de inversiones. Así

determinado su significado, su texto prohíbe menos de lo que efectivamente norma. Hasta acá la interpretación del artículo 320.II.

III. Prohibición de arbitraje internacional: su lectura jurídica (interpretación del artículo 366).

12. Pasemos ahora al artículo 366 de la Constitución. Éste, en lo aplicable directamente al arbitraje de inversiones, dice: “las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado (...) no podrán invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional (...)”. Pasa acá lo mismo que con el artículo 320.II: la norma prohíbe menos de lo que aparenta su texto. Pero con una agravante: hay que liberar a la norma de la literalidad de su propio texto para que produzca algún efecto jurídico.

13. Por su ámbito de aplicación personal, el artículo 366 se dice aplicable a “todas las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado”. Acá está el problema. Si solo Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB) es (1) la “única [empresa] facultada para realizar las actividades de la cadena productiva de hidrocarburos y su comercialización” (artículo 361.I de la Constitución); y, (2) por consecuencia de tal calidad, es la única autorizada a “suscribir contratos (...) con empresas públicas, mixtas o privadas, bolivianas o extranjeras, para que dichas empresas, a su nombre y representación, realicen determinadas actividades de la cadena productiva” (artículo 362.I), es constitucionalmente imposible que una empresa extranjera participe en la cadena productiva hidrocarburífera “en nombre y representación del Estado” (artículo 366). A contrario: la única posibilidad para que participase sería que el Estado incumpla su propia Constitución y contrate directamente con ella, rehusando la participación obligatoria de YPFB. Hasta acá, la literalidad del

artículo 366 sustrae su aplicación a sus propios sujetos normativos. Por tanto, (1) gramaticalmente el artículo 366 no produce efecto alguno (i.e. no hay sujeto al cual aplicarla), y (2) produce, más bien, una antinomia con el artículo 361.I.

14. Ya para 1803 el juez Marshall había importado para la interpretación constitucional una regla tan antigua como que ya estaba inscrita en el Digesto de Justiniano (s. VI) y que manda que “en casos ambiguos, lo más conveniente es aceptar que la cosa de que se trata más bien sea válida a que perezca”¹², razonando por la Corte que “no puede presumirse que cláusula alguna de la Constitución esté pensada para no tener efecto” (Corte Suprema de Estados Unidos, asunto *Marbury v. Madison*, 1803)¹³. La corrección racional de esta regla la dota de la universalidad suficiente para aplicarla a cualquier fuente del derecho. Pero en el caso de la Constitución boliviana, su aplicación debe sortear primero su artículo 196.II.

15. El artículo 196.II es una cláusula de interpretación: “En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”. Las reglas de interpretación positivadas son meta normas (fuentes). Ellas, al reglar la reconstrucción interpretativa de las disposiciones jurídicas, están sujetando sus condiciones de validez al criterio de interpretación positivado por la regla. Y aunque por su ámbito de aplicación personal el artículo 196.II sólo vincula al Tribunal Constitucional, su cumplimiento es una exigencia de razonabilidad práctica, que dicta que al interpretar la

¹² “*Quoties in ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat quam pereat*” (Digesto, Ley 12, Tít. 5, Lib. 34).

¹³ 5 U.S. (1 Cranch) 137, 174 (1803).

Constitución se la interprete según los criterios que usará el Tribunal para juzgar la corrección de tal interpretación. La locución adverbial “con preferencia” es la que da al artículo 196. II su significado jurídico, más allá del mandato literal de preferir la “voluntad del constituyente” (interpretación histórica) y el “tenor literal del texto” (interpretación gramatical). No dice que preferirá un criterio al otro, sino que preferirá ambos: “con preferencia” uno “así como” el otro, que es lo mismo que “con preferencia” uno “y” el otro. La determinación de su significado jurídico es más compleja que la lectura de su texto. Si ambos criterios deben aplicarse “con preferencia”, otros criterios también pueden aplicarse, pero sin tal carácter preferente. Por el operador deóntico que contiene, “con preferencia” no es una prohibición, sino un permiso: autoriza a servirse de otros criterios, frente a los cuales tienen preferencia los mencionados en la cláusula. Por tanto, la cláusula de interpretación no confina a la aplicación de sus criterios, sino que obliga a justificar su inaplicación, cuando existan razones excluyentes¹⁴ para hacerlo (razones que justifiquen que, a pesar de inaplicarlos, no se está incumpliendo la Constitución). Hasta aquí se extiende su sentido normativo.

16. En este punto, hay dos razones para rehuir la interpretación gramatical del artículo 366. (1) Cuando el texto no conduce a ningún resultado, como es el caso acá, los límites naturales de la interpretación gramatical actúan como razones excluyentes de la obligación de aplicarla. Cada criterio de interpretación está limitado por las propias razones que lo justifican como tal y ninguno está libre de no conducir a ningún resultado, sucumbiendo por agotamiento interno.

¹⁴ El concepto de “razones excluyentes para la acción” es de Raz [RAZ, Joseph (2022). «PRACTICAL REASON AND NORMS», reimpresión. Nueva York, Oxford University Press. Páginas 35 y ss].

Cuando un criterio queda rendido por consunción, son sus propias limitaciones las que devuelven al intérprete la plenitud de su libertad hermenéutica, debiendo prescindir de él. Y esto es lo que ocurre acá, donde “el tenor literal del texto” sustrae la aplicación del artículo 366 a sus propios sujetos normativos. (2) Cuando el texto es antinómico con otras normas constitucionales, la unidad del sistema jurídico es también razón excluyente suficiente para no interpretarlo gramaticalmente. El sistema jurídico forma una unidad en la medida que la validez de la pluralidad de sus normas puede ser reconducida hacia una única norma mayor como fuente universal de validez. Para que un sistema jurídico forme una unidad, la norma que le provee validez debe también formar una unidad: lo que se traduce en que el seno de la Constitución no puede albergar antinomias (principio de unidad de la Constitución). Por tanto, una interpretación constitucional posible es aquella que se justifica en la unidad de la Constitución. A contrario: debe rechazarse aquella interpretación que quiebre la unidad del sistema, aún cuando fundada en el “tenor literal del texto”. Y tal es el caso acá, donde la literalidad del artículo 366 es antinómica con el artículo 361.I.

17. Basta con leer el artículo 366 según los artículos 361.I y 362.I para reconstruir interpretativamente su sujeto normativo. Si ya el primero dijo que YPFB es la “única [empresa] facultada para realizar las actividades de la cadena productiva de hidrocarburos y su comercialización”, y si ya el segundo la autorizó a “suscribir contratos (...) con empresas públicas, mixtas o privadas, bolivianas o extranjeras, para que dichas empresas, a su nombre y representación, realicen determinadas actividades de la cadena productiva”, al referirse a “las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en

nombre y representación del Estado”, el artículo 366 se está refiriendo a las empresas que lo hagan en nombre y representación de YPF, porque sólo YPF está facultado a participar en las actividades de la cadena productiva y a contratar a su nombre y representación los servicios de terceros para la ejecución de dichas actividades. Esta es una interpretación sistémica, fundada en la coherencia formal y material entre los artículos que pertenecen a una misma fuente (la Constitución) y que comparten el mismo contenido (hidrocarburos).

18. Agotada la elaboración a que obligaba la sustracción literal del sujeto normativo, toca determinar el significado jurídico de la prohibición de “invocar (...) arbitraje internacional”. Como la fórmula política del Estado constitucional se positiva en una norma general que excluye de licitud la privación de conductas no prohibidas expresamente (artículo 14.IV de la Constitución), si lo prohibido es el arbitraje internacional, a contrario, el arbitraje nacional está permitido. Pero esto es cambiar una imprecisión por otra: ya que el artículo 366 no define el carácter internacional del arbitraje, no puede excluirse de su definición a su antónimo. Lo que sí puede hacerse es leer el artículo 366 en conjunto con el artículo 320.II. La razón: ya que una “empresa extranjera” (artículo 366) es una “inversión extranjera” (artículo 320.II), hay entre ambas categorías una relación de identidad, donde “inversión extranjera” es el género y “empresa extranjera [de hidrocarburos]” la especie, por lo que es atendible al pensamiento jurídico que las reglas del género sean por igual aplicables a sus especies, salvo regla expresa en contrario.

19. Ya está visto que el significado jurídico del artículo 320.II consiste en reservar para el Poder Judicial la competencia de enjuiciar en vía de nulidad los laudos producidos en arbitrajes de inversiones. Ergo, el arbitraje excluido de la prohibición del artículo 366 será aquel que no

cumpla con dicha reserva. Y ya que la competencia para declarar la nulidad del laudo es consecuencia de la sede del arbitraje, solo se incumpliría con la reserva si es que la sede del arbitraje no fuera Bolivia. La razón: la sede es simplemente la vinculación del laudo con el sistema jurídico que gobierna su validez, de ahí que sean los tribunales de dicho sistema los competentes para juzgar su nulidad. Llegados acá, si leído según el artículo 320.II lo permitido por el artículo 366 es el arbitraje de sede boliviana, lo que su texto debió prohibir es el arbitraje extranjero: aquel gobernado por un sistema jurídico que no sea el nacional. Al prohibir el “arbitraje internacional”, su texto se contradijo a sí mismo: si está normando el arbitraje entre “empresas extranjeras” y YPFB (i.e. una empresa boliviana), se trata de un arbitraje con conexiones a otros sistemas jurídicos y, por tanto, convencionalmente calificado como internacional, ya sea por la nacionalidad o el domicilio de las partes, como sería el caso acá, o por la materia controvertida, el lugar de cumplimiento de las obligaciones o el lugar que guardase la relación más estrecha con el objeto de la controversia. Al prohibir el arbitraje internacional, el artículo 366 quiso significar que prohibía el arbitraje en sede extranjera. Este es el significado jurídico de su prohibición.

20. En consecuencia, la Ley 708, al reglar que el arbitraje de inversiones será nacional (artículo 129.1) y de sede boliviana (artículo 129.2), aunque redundante, no hizo más que normar la materia de acuerdo con la Constitución, que (1) reserva para la jurisdicción boliviana la decisión de nulidad de los laudos de inversiones (artículo 320.II) y (2) prohíbe que las inversiones foráneas en hidrocarburos se arbitren en sede extranjera (artículo 366). Por tanto, la obligación de arbitrar

con el Estado en su propia sede, si cuestionable, no lo es como decisión de política legislativa, sino como obligación de fuente constitucional.

IV. Prohibición de reclamaciones diplomáticas: sus efectos.

21. Es común a los artículos 320.II y 366 de la Constitución la prohibición de “reclamaciones diplomáticas” (cláusula Calvo). Al prohibirlas, la Constitución apunta a atajar una técnica de adjudicación propia del derecho internacional: la protección diplomática. Respecto de ésta, el arbitraje de inversiones es tan solo la respuesta de derecho positivo a su ineficacia connatural a su pertenencia a un orden de técnica de regulación descentralizada. Las reglas de competencia que autorizan a identificar el derecho válido, aplicarlo y modificarlo son descentralizadas en el derecho internacional, haciendo que el propio sujeto sea, a la vez, autoridad normativa de este sistema. Esto es lo que ocurre en la protección diplomática. Es el propio Estado perjudicado quien califica la ilicitud internacional de la acción de su par. Como tal, es una técnica de defensa de los derechos del propio Estado, reconduciéndose las violaciones al orden internacional dañosas para sus súbditos al “derecho que tiene a hacer respetar el derecho internacional en la persona de sus nacionales” (Corte Permanente de Justicia Internacional, asunto *The Mavrommatis Palestine Concessions, Grecia v. Turquía*, 1924)¹⁵. En la medida que es un derecho del Estado, su ejercicio queda librado a su discreción, pudiendo muy bien decidirse por no defender los derechos de sus súbditos (si esto, a su vez, le genera responsabilidad por dejar desprotegidos a sus nacionales es un asunto que depende de cada derecho interno). Pero, si se decide a defenderlos, (1) como “el vínculo de la nacionalidad entre el Estado y el individuo es el

¹⁵ *PCIJ*, Series A – No. 5, p. 12.

único que da al Estado el derecho de protección diplomática” (Corte Permanente de Justicia Internacional, asunto *Panevezys-Saldutiskis Railway, Estonia v. Lituania*, 1939)¹⁶, el inversionista afectado debe ser nacional del Estado que reclama; (2) en este sentido, si el inversionista es una sociedad comercial, “el derecho a ejercer la protección diplomática de una sociedad corresponde al Estado bajo cuyas leyes se ha constituido y en el que la misma tiene su sede” (Corte Internacional de Justicia, asunto *Barcelona Traction, Light and Power Company, Bélgica v. España*, 1970)¹⁷; (3) si el inversionista es un accionista de una sociedad comercial, la protección del Estado de su nacionalidad solo se ejerce a título excepcional: por un lado, si es que el hecho reclamado ha lesionado los derechos del accionista en cuanto tal, y, por otro lado, si es que la sociedad ha dejado de existir; (4) y, para todos los supuestos en general, el inversionista debe haber “sometido la esencia de la [reclamación] a las jurisdicciones competentes y haber perseverado, sin éxito, tan lejos como lo permitan las leyes y los procedimientos locales” (Corte Internacional de Justicia, asunto *Elettronica Sicula, Estados Unidos v. Italia*, 1989)¹⁸, lo que es igual a agotar infructuosamente todos los medios de defensa útiles o efectivos existentes en el ordenamiento del Estado sindicado de responsabilidad.

22. La prohibición de reclamaciones diplomáticas viene desde las reformas constitucionales de 1938 (artículo 18)¹⁹, pero sus efectos son, cuando menos, dudosos: (1) una

¹⁶ *PCIJ*, Series A/B – No. 76, p. 4.

¹⁷ *ICJ Reports* 1970, p. 3

¹⁸ *ICJ Reports* 1989, p. 15

¹⁹ “Los súbditos o empresas extranjeras están, en cuanto a la propiedad, en la misma condición de los bolivianos, sin que en ningún caso puedan invocar situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas, salvo caso de denegación de justicia”.

norma de derecho interno que trate de excluir el ejercicio de la protección diplomática con base en la renuncia previa del inversionista es vana respecto del derecho internacional general; (2) si la protección diplomática es un derecho del Estado, un inversionista no puede renunciar al ejercicio de un derecho que no es suyo; (3) aún si se asume que solo renuncia al derecho propio de reclamar ante su Estado, igual es una renuncia ineficaz, porque tal derecho lo otorga el sistema jurídico de su nacionalidad y solo ante dicho sistema puede ser renunciado; (4) y aún asumiendo que la renuncia fuese plenamente eficaz, la misma no alcanzaría a los hechos ilícitos del Estado en contra de la defensa del inversionista en su jurisdicción interna, como el supuesto de denegación de justicia, excluido de renuncia en las reformas de 1938, porque tal cosa supondría institucionalizar la tropelía como regla de convivencia, en disenso con la pretensión de corrección que distingue al derecho, y su “dimensión ideal necesaria que lo saca del ámbito de la pura contingencia”²⁰, de la fuerza bruta.

23. Como el derecho es un epifenómeno de la cultura, la política normativa es a la vez reactiva y proyectiva. Reactiva, porque responde a una necesidad normativa no satisfecha por el orden en vigor. Y proyectiva, porque al dar una respuesta a tal necesidad propone un estado de cosas normativamente deseable. Esto explica que la práctica vaya en dirección distinta a la protección diplomática, escapando de los riesgos de su ineficacia, por parte del inversionista, y evitando contaminar sus relaciones internacionales con una eventual controversia con un particular, por parte de los Estados, innovando su relacionamiento mutuo a través del arbitraje. Con independencia de su fuente positiva, el arbitraje de inversiones excluye el ejercicio inmediato

²⁰ ALEXY, Robert (1994). EL CONCEPTO Y LA VALIDEZ DEL DERECHO. Barcelona, Ed. Gedisa. Página 33.

de la protección diplomática por parte del Estado de la nacionalidad, al estar obligado el inversionista a recurrir previamente a la vía arbitral. Pero subsiste el ejercicio mediato de la protección diplomática, ya que en caso en que el Estado vencido no honre de buena fe el laudo dictado en su contra, el Estado de la nacionalidad puede reclamarle su incumplimiento. Tal es la hipótesis legislada en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio de Washington, 1965, artículo 27.1)²¹, denunciado por Bolivia²², que codifica la convicción de obligatoriedad que la práctica de la protección diplomática ha producido en el derecho internacional general. Que tal hipótesis haya sido codificada significa su preexistencia como norma de derecho internacional general. Por tanto, si bien no por la fuerza de un tratado, por la fuerza del derecho internacional consuetudinario los Estados por igual pueden reclamar por las violaciones al derecho internacional en las personas de sus inversionistas, cuando los medios previstos para zanjar sus controversias fracasen.

²¹ “Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo”.

²² De acuerdo a su artículo 71, la denuncia de Bolivia al Convenio de Washington tuvo efecto el 3 de noviembre de 2007

BIBLIOGRAFÍA.

- Alexy, Robert (1994). EL CONCEPTO Y LA VALIDEZ DEL DERECHO. Barcelona, Ed. Gedisa.
- Alexy, Robert (2022). TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 3ra. Reimpresión. Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gadamer, Hans-Georg (1977). VERDAD Y MÉTODO. Salamanca, Ed. Sígueme.
- Hill, Richard (1999). «ON-LINE ARBITRATION: ISSUES AND SOLUTIONS». Arbitration International, Vol. 15. Oxford.
- Popper, Karl R. (1995). LA RESPONSABILIDAD DE VIVIR. ESCRITOS SOBRE POLÍTICA, HISTORIA Y CONOCIMIENTO. Barcelona, Ed. Paidós.
- Raz, Joseph (2022). «PRACTICAL REASON AND NORMS», reimpresión. Nueva York, Oxford University Press.
- Schwabe, Jurgen – compilador (2009). JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN. Montevideo, Ed. Fundación Konrad Adenauer.

LA LEY APLICABLE EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

*Martín Añez Rea**

SUMARIO: I. Introducción. II. La cláusula de derecho aplicable. III. La cláusula de solución de controversias. IV. ¿Qué ley aplica al arbitraje? V. ¿Qué ocurre si las partes no han elegido la ley aplicable al arbitraje? VI. Normas de conflicto. VII. ¿Cómo se elige la ley aplicable a la cláusula arbitral? VIII. ¿Y cómo estamos en Bolivia? IX. Modelos de cláusulas de arbitraje internacional. X. Conclusiones y recomendaciones.

I. Introducción.

La elección de la ley aplicable en un contrato internacional es de fundamental importancia, dado que será la que regule el cumplimiento e interpretación de los derechos y obligaciones establecidos por las partes en el mismo.

Primeramente, para que las partes tengan la libertad contractual para realizar dicha elección, se tendrá que tener claro que el contrato es internacional y no así nacional; recurriendo para ello a las herramientas que nos proporciona el Derecho Internacional Privado, en cuanto a la determinación subjetiva y objetiva para dicha caracterización, respecto de la nacionalidad y

* Socio, Consultor Internacional y Árbitro en DRLAbogados. Fue Director de los Servicios Jurídicos en REPSOL. Cuenta con más de 20 años de experiencia en Contratación Internacional, Joint Ventures, Arbitraje Internacional Comercial y de Inversiones, adquisiciones y desinversiones (M&A), medioambiente y Compliance, proyectos integrados de infraestructura energética con inversión extranjera bajo ámbitos de Derecho Continental y Common Law. Profesor, disertante y autor en temas relacionados a la Contratación Internacional y Derecho Energético. Abogado por la Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra, UPSA (Bolivia). Máster en Derecho Económico por la Universidad de Chile (Santiago, Chile). ESADE Alumni, Diplomado en Business Management (Madrid, España), miembro de la IBA (International Bar Association), de la AIPN (Association of International Petroleum Negotiators), de la Asociación Española de Derecho de la Energía (AEDEN), árbitro de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), de la Asociación Europea de Arbitraje (AEA), del Club Español de Arbitraje (CEA), de la Corte de Arbitraje de Madrid (CAM) y de The Chartered Institute of Arbitrators (MCI Arb).

domicilio de las partes, así como el lugar de la prestación y el de la contraprestación, para corroborar si se produce una relación contractual transfronteriza o transnacional.

En la negociación de un contrato internacional es usual que paralelamente a la elección de la ley aplicable, se discuta también la manera de resolver cualquier conflicto que las partes pudieran tener, recurriendo normalmente a un proceso previo de negociación o incluso de mediación, para posteriormente, cuando los anteriores medios no hubieran funcionado, se recurra a arbitraje, para lo cual existen fórmulas de redacción de cláusulas arbitrales, muchas de ellas ofrecidas por los propios centros de arbitraje (ICC, LCIA, CEA, CAINCO, etc.).

El análisis que vamos a realizar tiene su base cuando las partes no han acordado la ley aplicable al arbitraje; aunque parezca algo implícito o tácito al haberse elegido la ley aplicable al contrato, ciertamente puede acarrear mayores conflictos cuando las partes ya se encuentran enfrentadas y ha quedado atrás la "luna de miel" contractual, momento en el cual las partes muchas veces no anticipan que van a tener conflictos, pues estas cláusulas de ley aplicable y de solución de controversias son relegadas hasta el final y usualmente se negocian bajo un aparente equilibrio o afán de neutralidad, que muchas veces pueden afectar la eficacia del procedimiento arbitral o del laudo.

II. La cláusula de derecho aplicable.

En la negociación de un contrato internacional, uno de los asuntos principales al que se enfrenta un abogado es ponerse de acuerdo con la otra u otras partes en cuanto a la elección del derecho aplicable. Dependiendo de la naturaleza del contrato, su objeto y de sus características, puede ser una negociación muy sencilla o puede tornarse compleja, para lo cual las partes

tendrían que abstraerse de sus propias posiciones y, más bien, adoptar una perspectiva que les permita discernir de tal manera que, con dicha elección, se favorezca la realización del negocio que les está llevando a acordar los términos y condiciones que formarán parte de dicho contrato internacional.

Es así que las partes pueden adoptar libremente la aplicación de leyes de jurisdicciones que les proporcionen la certidumbre de que lo que hayan establecido en el contrato se va a respetar y cumplir, y por tal motivo podrán escoger, por ejemplo, las leyes del Estado de Nueva York o las de Inglaterra y Gales; que no es que por su sofisticación y amplia jurisprudencia otorguen la seguridad que las partes estén buscando, sino esencialmente porque las mismas reconocen rigurosamente que lo pactado entre las partes es lo que va a prevalecer en cualquier caso; con las limitaciones obvias de no infringir los límites del orden público.

Mención aparte merece lo que la legislación peruana permite a las partes al respecto, pues incluso en los contratos que no sean calificados como internacionales, es decir, en los nacionales, pueden acordar que la ley aplicable sea la de un país distinto al Perú; dándole así la máxima prevalencia a la autonomía de la voluntad de las partes (ver los Artículos 2095 y 2096 del Código Civil del Perú), frente a otras legislaciones de la región.

Es en ese ejercicio de libertad y autonomía contractual, que –por ejemplo– lo podemos ver reconocido en el Artículo 454 del Código Civil boliviano, es que las partes van a escoger el Derecho que les será aplicable a su relación jurídica contractual; lo cual no está exento muchas veces que los abogados de las partes procuren inclinar la elección hacia la legislación que

los mismos conozcan o incluso por el sistema que les es más familiar, ya sea *Common Law* o *Civil Law*.

III. La cláusula de solución de controversias.

En esas negociaciones de "*midnight clauses*"²³ también se encuentra la manera como las partes desean solucionar las controversias que se presenten durante su relación contractual, e incluso podrían pactar que las disputas que puedan surgir extracontractualmente, pero que estén relacionadas de alguna manera con el contrato, puedan resolverse de la forma como se haya establecido en esa cláusula.

Dentro de esa negociación puede haber desde una redacción muy simple, directa y adoptada de alguno de los modelos existentes que ofrecen los centros de arbitraje y que fácilmente se pueden encontrar en Internet, donde básicamente el contenido se refiere a las reglas que se aplicarán, la forma de elegir uno o tres árbitros, el idioma del procedimiento y la sede; hasta redacciones complejas que usualmente derivan en cláusulas patológicas que posteriormente suelen acarrear problemas de interpretación o de aplicación una vez se produce una controversia entre las partes.

En otras palabras, la negociación de una cláusula de arbitraje es muy relevante, pues puede pecar por exceso o por defecto, por lo que es recomendable que basándose en el texto que sugiera algún centro de arbitraje, se innove sólo lo absolutamente necesario, para evitar crear, como decimos, cláusulas patológicas que puedan dificultar la validez y eficacia tanto del procedimiento

²³ Blackaby, Nigel; Partasides, Constantine; Redfern, Alan y Hunter, Martin (2015). «REDFERN AND HUNTER ON INTERNATIONAL ARBITRATION», 6ta. Edición. Oxford, Ed. OUP. Párrafo 2.04.

arbitral, como la ejecución del laudo resultante del mismo. Es decir, en cualquier caso, nuestro consejo es innovar lo mínimo y resguardando el contenido básico de este tipo de cláusulas; aunque el tema que traemos a colación necesariamente implica un ejercicio de innovación.

Cabe mencionar que es también común que las partes decidan establecer un procedimiento "*multi-step*" o con pasos previos; acordando que antes de llegar a un arbitraje se deban cumplir una fase de negociación por las partes a alto nivel, un proceso de conciliación o mediación, el sometimiento de la controversia a un peritaje no-vinculante, o incluso todo lo anterior en diferentes etapas consecutivas.

Es conocido el proverbio "es mejor un mal arreglo, que un buen pleito", pero si las posiciones de las partes están muy distantes y todos los esfuerzos de negociación, incluyendo la participación de terceros facilitadores de un acuerdo, no da frutos, las partes se ven abocadas a recurrir al arbitraje; delegando así a la decisión de terceros la solución de las controversias que no han sido capaces de resolver o quizás no han querido hacerlo.

Dentro de las patologías, lamentablemente aun nos encontramos con redacciones de cláusulas compromisorias que ponen en duda la real intención de las partes de acudir al arbitraje como solución de sus controversias, pues incluyen que determinados juzgados son los competentes para conocer la disputa en caso de que alguna de las partes así lo decida o, más grave aún, que los tribunales judiciales son los llamados a conocer la apelación que sobre el laudo una de las partes requiera.

Asimismo, el establecer para qué tipo de disputas se recurre a arbitraje local y para cuáles otras a arbitraje internacional, o establecer parámetros económicos para ir a uno u otro tipo de

arbitraje, si bien es un ejercicio de la libertad contractual y creatividad que tienen las partes, puede poner en riesgo la eficacia del arbitraje; pues esas cuestiones previas, en el contexto de una relación comercial deteriorada y con posiciones atrincheradas de las partes, para nada favorecen a la solución del conflicto, mas todo lo contrario.

IV. ¿Qué ley aplica al arbitraje?

Primeramente, debemos distinguir tres cuestiones que están intrínsecamente relacionadas con el desarrollo del procedimiento arbitral²⁴; (i) las reglas del procedimiento, (ii) la sede del arbitraje y (iii) la ley aplicable al arbitraje en sí.

Las reglas del procedimiento arbitral básicamente serán las que decidan las partes, incluso si son ad-hoc, pero depende de la voluntad de las mismas y usualmente se recoge en la propia cláusula arbitral. Independientemente del centro de arbitraje que las partes elijan para someterse a sus reglas, se recomienda que en cualquier caso se señale expresamente, para que de esta manera no existan dudas en cuanto a las reglas que se aplicarán en virtud del deseo manifestado por las partes.

La sede del arbitraje es también uno de los elementos esenciales de la cláusula arbitral, debe definirse claramente, pues la legislación de ese Estado, así como las autoridades judiciales de ese país o incluso de la ciudad que las partes escojan serán las que presten auxilio judicial en caso de requerirse (por ejemplo, para la aplicación de medidas cautelares), así como el soporte

²⁴ Born, Gary (2014). «THE LAW GOVERNING INTERNATIONAL ARBITRATION AGREEMENTS: AN INTERNATIONAL PERSPECTIVE». Singapur, Singapore Academy of Law Journal, número 26. Página 563.

jurídico subyacente al procedimiento arbitral y al conocimiento de los recursos de nulidad del laudo que las partes puedan interponer.

En cuanto a la ley aplicable al arbitraje, se puede pensar a priori que es o debería ser la misma ley elegida por las partes para regir su relación contractual, pero ello puede no ser tan lógico si es que de esa manera se afecta la validez de la cláusula arbitral, a la cual recordemos que a su vez le es aplicable el principio de separabilidad²⁵³ del contrato donde se encuentre incluida.

Es decir, no podemos automáticamente hacer un vínculo estricto entre la ley aplicable al contrato y la ley aplicable al arbitraje; hacerlo implicaría una deducción tácita o presumir que las partes así han querido establecerlo, cuando lo que siempre se debe respetar es la voluntad libremente expresada por las partes en la negociación y en lo finalmente pactado en el contrato, así como en la cláusula de solución de controversias.

Si las partes no han querido señalar de manera expresa y meridiana cual es la ley aplicable al arbitraje, creemos que no cabe hacer interpretaciones sobre lo que han querido decir, aunque la cláusula de arbitraje sea autónoma y separable en sí misma. En otras palabras, si las partes hubieran previsto que la ley aplicable al contrato sea igualmente la ley aplicable al arbitraje, así lo podrían haber señalado, ya sea en el mismo texto de la cláusula arbitral o incluso como una extensión de la cláusula de ley aplicable.

²⁵ García Urbano, Javier (2020). «LEY APLICABLE A LA CLÁUSULA ARBITRAL ANTE AUSENCIA DE ELECCIÓN EXPRESA POR LAS PARTES: NORMAS DE CONFLICTO INSATISFACTORIAS Y UNA POSIBLE SOLUCIÓN». Madrid. Trabajo Fin de Grado. Universidad Carlos III de Madrid. Página 2.

V. ¿Qué ocurre si las partes no han elegido la ley aplicable al arbitraje?

Nos encontramos entonces ante un asunto de compleja determinación, más aún si el arbitraje ya se ha iniciado, y que si bien se puede resolver rápidamente en la negociación de los *Terms of Reference*, una vez constituido el Tribunal, si las partes se ponen de acuerdo por supuesto, ya sea, por ejemplo, aceptando que la ley aplicable al contrato o la ley de la sede, sea la misma aplicable al arbitraje; creemos que no resultaría extraño ni ilógico que una de ellas no esté conforme con dicha determinación y proponga que una ley distinta sea la aplicable o, de lo contrario, podría acudir a los jueces competentes de la sede o al Tribunal arbitral ya constituido, para que sean ellos los que diluciden tal cuestión, como paso previo al inicio mismo del procedimiento.

Ya sea bajo la competencia de la autoridad judicial que conozca esta discrepancia inicial y fundamental, o bajo el principio de *kompetenz-kompetenz*²⁶⁴ que normalmente se atribuye el Tribunal arbitral, la pregunta que hay que hacerse es ¿cómo se va a decidir qué ley es la aplicable al arbitraje? y, más relevante aún, ¿la definición del juez o del Tribunal estaría contraviniendo la voluntad de las partes?

Con la inclusión en un contrato de una cláusula de arbitraje, está claro que las partes han decidido que sea ese, y no otro, el medio de solución de controversias que se emplee para dirimir sus diferencias, por tanto, esa es la primera cuestión esencial que hay que tener en cuenta y respetar la voluntad de las partes. A partir de ello es que consideramos que se pueden estudiar

²⁶ Virgós, Miguel (2006). «EL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL», Madrid, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, número 14. Página 14.

las posibles soluciones ante este desafío que, si bien se puede presentar a la autoridad judicial o tribunal arbitral, con las limitaciones que su legislación le condicione, el presente análisis se encuentra más particularmente enfocado a lo que los mismos podrían decidir al respecto.

VI. Normas de conflicto.

Es así como recurrimos a los remedios que nos ofrece el Derecho Internacional Privado para este tipo de situaciones, que habitualmente se presentan cuando las partes no han elegido la ley aplicable a su relación contractual; por lo que sería una extensión o una adaptación de tales mecanismos de dilucidación, llevados ahora a definir la aplicación de una legislación determinada al convenio arbitral que, si bien forma parte de un contrato, le es aplicable el principio de separabilidad o autonomía, así como el principio de validez del propio pacto arbitral.

No se trata de suplantar la libre voluntad de las partes, hacer interpretaciones alejadas de su deseo o ir más allá incluso de lo que las mismas hubieran decidido acordar, sino se trata de complementar su acuerdo, partiendo de la base que su voluntad es dirimir sus conflictos a través del arbitraje y, por ende, asegurar que ello se cumpla, con la determinación de una ley aplicable al mismo que garantice la eficacia del procedimiento y la ejecución del laudo que se dicte posteriormente.

Es decir, partiendo de que las partes han delegado la decisión sobre sus diferencias a un Tribunal arbitral, el mismo, en el ejercicio de sus competencias, puede definir la ley aplicable al arbitraje, la cual puede coincidir con la ley aplicable al contrato, con la ley de la sede del

procedimiento, con la ley del Estado que presente los vínculos más estrechos²⁷ con la cláusula arbitral, o, incluso, con ninguna de las anteriores.

VII. ¿Cómo se elige la ley aplicable a la cláusula arbitral?

El desafío que subyace en la pregunta ya se ha presentado en *landmark cases* como Sulamérica vs. Enesa de 2012, o más recientemente en Kabab–Ji SAL vs. Kout Food Group de 2020, ambos dirimidos ante la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales²⁸. También se han presentado casos muy relevantes para la doctrina, como BCY vs. BCZ de 2016, conocido por la Corte Suprema de Singapur, o el laudo final en el caso ICC 11869 de 2011.

A continuación, nos referiremos a los casos anteriormente señalados, de manera cronológica, para ver de qué forma se resolvieron la situación que nos ocupa.

1. Caso ICC 11869 de 2011

Este caso se refiere a una compraventa de bienes entre un vendedor australiano y un comprador de nacionalidad desconocida, que pactaron como ley aplicable al contrato la inglesa y la sede del arbitraje en Viena, Austria; con árbitro único y bajo las Reglas de la ICC. Las partes no establecieron expresamente una ley aplicable al arbitraje.

El árbitro estableció que tenía competencia, pues la ley aplicable inglesa establecida para el contrato, así lo reconocía; a la vez que los Artículos 4.5 y 4.6 de los Principios UNIDROIT también respaldaban su decisión. Es decir, el árbitro se basó en que la ley elegida por las partes para regir

²⁷ Carrascosa González, J. LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES. Madrid. El Reglamento Roma I, Colex, 2009. Páginas 102–104.

²⁸ García Urbano, Javier (2020). «LEY APLICABLE A LA CLÁUSULA ARBITRAL (...)» op. Cit. Página 19.

su relación contractual era la que a su vez permitía dar validez al pacto arbitral y, por ende, decidir sobre su propia competencia²⁹.

Su razonamiento implicó deducir de manera extensiva, que la decisión de las partes sobre la ley aplicable al contrato tácitamente también le resultaba aplicable a la cláusula de solución de controversias acordada por las partes, aun cuando podría criticársele que con ello obviaba la separabilidad de dicha cláusula del propio contrato que la contiene, pero al mismo tiempo utilizaba esa interpretación para darle validez a la cláusula compromisoria.

2. Sulamérica vs. Enesa de 2012

Este caso se refiere a una aseguradora y una compañía de ingeniería, ambas brasileñas, y se basa en dos pólizas de seguro sobre la construcción de una planta hidroeléctrica en Brasil. Dichas pólizas que se suscribieron por adhesión, como suele ser usual en los aseguramientos, las cuales contenían tres cláusulas para la resolución de disputas: (i) ante los juzgados de Brasil, (ii) mediación bajo ley brasileña y (iii) cláusula arbitral con sede en Londres. Cabe señalar que la cláusula compromisoria no incluía la elección de ley aplicable de manera expresa.

Bajo la legislación brasileña se tienen que cumplir ciertos requisitos para la validez del pacto arbitral, al contenerse el mismo en un acuerdo de adhesión y que esencialmente consiste en que la demandada diera su consentimiento escrito para iniciar el arbitraje. Es por tal motivo y ante la invalidez de la cláusula arbitral si es sometida a legislación de Brasil, que el tema llega hasta la Corte de Apelaciones de Inglaterra, a quien se le pide que defina la validez de la cláusula arbitral y, como era de esperarse, bajo la ley inglesa dicha cláusula es válida.

²⁹ Ibidem. Página 30.

Dicho Tribunal llevo adelante un método para determinar la ley aplicable al arbitraje, basándose en tres pasos: (i) elección expresa, (ii) elección implícita y (iii) conexión estrecha y realista. Es decir, los dos primeros respetarían la voluntad de las partes, de manera directa o indirecta, y la tercera es la que proporcionaría al tribunal mayor flexibilidad al momento de hacer el ejercicio de interpretación.

En la interpretación de la tácita expresión de voluntad de las partes la Corte consideró primeramente la ley del contrato subyacente, lo cual podría ser debatible, pero, en este caso tiene relevancia porque además de ser la ley elegida por las partes para regir su relación contractual, también se puede considerar que tanto las partes, como el lugar del objeto, están situados en Brasil, la relación contractual es en idioma portugués y la moneda utilizada es Reales; por lo que incluso nos atrevemos a señalar que se podría entender que se trataba de un contrato que no reunía las características para ser considerado como internacional, aunque de todos modos pudiera tener una cláusula de arbitraje internacional.

Por otro lado, y continuando con la interpretación de elección implícita de ley aplicable a la controversia, la Corte entendió que se debía considerar igualmente la sede elegida por las partes para resolver su disputa, siendo la misma Londres y, a su vez, siendo éste el único elemento internacional del contrato, es absolutamente respetable en cuanto a la decisión de las partes.

De esta forma y siendo que los dos pasos anteriores no brindaban validez al pacto arbitral o resultaba insuficiente para una clara determinación, la Corte llega al tercer paso, concluyendo que la conexión más cercana y real es con la ley inglesa, como sede del procedimiento, con

todo el apoyo y supervisión necesarios, así como cobertura de validez al pacto arbitral y al futuro laudo.

Esta decisión no deja de ser arbitraria a nuestro criterio, pues la Corte se podría haber ahorrado el método de tres pasos, aduciendo que lo que iba a primar en cualquier evento era darle validez a la cláusula compromisoria, dado que la ley brasileña no brinda esa cobertura, ante una ley inglesa que sí lo hace.

3. BCY vs. BCZ de 2016

Este caso fue conocido por la Corte Suprema de Singapur y se refiere a la existencia de un acuerdo arbitral en un contrato que no se llegó a firmar. Es decir, las partes estuvieron negociando un contrato de compraventa de acciones, llegando a producir siete borradores, pero el contrato finalmente no se firmó.

En los borradores se estableció que el contrato se regiría por las leyes de Nueva York y que la solución de controversias que inicialmente iban a ser ante los tribunales judiciales de Nueva York, luego, en sucesivos borradores, se acordó que fuera bajo la Reglas ICC y con sede en Singapur.

Los demandantes iniciaron una acción judicial por daños y perjuicios ocasionados por la frustración del negocio, la cual fue respondida por los demandados presentando una excepción de arbitraje, ya que consideraban que la cláusula compromisoria era independiente al contrato y que las partes habían pactado resolver sus controversias mediante arbitraje.

El árbitro nominado se declaró competente, por lo que los demandados presentaron ante la Corte Suprema de Singapur una solicitud para que se declare que el árbitro no tenía jurisdicción³⁰.

Los jueces consideraron que normalmente la validez y existencia de un pacto arbitral va de la mano de la validez y existencia del contrato que lo contiene. En otras palabras, la teoría de la separabilidad del pacto arbitral no llega al extremo de considerársele autónoma aun cuando no se haya perfeccionado un acuerdo sobre el contrato que le subyace y, que sería más raro aun que las partes acuerden una cláusula arbitral antes de concluir y firmar el acuerdo sobre el negocio que desean realizar.

Para ello los jueces realizaron un análisis de la ley aplicable al contrato y de la cláusula arbitral, concluyendo que usualmente las partes no pactan una ley específica aplicable al método de solución de disputas, o lo hacen muy rara vez. Asimismo, concluyeron que la ley aplicable al contrato no necesariamente debe ser la ley aplicable al arbitraje, que podría serlo también la ley de la sede donde las partes han convenido resolver la controversia.

Dicho lo anterior y considerando tanto la ley del contrato (Nueva York), como la ley de la sede (Singapur), los jueces resolvieron que el pacto arbitral no era vinculante, dado que las partes no habían alcanzado un compromiso arbitral de manera separada y antelada al contrato que, a su vez no, se había perfeccionado con la suscripción del mismo por las partes.

³⁰ Lee & Lee (2016). «THE SINGAPORE HIGH COURT CONSIDERS THE ISSUE OF WHETHER THERE IS A BINDING INDEPENDENT ARBITRATION AGREEMENT, WHEN PARTIES DISPUTE THE EXISTENCE OF THE UNDERLYING CONTRACT». Disponible en: www.leenlee.com.sg. Página 16.

4. Kabab–Ji SAL vs. Kout Food Group de 2020

Este caso se refiere a un contrato de franquicia entre una compañía libanesa y otra kuwaití, que acordaron como ley aplicable a su contrato la de Inglaterra y Gales, y como solución de controversias el arbitraje bajo las Reglas ICC con sede en París, Francia. Las partes no acordaron expresamente una ley aplicable al pacto arbitral.

El procedimiento arbitral se llevó a cabo hasta alcanzar un laudo, siendo la demandante Kabab–Ji SAL y la demandada Kout Food Group; aunque el contrato de franquicia se había suscrito entre Kabab–Ji SAL y Al Homaizi Foodstuff Company, que inicialmente no era subsidiaria de Kout Food Group, pero después de una reorganización corporativa devino en filial de ésta.

Después de la emisión del laudo, Kout Food Group presentó una solicitud de anulación ante la Corte de Apelación francesa (*Cour d'appel*), dado que París era la sede del procedimiento arbitral. Mientras tanto, Kabab–Ji SAL presentó una solicitud de ejecución del laudo ante la Cortes de Apelación de Inglaterra (*English Court of Appeal*), lo cual fue rechazado por Kout Food Group alegando que el pacto arbitral no era válido bajo la ley a la que las partes sometieron el mismo³¹.

Es así como la Corte de Apelaciones de Inglaterra debía decidir sobre la ley aplicable para una cláusula compromisoria que establecía la sede del procedimiento en París y que estaba contenida en un contrato donde las partes habían decidido que la ley aplicable sea la de Inglaterra.

³¹ Deveboise & Plimpton (2020). «KABAB–JI AND THE LAW OF THE ARBITRATION AGREEMENT: FRENCH AND ENGLISH COURTS CLASH ONCE AGAIN». Disponible en: www.deveboise.com.

Asimismo, dicha Corte debía definir si Kout Food Group sería una parte del contrato principal y/o del compromiso arbitral; considerando que Kabab–Ji SAL sostenía que no había elección expresa de la ley inglesa como aplicable al pacto arbitral, pues: (i) la elección de la ley aplicable al contrato simplemente era una asunción de la intención de las partes para que dichas leyes regulen su relación contractual; (ii) que el concepto de separabilidad del pacto arbitral del contrato principal indica que la cláusula compromisario debe ser interpretada aisladamente; (iii) que el contrato principal se refiere a los principios UNIDROIT, por lo cual no puede inferirse que las partes sólo se remiten a la ley inglesa como aplicable; y (iv) que la elección de una sede de procedimiento distinta a la del país de la ley aplicable, previene que implícitamente se sostenga que la ley aplicable inglesa sea la aplicable al arbitraje.

La Corte de Apelación inglesa no estuvo de acuerdo con los argumentos presentados por Kabab–Ji SAL e interpretó que la elección de ley aplicable al contrato también daba cobertura al pacto arbitral; de lo contrario, las partes hubieran establecido una ley aplicable distinta en la cláusula compromisoria. Igualmente, dicha Corte rechazó específicamente la manifestación de que la separabilidad del pacto arbitral se interprete como un divorcio de la cláusula compromisoria del contrato donde está contenida³².

Por un momento la Corte inglesa sopesó la posibilidad de esperar a que la Corte francesa resolviera la solicitud de anulación realizada por Kout Food Group; sin embargo, finalmente decidió seguir adelante, lo cual quizás hubiera resultado interesante de poder apreciar, pues

³² Herbert Smith Freehills (2020). «FRENCH COURT OF APPEAL UPHOLDS AWARD THAT WAS DENIED ENFORCEMENT IN ENGLAND». Disponible en: www.herbertsmithfreehills.com.

normalmente el criterio de la Corte francesa ha sido reconocer que los pactos de arbitraje internacional son autónomos ante cualquier sistema legal nacional y, por ende, están directamente sujetos a los principios de Derecho Internacional Privado, considerando siempre los límites del orden público. En otras palabras, la Corte francesa no deduce tácitamente que la ley aplicable al compromiso arbitral sea la misma que la del contrato principal y tampoco recurre a un análisis de conflicto de leyes para considerar la validez de un pacto arbitral.

La Corte inglesa consideró que Kout Food Group no se convirtió en parte de la cláusula de arbitraje, pero se negó a tomar una determinación final sobre este punto en caso de que pudieran surgir más pruebas sobre este tema después de la decisión de la Corte francesa. Por tanto, la Corte inglesa denegó la ejecución y el reconocimiento del laudo.

Por su parte, la Corte francesa primeramente concluyó que no era vinculante la decisión de la Corte inglesa. Esta Corte sostuvo que, en ausencia de esa elección expresa, el derecho propio del acuerdo de arbitraje era el derecho francés como derecho de la sede arbitral. En tal sentido, la Corte de Apelaciones de París aplicó el conocido enfoque francés reconociendo la plena autonomía del acuerdo arbitral, según el cual la cláusula arbitral es legalmente independiente del contrato subyacente, y tanto su existencia como su validez se interpretan, sujeto a las normas imperativas del derecho francés y del orden público internacional, "*según la voluntad común de las partes, sin necesidad de referirse a ninguna ley nacional*".

En junio de 2020 la Corte francesa determinó que el tribunal arbitral había tenido razón al concluir que el acuerdo de arbitraje se había extendido y vinculado a Kout Food Group, dada la participación de Kout Food Group en el desarrollo y ejecución del contrato de franquicia

durante varios años, incluida, entre otras cosas, la gestión de la operación de los restaurantes de Kabab–Ji SAL y por haber tomado medidas para renegociar y rescindir la franquicia con Kabab–Ji SAL.

La Corte de Apelaciones de Inglaterra ya se había enfrentado a algunas críticas por no esperar la decisión de la Corte de París cuando emitió su decisión en enero de 2020. Esta decisión, a todas luces contradictoria, seguramente echará "más leña al fuego" a ese debate. Kabab–Ji SAL ha presentado una solicitud de autorización para apelar ante la Corte Suprema del Reino Unido. Kabab–Ji SAL también ha escrito a la ONU para notificarle la decisión de los tribunales ingleses y franceses, señalando que existe un "*riesgo significativo y continuo*" para la ejecución de los laudos arbitrales. Estaremos atentos a la evolución y desenlace de este interesantísimo caso.

VIII. ¿Y cómo estamos en Bolivia?

En Bolivia tenemos desde el 25 de junio de 2015 la Ley 708 de Conciliación y Arbitraje. Es así como en materia de inversiones y cuando el Estado sea parte, el Artículo 127 señala expresamente las controversias estarán sometidas a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas; es decir, no hay margen de negociación al respecto.

Pero se debe aclarar que una situación de esa naturaleza no tiene carácter internacional, aunque el inversionista sea extranjero, pues entendemos que prima el hecho de que la inversión se realiza en territorio nacional y una de las partes es el Estado boliviano; por ende, resultaría complicado calificar a la relación contractual como internacional, más aún si la ley no lo reconoce expresamente de esa forma. De tal manera que los Artículos 130 y 131 de la Ley resultan aplicables igualmente.

Consideramos importante resaltar que en el Artículo 132 y siguientes de la Ley se regulan las controversias en materia de inversión mixta y extranjera, el cual dispone que el Tribunal Arbitral aplicará la Constitución Política del Estado, leyes y normas del Estado Plurinacional de Bolivia, para decidir sobre el fondo de la controversia y, por ende, que el arbitraje será en Derecho. Con esto, ciertamente se da la certidumbre necesaria sobre la ley aplicable, aunque no por negociación entre las partes sino por imperativo legal, aunque la relación contractual tenga un componente internacional y, de alguna manera, la parte que lo acepte está prestando su consentimiento para regir su relación contractual bajo legislación boliviana.

En cuanto a contratos entre privados, esta Ley reconoce la existencia de arbitrajes internacionales, en su Artículo 54 se reconoce la libertad que tienen las partes para someter sus controversias en una sede distinta a Bolivia y, a su vez, someterse a la normativa que acuerden las mismas, siempre y cuando no vulneren la Constitución y la Ley; es decir, no es una libertad contractual irrestricta y tiene lógicas limitaciones, pero a su vez otorga la flexibilidad suficiente a las partes para acordar, entre otras cosas, la ley aplicable al arbitraje que pacten. Nada les impide que lo hagan.

IX. Modelos de cláusulas de arbitraje internacional.

Como muchas veces sucede en la realidad, la cláusula de ley aplicable, así como la de solución de controversias, son las denominadas "*midnight clauses*" y no es extraño que las partes recurran a modelos preestablecidos o recomendados por las principales instituciones que administran los procedimientos arbitrales, especialmente cuando se trata de contratos internacionales.

Las cláusulas modelo de arbitraje redactadas por instituciones arbitrales son suficientes para garantizar mínimamente un procedimiento arbitral flexible y fiable en caso de que surja una controversia; asimismo, su funcionamiento ha sido puesto a prueba en la práctica, por lo que basarse en su redacción es muy poco probable que cree problemas jurisdiccionales. Pero justamente en el "copia y pega" es donde se puede generar el problema que las partes desean evitar ante un eventual conflicto entre ellas.

Hemos realizado una revisión de los modelos propuestos por instituciones de renombre, como son el Centro internacional para la resolución de disputas (ICDR) de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), la *Association Française d'Arbitrage*, el Centro de Arbitraje Internacional de Dubai (DIAC), el Centro Internacional de Solución de Controversias de Inversión (CIADI), a Cámara de Comercio Internacional (ICC), el Centro de arbitraje internacional de Singapur (SIAC), la Institución de arbitraje de las cámaras suizas (SCAI) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); y el resultado es que en ninguno de ellos se incluye ni se sugiere establecer una ley aplicable al pacto arbitral.

Sin embargo, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC), la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), la Institución Alemana de Arbitraje (DIS) y el Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), sí que contienen en su modelo un espacio para que las partes establezcan expresamente la ley aplicable a la cláusula arbitral.

En cuanto a Bolivia se refiere, hemos revisado los modelos propuestos por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio y Servicios de Cochabamba, así como de la

Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz, de la Cámara Nacional de Comercio de Bolivia, y de la Cámara Boliviana de Hidrocarburos y Energía; lamentablemente en ellos no encontramos referencia explícita a ley aplicable, quizás porque están más pensados para ser usados en contratos nacionales que, a su vez, deriven en arbitrajes igualmente nacionales, aunque consideramos que no deberían limitarse a ello y, de alguna manera, promoverse como centros capaces de administrar arbitrajes internacionales cuya sede las partes establezcan que sea en Bolivia.

X. Conclusiones y recomendaciones

Volviendo a los casos revisados, especialmente a *Kabab–Ji SAL vs. Kout Food Group*, y mientras esperamos una respuesta del Tribunal Supremo inglés, las decisiones contradictorias entre los tribunales franceses e ingleses una vez más subrayan la importancia de incluir una cláusula expresa de la ley aplicable en un acuerdo de arbitraje, y no simplemente dejar que esa cuestión sea determinada por el o los árbitros, permitiendo que interprete lo que las partes han querido acordar o suponiendo la intención de las mismas, ya sea a través de la selección de la sede arbitral o la ley que rige el contrato subyacente.

En sentido contrario, ante la ausencia de esta disposición expresa por las partes, las mismas podrían experimentar una relación contractual que lamentablemente esté en riesgo de incurrir en demoras y costos inevitables, debido a disputas prolongadas en su ejecución o anulación, por lo que potencialmente se pierde gran parte de los beneficios que el proceso de arbitraje tiene para ofrecer.

Por su parte, si el árbitro o el Tribunal arbitral se encuentra ante esta situación, lo recomendable, desde nuestra perspectiva y tomando como base el método utilizado en el caso *Sulamérica vs. Enesa*, sería que se realice un análisis primeramente de la ley del contrato subyacente, luego de la ley de la sede y finalmente de los vínculos más estrechos de la relación contractual de manera objetiva, no de las partes de manera subjetiva, con la legislación que sea susceptible de ser aplicable; es decir, aplicando las fórmulas de conflicto de leyes que aprendemos en Derecho Internacional Privado.

Somos conscientes que esta solución no es perfecta ni mucho menos y que ciertamente puede entenderse como que reemplaza la voluntad de las partes en la práctica, aunque se pretenda apoyar en el argumento de una interpretación sobre la intención que tuvieron las mismas; por lo que nos hace insistir a la recomendación inicial, que es que las partes sean las que voluntariamente escojan la ley aplicable a la controversia, para lo cual, la labor de las instituciones que administran los procedimientos de arbitraje creemos que está en difundir esta problemática y promover cláusula modelo que contenga, al menos a nivel de sugerencia, que esta decisión es mejor que recaiga siempre en la voluntad de las partes.

BIBLIOGRAFÍA.

Akin Gump (2020). «THE LAW OF AN ARBITRATION AGREEMENT: IS IT THE LAW OF THE SEAT OR THE LAW OF THE UNDERLYING CONTRACT?» Disponible en: www.akingump.com.

Bernardini, Piero (1998). «ARBITRATION CLAUSE: ACHIEVING EFFECTIVENESS IN THE LAW APPLICABLE TO THE ARBITRATION CLAUSE». *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*. Paris, editado por Albert Jan van den Berg, *ICCA Congress Series*, número9.

Blackaby, Nigel; Partasides, Constantine; Redfern, Alan y Hunter, Martin (2015). «REDFERN AND HUNTER ON INTERNATIONAL ARBITRATION», 6ta. Edición. Oxford, Ed. OUP.

Blessing, Marc (1998). «THE LAW APPLICABLE TO THE ARBITRATION CLAUSE». *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*. Paris, editado por Albert Jan van den Berg, *ICCA Congress Series*, número 9.

Born, Gary (2014). «THE LAW GOVERNING INTERNATIONAL ARBITRATION AGREEMENTS: AN INTERNATIONAL PERSPECTIVE». Singapur, *Singapore Academy of Law Journal*, número 26.

Canelas Schütt, José Manuel (2020). «EL DERECHO APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA: PERSPECTIVAS PARA SU REFORMA». Disponible en: www.cainco.org.bo.

Derains, Yves (1986). «DETERMINATION DE LA LEX CONTRACTUS: L'APPORT DE LA JURISPRUDENCE ARBITRALE». Paris, Ed. ICC Publications.

Carrascosa González, J. LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES. Madrid.

El Reglamento Roma I, Colex, 2009.

Derains, Yves. y Schwartz, Eric (2005). A GUIDE TO THE ICC RULES OF ARBITRATION, 2da.

Edición. Amsterdam, Kluwer Law International.

Deveboise & Plimpton (2020). «KABAB-JI AND THE LAW OF THE ARBITRATION AGREEMENT:

FRENCH AND ENGLISH COURTS CLASH ONCE AGAIN». Disponible en: www.deveboise.com.

García Urbano, Javier (2020). «LEY APLICABLE A LA CLÁUSULA ARBITRAL ANTE AUSENCIA

DE ELECCIÓN EXPRESA POR LAS PARTES: NORMAS DE CONFLICTO INSATISFACTORIAS Y

UNA POSIBLE SOLUCIÓN». Madrid. Trabajo Fin de Grado. Universidad Carlos III de Madrid.

Hanotiau, Bernard (1999). «THE LAW APPLICABLE TO ARBITRABILITY». *Improving the*

Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York

Convention. Paris, editado por Albert Jan van den Berg, *ICCA Congress Series*, número 9.

Herbert Smith Freehills (2020). «FRENCH COURT OF APPEAL UPHOLDS AWARD THAT WAS

DENIED ENFORCEMENT IN ENGLAND». Disponible en: www.herbertsmithfreehills.com.

Lee & Lee (2016). «THE SINGAPORE HIGH COURT CONSIDERS THE ISSUE OF WHETHER

THERE IS A BINDING INDEPENDENT ARBITRATION AGREEMENT, WHEN PARTIES DISPUTE

THE EXISTENCE OF THE UNDERLYING CONTRACT». Disponible en: www.leenlee.com.sg.

Revoredo de Mur, Delia (1994). «LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LEY APLICABLE AL

CONTRATO INTERNACIONAL EN LATINOAMÉRICA». Lima, *THEMIS Revista de Derecho*,

Pontificia Universidad Católica del Perú. 1994.

Virgós, Miguel (2006). «EL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL»,
Madrid, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, número 14.

SOBRE LAS EXCEPCIONES EN LA EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES QUE CONDENAN AL PAGO DE SUMAS DE DINERO

*Daniel Galdo Asbún**

SUMARIO: I. Introducción. II. Derecho aplicable. III. Naturaleza jurídica del Laudo Arbitral y del proceso arbitral. IV. Consecuencia de la interposición de excepciones en la ejecución coactiva de laudos arbitrales.

I. Introducción.

En la legislación boliviana, la ejecución de laudos arbitrales que condenan al pago de sumas de dinero está regulado en los artículos 119 de Ley 708 (Ley de Conciliación y Arbitraje, de 25 de junio de 2015) y en el artículo 404 y siguientes que regulan la “Ejecución de coactiva de sumas de dinero” del Código Procesal Civil.

La problemática entre ambos cuerpos legales se presenta cuando la Ley 708 expresamente indica que la ejecución forzosa del laudo, solo admite la oposición a la ejecución por dos causales específicas: 1) cumplimiento del laudo, o 2) la existencia de un recurso de nulidad pendiente de resolución. Sin embargo, en el párrafo V del artículo 119 de la Ley 708 establece que a fin de ejecutar sumas de dinero debe seguirse el procedimiento establecido en la norma procesal civil vigente.

* Graduado con honores de la Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra, UPSA. Magister en Derecho Privado por la Universidad de Chile, con mención en contratos internacionales. Diplomado en Derecho de Daños por la misma Universidad y en Derecho de Petróleo y Gas Natural por la Universidad de Buenos Aires. Docente universitario de la materia de Derecho Petrolero y Derecho Minero, cuenta con amplia experiencia en asesoramiento a empresas ligadas al rubro energético y de recursos naturales. Además, trabajó con la sociedad en la atención de litigios en la ciudad de Santa Cruz. Es el abogado residente de Lima & Asociados en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra.

El inciso 6 del artículo 404 del Código Procesal Civil establece que son títulos sujetos a ejecución coactiva de suma de dinero el "Laudo Arbitral Ejecutoriado", determinando a través del artículo 409 del Código Procesal Civil, que en el trámite de ejecución coactiva de sumas de dinero el mecanismo de defensa consiste en la posibilidad de interponer Excepciones.

De esta forma todo Laudo Arbitral queda sujeto a una instancia posterior a la conclusión del proceso que tiene un laudo arbitral ejecutoriado, con calidad de cosa juzgada por lo que el laudo arbitral queda suspendido a un debate, a un nuevo proceso adicional y no a una ejecución en sentido estricto.

El objetivo de este ensayo es demostrar que la ejecución del laudo arbitral no está sujeto a las excepciones del artículo 409 del Código Procesal Civil; si bien puede existir en apariencia un conflicto o contradicción en la normativa, el juez tiene que realizar una interpretación normativa racional para garantizar tanto la ejecución como una posible oposición de ejecución debidamente fundada.

II. Derecho aplicable.

La Ley 708³³ establece en el artículo 119 el procedimiento de ejecución forzosa del laudo arbitral.

Artículo 119. (TRÁMITE DE EJECUCIÓN FORZOSA).

1.- Radicada la solicitud, la autoridad judicial competente la correrá en traslado a la parte contraria, para que conteste dentro de los cinco (5) días a partir de su notificación.

³³ Ley 708 (Ley de Conciliación y Arbitraje, de 25 de junio de 2015).

II.- La autoridad judicial aceptará oposición a la ejecución forzosa del Laudo Arbitral cuando se demuestre documentalmente el cumplimiento del propio Laudo Arbitral o la existencia de recurso de nulidad del Laudo Arbitral pendiente. En este último caso la autoridad judicial suspenderá la ejecución forzosa del Laudo Arbitral, hasta que el recurso sea resuelto.

III.- La autoridad judicial desestimarán sin trámite alguno, las oposiciones fundadas en argumentos diferentes de los señalados en el Parágrafo anterior o cualquier incidente que pretenda entorpecer la ejecución solicitada.

Las resoluciones que se dicten en esta materia, no admitirán impugnación ni recurso alguno. Está prohibido al Juez Ejecutor, admitir recursos que entorpezcan la ejecución del Laudo Arbitral, siendo nula la resolución respectiva.

IV.- La autoridad judicial rechazará de oficio la ejecución forzosa, cuando el Laudo Arbitral esté inmerso en alguna de las causales establecidas en el Parágrafo I del Artículo 112 de la presente Ley.

V.- A efectos de ejecución coactiva de sumas de dinero, se aplicará lo establecido en la norma procesal civil vigente.

Este último parágrafo nos remite al artículo 404 del Código Procesal Civil, que establece la ejecución de sumas de dinero procede siempre se trate de una obligación de pagar suma líquida y exigible, sustentada en los siguientes títulos:

1.- Sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

2.- Crédito prendario o hipotecario inscrito, en cuya escritura el deudor hubiere renunciado a los trámites del proceso ejecutivo.

3.- Crédito Prendario o hipotecario, agrario o industrial inscrito, en el que el deudor hubiere formulado renuncia al proceso ejecutivo.

4.- Transacción aprobada judicialmente.

5.- Conciliación aprobada.

6.- Laudo Arbitral Ejecutoriado.

Posteriormente, el trámite de ejecución de sumas de dinero establece en el artículo 409 del Código Procesal Civil que ejecutada la medida cautelar, se citará a la parte coactivada quien podrá oponer únicamente las excepciones de:

1.- Incompetencia

2.- Falta de Fuerza coactiva

3.- Falsedad e inhabilidad del título

4.- Prescripción

5.- Pago documentado

6.- Cosa juzgada, transacción y conciliación.

Sin embargo el artículo 119 de la Ley 708 expresamente indica que no son admisibles ningún incidente, recurso u oposición a la ejecución que no sea el propio cumplimiento del laudo arbitral o la existencia de un recurso de nulidad pendiente de resolución.

Ante esta situación el Coactivado claramente recurrirá al entorpecimiento de la ejecución a través de la interposición de las excepciones expuestas previamente: siendo la más empleada la inhabilidad de título con relación a la legitimidad activa o pasiva de las partes, elementos que por la subjetividad dan lugar a fundamentaciones jurídicas creativas que llevan al juez a tener que resolverlas a fin de no rechazarlas in limine por el aparente conflicto normativo de los artículos 119 de la Ley 708 y el artículo 409 del Código Procesal Civil y el riesgo de violar el acceso a la justicia y a la defensa.

III. Naturaleza jurídica del Laudo Arbitral y del proceso arbitral.

Tal como señala Roque Caivano:

«Es sabido que los árbitros ejercen una función esencialmente jurisdiccional. Ello por cuanto, aunque no formen parte del Poder Judicial, cumplen una función sustancialmente idéntica a la de los jueces estatales: administran justicia, "dicen o declaran el derecho", juzgan y resuelven de manera vinculante y definitiva una situación de conflicto, mediante un acto revestido de autoridad. Y es también sabido que uno de los efectos naturales de un acuerdo arbitral es excluir la intervención de los tribunales judiciales para resolver las controversias a que él se refiere»³⁴.

Por consiguiente, el procedimiento de excepciones en la ejecución coactiva de sumas de dinero regulado en el Código Procesal Civil, sustraen la función jurisdiccional del arbitraje como mecanismo de administración de justicia, ya que solo el cumplimiento del laudo como pago documentado o la existencia de un recurso de nulidad de laudo que consiste en el oportuno control judicial deberían ser las únicas oposiciones válidas para interrumpir la ejecución del laudo.

El laudo arbitral a diferencia de un título ejecutivo es un título ejecutorio. El laudo Arbitral es resultado de un proceso adversarial en el cual las partes han debatido sus argumentos de hecho y derecho, y el Tribunal Arbitral falla pronunciando un laudo, el cual los sujetos no pueden volver a litigar en el mismo proceso ni en ningún otro, porque ejecutoriado el laudo tiene los caracteres de irrevisable, inmutable y coercible, es decir, es exactamente igual a una sentencia.

³⁴ Caivano, Roque J. (2017). EL ORDEN PÚBLICO COMO LÍMITE A LA ARBITRABILIDAD. Buenos Aires, AP/DOC/553/2017.

La cosa juzgada impide volver a accionar sobre el mismo punto resuelto en sentencia o en este caso el laudo.

La irrevisibilidad importa que la sentencia dictada no puede ser revisada por ninguna autoridad judicial.

Estos argumentos jurídicos son la base sobre la cual los jueces deben interpretar la normativa procesal.

Por este razonamiento, el pretender aplicar las excepciones de títulos ejecutivos a un laudo Arbitral es impracticable desde el punto de vista de la naturaleza jurídica del laudo Arbitral, debiendo el juez solo considerar como válidas las oposiciones establecidas en el artículo 119 párrafo III, por consiguiente el pretender seguir el procedimiento en base a excepciones contra un laudo arbitral ejecutoriado, equivale a plantear excepciones contra una sentencia.

El artículo 6 del Código Procesal Civil delimita el contenido y extensión que debe otorgar el juez a momento de interpretar la ley procesal:

ARTÍCULO 6. (INTERPRETACIÓN). Al interpretar la Ley Procesal, la autoridad Judicial tendrá en cuenta que el objeto de los procesos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Ley sustantiva. En caso de vacío en las disposiciones del presente Código, se recurrirá a normas análogas, la equidad que nace de las leyes y a los principios generales del derecho, preservando las garantías constitucionales en todo momento.

En la interpretación de la normativa procesal civil y arbitral el juez en ejecución de un laudo arbitral debe respetar la oportunidad previa que tuvo el ejecutado a través del control judicial con el respectivo Recurso de Nulidad. El juez que conoce la ejecución de un laudo arbitral no puede constituirse en un revisor de tercera instancia del laudo arbitral.

El control judicial al laudo arbitral está claramente regulado en el Recurso de Nulidad del Laudo, y pretender invocar la violación a normas de orden público el acceso a la interposición de excepciones que debieron ser expuestas pretendidas en el proceso arbitral viola los principios de autonomía de la sede arbitral y violenta la rapidez y eficacia de la administración de justicia.

El artículo 6 establece que en la interpretación de la normativa procesal, *“la autoridad Judicial tendrá en cuenta que el objeto de los procesos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Ley sustantiva (...)”*, tomando la Ley de Conciliación Arbitraje como la norma sustantiva que reconoce el proceso arbitral como medio de solución de controversias, este cuerpo legal expresamente establece que contra la ejecución de un laudo arbitral ejecutoriado solo procede la oposición por cumplimiento del laudo, o por existir control judicial a través de un recurso de nulidad de laudo arbitral pendiente.

Solo estas dos causales deben ser valoradas por el juez de ejecución de un laudo arbitral, ya que de lo contrario un laudo arbitral ejecutoriado podría ser modificado por un trámite de ejecución.

Sin embargo, de lo expresado, es cierto que en ejecución de sentencia se pueden oponer las excepciones de pago documento, la cual esta inserta en la causal de oposición prevista por la Ley 708, que expresamente reconoce esta excepción a través de la oposición a la ejecución por cumplimiento del laudo.

Tanto la sentencia en sede judicial como en sede arbitral, tal como enseña Rocco:” La sentencia afirma un derecho a la prestación que, según el contenido de la demanda judicial, no

pone solo fuera de duda; aquí comprueba un derecho que, además de esto, debe ser satisfecho”³⁵.

Es decir que la Sentencia, o en este caso el laudo, afirma el derecho y la sentencia condenatoria afirma que este derecho debe ser cumplido o satisfecho. A diferencia de la sentencia declarativa, la sentencia o laudo condenatorio otorga título para la ejecución forzosa porque tal como razona Rocco: La distinción entre la sentencia declarativa y la condenatoria se hace en relación con la ejecución: no puede ponerse en duda; por su parte la sentencia declarativa no da necesariamente la posibilidad de ejecución, el elemento que genera esta distinción es la condena: “lo que hay más y lo que hay de especial en aquella orden es la precisa e individual conminatoria de ejecución forzosa en caso de inobservancia”³⁶ – la sentencia condenatoria.

IV. Consecuencia de la interposición de excepciones en la ejecución coactiva de laudos arbitrales.

Contra la resolución a las excepciones interpuestas contra la ejecución del laudo arbitral, el artículo 410 del Código Procesal Civil habilita el recurso de apelación en el efecto devolutivo, lo que implica que una vez resuelto el Recurso de Nulidad de Laudo Arbitral ante el control judicial, el coactivado tendrá a parte de una Acción de Amparo Constitucional contra la Resolución que resuelva el Recurso de Nulidad, la posibilidad de oponer excepciones en la ejecución coactiva del laudo, y posteriormente Apelar e interponer nuevamente una acción de

³⁵ Rocco, Alfredo (2002). LA SENTENCIA CIVIL – LA INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES PROCESALES. México D.F., UNAM, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Página 244.

³⁶ Ibidem. Página 237.

amparo constitucional contra lo resuelto en la instancia generada por las excepciones planteadas.

El Laudo Arbitral ejecutoriado, por naturaleza no debe ser revocado, posee eficacia obligatoria una vez pasa el control judicial a través del recurso de nulidad y de Amparo Constitucional; entonces una vez ejecutoriada, debe tener eficacia obligatoria respecto a la interpretación del procedimiento de ejecución.

Como explica Rocco, las reglas sobre interpretación de las leyes no son normas de derecho, sino cánones de lógica, que deben ser interpretadas en función del derecho material y la naturaleza del fin que persigue; en el presente caso a la eficacia material y práctica de la ejecución de la sentencia condenatoria o el laudo arbitral que condena al pago de una suma de dinero.

El Juez al interpretar la normativa procesal de ejecución coactiva de sumas de dinero emergente de laudos arbitrales ejecutoriados, debe realizar un análisis sistémico a fin de dar cumplimiento al principio de la economía del proceso, el cual se traduce en la consecución del fin del proceso (realización, mediante declaración y ejecución forzosa) de los intereses individuales que se encuentran bajo la tutela del derecho con el menor uso posible de actividad procesal. Es este ante todo un principio de política legislativa. La relación procesal tiene un objeto único, y, por ende, el procedimiento un único fin: la realización de los intereses privados garantizados por el derecho dentro de un proceso.

V. Conclusión.

El razonamiento judicial de permitir la interposición de excepciones contra un laudo arbitral que tiene calidad de título ejecutivo, que contiene una resolución equiparable a una sentencia condenatoria con calidad de cosa juzgada contra el coactivado, tergiversa el espíritu mismo de la naturaleza autónoma del arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias, porque en el hipotético caso que una eventual acción de amparo desvirtúe o genere una resolución de inejecutabilidad del laudo, violaría la previsibilidad de la justicia, ya que se estaría volviendo a resolver lo debatido en el proceso arbitral violentando la cosa juzgada generada dentro del proceso arbitral, el mismo que ya tuvo en su oportunidad el respectivo control judicial a través del Recurso de Anulación del Laudo Arbitral.

BIBLIOGRAFÍA.

Caivano, Roque J. (2017). EL ORDEN PÚBLICO COMO LÍMITE A LA ARBITRABILIDAD. Buenos Aires, AP/DOC/553/2017.

Rocco, Alfredo (2002). LA SENTENCIA CIVIL - LA INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES PROCESALES. México D.F., UNAM, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

TRILOGÍA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE

*Ronald Brian Martin Alarcón**

SUMARIO: I. Medidas cautelares en el órgano judicial. II. Medidas cautelares ante árbitro de emergencia. III. Medidas cautelares ante un Tribunal Arbitral. IV. Fundamentación de las medidas cautelares. V. Estándares nacionales para la aplicación de medidas cautelares. VI. Proporcionalidad de la medida.

En la litigación contemporánea, al igual que en los procesos arbitrales, se puede observar que existen salvaguardas procesales que permitan, en condiciones de igualdad, que ambas partes sean escuchadas con la inevitable consecuencia que esto produce que es, naturalmente, una demora en la emisión de la decisión, lo que, desde luego, puede perjudicar a una de las partes, en ocasiones de manera irreversible.

Los ejemplos más clásicos son la desaparición de activos, destrucción u ocultamiento de pruebas, pérdida de valor de mercado de un activo, pérdida de un derecho, revelación de secretos industriales, entre otros. Estos daños pueden ser exacerbados cuando una de las partes, intencionalmente, busca dilatar el procedimiento.

* Magister en Derecho Internacional de la Empresa por la Universidad de Barcelona, diplomado en Arbitraje de Inversiones por la Escuela de Arbitraje Internacional y diplomado en Arbitraje Internacional por la SAEJEEA. Abogado titulado de la Universidad Católica Boliviana San Pablo. Director del despacho especializado en arbitraje y conciliación MAACLAW Bolivia, profesor de métodos alternativos de solución de controversias en la Maestría de Derecho Empresarial de la Universidad Privada Boliviana y en el pregrado de Derecho de la misma universidad. Miembro de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje, de Latin American International Arbitration, del Instituto Boliviano de Arbitraje, de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros y de la Asociación Latinoamericana de Derecho de la Construcción. Es Autor de libros así como de diversos artículos. Forma parte de la lista de árbitros de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), del Centro de Arbitraje de Energía, del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara Nacional de Comercio y del Centro de Conciliación y Arbitraje de CAINCO.

En estas condiciones, es una necesidad básica del derecho, que antes, durante o incluso en fase de ejecución de una decisión judicial o arbitral, se puedan adoptar medidas cautelares que tengan como finalidad evitar la frustración de tal decisión, por acción de alguna de las partes.

En la legislación boliviana, en lo que a arbitraje se refiere, se puede encontrar una auténtica trilogía, que va a encarar esta problemática ya que se han creado tres estadios en los que se pueden obtener medidas cautelares. Así, se puede acudir a la autoridad judicial, antes o durante la tramitación de un proceso arbitral; del mismo modo se puede acudir de manera directa al Tribunal Arbitral y, a partir de la promulgación de la Ley 708 (Ley de Conciliación y Arbitraje, de 25 de junio de 2015), se ha incorporado en nuestra economía jurídica, la figura del árbitro de emergencia que también puede ordenar medidas cautelares.

I. Medidas cautelares en el órgano judicial.

Históricamente, los tribunales arbitrales, tanto en nuestro país como en otras muy variadas jurisdicciones, han sido renuentes a dictar medidas cautelares o provisionales, haciendo relevante la necesidad de contar con la posibilidad de que sea un juez³⁷ quien imponga este tipo de medidas en condiciones que no se interprete que existe una renuncia al arbitraje³⁸.

Por otro lado, aun cuando en la actualidad, dentro y fuera de nuestras fronteras, se ven más tribunales arbitrales dispuestos a adoptar este tipo de medidas, existen razones, que impiden o desincentivan que sea el tribunal arbitral el encargado de esta labor, entre estas razones encontramos: el tiempo que demora la conformación del tribunal arbitral o, por ejemplo,

³⁷ Ley 708, artículo 67.VI.

³⁸ Ley 708, artículo 46. II.

que el tribunal sea desafiado en su competencia y que se deba esperar hasta que tal competencia sea definida.

Sin perjuicio de ello, se debe tener presente que la autoridad judicial, está reatada a ciertas reglas de competencia para poder adoptar tales medidas, lo que no se debe confundir con los estándares a los que se refiere el presente trabajo más adelante y que son comunes a los tres estadios en los que se pueden pedir las medidas.

La Ley 708, respecto a la adopción de medidas cautelares por autoridad judicial, ha hecho una calificación particular, por cuanto, la petición de la medida y la adopción de la misma, debe hacerse ante y, por juez “competente”³⁹.

Esta calificación es una regulación especial, que contrasta con la legislación ordinaria que regula el proceso civil – comercial, pues allí está permitido que sea una autoridad incompetente la que adopte la medida⁴⁰ esto, en razón a que se permite una convalidación del acto de juez incompetente, siempre que se hubieren cumplido los requisitos para la emisión de la orden.

En consecuencia, se debe tener presente las razones que habilitan la competencia del juez, es decir la materia, el territorio y el objeto sobre el cual recaen las medidas.

1. Reglas de competencia para dictar medidas en razón de la materia.

La primera cuestión relevante para considerar, en torno a la competencia del juez para adoptar medidas cautelares, está definida en razón de la materia. Es importante tener presente que, por regla general, en la legislación boliviana, pueden someterse a arbitraje, salvo

³⁹ Ley 708, artículo 85. II.

⁴⁰ Ley 439, artículo 313.

exclusiones expresas, todas aquellas cuestiones que sean objeto de transacción⁴¹. En estas condiciones, si bien es posible que acomodemos el arbitraje principalmente en la rama civil y comercial, nada impide, dentro de los límites que impone la propia ley, que se pueda pactar arbitraje en materias diferentes.

Sin perjuicio de lo anterior y, dada esta vinculación más estrecha con el mundo de lo civil y comercial, es que el legislador ha determinado que sea un juez en estas materias⁴² el que tenga a su cargo las tareas de auxilio judicial en el arbitraje dotándole, en consecuencia, del poder para la adopción de medidas cautelares⁴³.

2. Competencia del juez en razón de territorio para prestar tareas de auxilio judicial.

Una cuestión ampliamente debatida en el arbitraje está vinculada a la competencia del juez que presta auxilio judicial en general y para las medidas cautelares en particular, pero esta vez, en razón al territorio. Este debate ha sido nutrido principalmente por las diferencias de criterio que existen sobre el particular en el arbitraje internacional, sin embargo, se tornan absolutamente relevantes en el arbitraje doméstico ya que nuestros jueces tienen límites territoriales en cuanto a su competencia, lo que impacta directamente en las condiciones de la Ley 708 que únicamente permite que sea un juez “competente” el que disponga este tipo de

⁴¹ Ley 708, artículo 4.12.

⁴² Ley 708, artículo 78. modificado por el art 2 de la ley 936.

⁴³ Ley 025, artículo 69.5.

medidas⁴⁴. En razón de territorio, la Ley 708 determina que es competente la autoridad judicial, conforme al siguiente orden⁴⁵: Donde debe realizarse el arbitraje.

Donde se celebró la cláusula o convenio arbitrales.

Del domicilio, establecimiento principal o residencia habitual de cualquiera de las partes demandadas a elección del demandante.

La competencia antes mencionada, es la referida a las labores de auxilio judicial. En Bolivia, tradicionalmente, se entiende que el auxilio judicial implica incluso la labor cautelar en sede judicial⁴⁶.

Ahora bien, el lugar donde debe realizarse el arbitraje está definido, en principio, por el acuerdo de partes, esto como una regla universal consagrada por la libertad y flexibilidad que son propias del arbitraje; empero, si las partes no lo definen, nuestra ley también ha definido que el lugar del arbitraje sea aquel que determine el tribunal arbitral o el árbitro único⁴⁷. En estas condiciones, la falta de definición del lugar del arbitraje, no puede ni debe impedir que las partes puedan solicitar a la autoridad judicial, la adopción de medidas cautelares, pues de lo contrario se pondría en peligro, no sólo el desarrollo del procedimiento, sino que también, posiblemente, la eficacia del laudo arbitral.

⁴⁴ En el arbitraje internacional, la competencia del juez, desde el punto de vista territorial, impacta significativamente en los estándares que se deben aplicar para la adopción de las medidas y, en este entendido, la doctrina reconoce que tres son los posibles criterios que pueden ser aplicados en el arbitraje internacional: i) la ley de la sede del arbitraje, ii) la ley que regula el contrato o la relación jurídica entre las partes y, iii) los estándares internacionales.

⁴⁵ Ley 708, artículo 46. II.

⁴⁶ Rodríguez Mendoza, Fernando (2004). PROCEDIMIENTO ARBITRAL. Santa Cruz, Ed. El País. Página 220.

⁴⁷ Ley 708, artículo 55.

Por ello, el legislador ha adoptado otros dos criterios, el del lugar de celebración del convenio arbitral o de la cláusula arbitral y el del domicilio, establecimiento principal o residencia habitual de cualquiera de las partes demandadas a elección del demandante.

3. Reglas de competencia del juez para dictar medidas cautelares en razón del objeto sobre el cual recaen estas medidas.

Una cuestión no menor para tomar en cuenta respecto a la legislación boliviana, está definida por la competencia de distintos tipos de autoridades para dictar distintos tipos de medidas cautelares, a saber:

El árbitro de emergencia, por disposición de la Ley 708, tiene facultades para dictar medidas que podrán recaer sobre los bienes, derechos y obligaciones de las partes⁴⁸. Esto en razón al carácter voluntario que tiene la aceptación del árbitro de emergencia (procedimiento *opt-in*).

Por su parte, el Tribunal Arbitral, únicamente tiene facultades para ordenar las medidas cautelares que estime necesarias respecto del objeto de la controversia, salvo que las partes hubieran acordado la exclusión de estas medidas. Esta regla no es nueva, sino que tiene su referente en la antigua Ley de Arbitraje Boliviana, Ley 1770, que de igual forma regulaba los límites de la función cautelar del Tribunal Arbitral.

Estas diferencias configuran un escenario difícil al momento de determinar si es que una autoridad judicial está sometida a uno u otro límite, o si, por el contrario, a pesar de que las

⁴⁸ Ley 708, artículo 67. II.

partes han decidido sustraerse del sistema judicial, el juez tiene competencia ilimitada respecto a las medidas cautelares.

4. Subsistencia, modificación o eliminación de las medidas cautelares adoptadas por el juez.

Otra de las cuestiones controvertidas y que no han sido abordadas por nuestra norma es la referente a la capacidad del tribunal arbitral de mantener, modificar o dejar sin efecto las medidas cautelares ordenadas por el juez; empero, el debate va más allá, pues se extiende a la posibilidad de que el tribunal arbitral emita medidas cautelares en circunstancias en las que un juez ya las ha denegado.

A diferencia de lo que ocurre en la regulación que existe para el arbitraje de emergencia y el procedimiento arbitral en la que se permite al tribunal arbitral mantener, modificar o dejar sin efecto las medidas adoptadas por el Árbitro de Emergencia, en relación a las medidas adoptadas por el juez no existe tal regulación.

Podría pensarse, válidamente, que las medidas adoptadas por un juez, sean consideradas *res judicata* y que, por lo tanto, el Tribunal Arbitral, que no goza de las mismas prerrogativas de las que goza un juez, está impedido de realizar cambios en la medida adoptada quedando esta subsistente.

Por el contrario, postura igualmente válida es la de aquellos que consideran que el tribunal arbitral, al estar facultado para decidir en el fondo de la controversia, lo está también para modificar o dejar sin efecto las medidas cautelares adoptadas por un juez, esto bajo el principio

de que quien puede lo más, puede lo menos⁴⁹. Sin embargo, esto nos lleva a un nuevo debate y es que, en estas circunstancias, ¿el Tribunal Arbitral puede modificar medidas cautelares sobre todos los bienes, derechos y obligaciones de las partes? o, por el contrario, ¿sólo aquellas sobre las cuales recae el objeto de la controversia?

No olvidemos que, en cuanto al objeto sobre el cual pueden recaer las medidas cautelares, existe una contradicción importante en nuestra ley, y además de ello, no existe una clara definición respecto a los límites, en cuanto al objeto, a los que está sometida la autoridad judicial.

Otra cuestión referente al debate, está relacionada con la potestad que tiene el Tribunal Arbitral de conceder medidas cautelares si acaso estas fueron negadas por el juez. Nuestra legislación no provee una explicación al respecto, empero, no parece irrazonable que un Tribunal Arbitral, que tiene a su cargo la función de resolver el fondo del asunto, pueda, independientemente de lo que haya acontecido con el juez, adoptar medidas cautelares, siempre dentro de los límites de su competencia.

Diligenciamiento de la medida

En el caso de que la medida sea solicitada a una autoridad judicial, una cuestión por demás relevante es que, en resguardo del debido proceso, esta debe ser diligenciada a la parte contra la cual se opone⁵⁰ y, en el caso del arbitraje, al mismo tiempo, al Centro Administrador del Arbitraje, si este ha sido designado⁵¹.

⁴⁹ Rivera, Julio Cesar (2006). «REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE», número 3/2016. Lima, Ed. Jurídica Grijley. Página 338.

⁵⁰ Código Procesal Civil, Art. 307.

⁵¹ Ley 708, artículo 84.

La omisión a esta obligación acarrea una grave lesión al derecho a la defensa que asiste al demandado, sin embargo, la norma no es clara en cuanto a las consecuencias que acarrea la falta de diligenciamiento o si la resolución es o no apelable.

II. Medidas cautelares ante árbitro de emergencia.

El arbitraje de emergencia o árbitro de emergencia – cuando uno se refiere al sujeto– es un procedimiento que tiene como principal finalidad que las partes en un diferendo que debe someterse a arbitraje, puedan acudir a una autoridad (distinta a un juez) para que adopte medidas cautelares o provisionales antes de que sea conformado el tribunal arbitral. El árbitro de emergencia ha nacido en los reglamentos de arbitraje internacional de diversas instituciones y no así en las legislaciones de los estados; es así que lo podemos concentrar, por ejemplo, en el reglamento del Centro Internacional de Resolución de Disputas ICDR, desde el año 2006, en el reglamento del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, desde el año 2010, en la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, desde el año 2012, en la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de Londres, desde el año 2014, en el reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje con sede en Madrid también desde el año 2014, en el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio del Lima desde enero de 2017, en La Cámara de Arbitraje de Milán, desde el año 2019 y, recientemente, desde el 01 de enero de 2021, en el reglamento del DIFC – LCIA.

Con este influjo, algunas legislaciones han incorporado regulación respecto al arbitraje de emergencia, así encontramos la legislación como por ejemplo el *Singapur International Arbitration Act*, que establece que el término árbitro, también incluye al árbitro de emergencia,

el *Hong Kong Arbitration Ordinance*, que regula el significado del árbitro de emergencia, el tipo de resoluciones que puede tomar y la fuerza obligatoria de la resolución de un árbitro de emergencia, independientemente de si fue o no adoptada dentro de Hong Kong o, finalmente, el *Dutch Code Of Civil Procedure* que sin ser explícito respecto al término árbitro de emergencia, hace referencia a un tribunal arbitral designado por separado a tal efecto, independientemente de si el procedimiento arbitral sobre el fondo está pendiente, para otorgar una medida cautelar a petición de cualquiera de las partes.

En Bolivia, el arbitraje de emergencia, a pesar de que ya fue utilizado anteriormente, en procedimientos bajo el reglamento de la CCI, fue regulado y legislado con la promulgación de la Ley 708 y, tiene por finalidad permitir la adopción de medidas cautelares o preparatorias de demanda urgentes, que no pueden esperar a la conformación del Tribunal Arbitral⁵². La existencia de una regulación expresa establecida en la Ley 708, al amparo del principio de flexibilidad que rige el arbitraje en Bolivia⁵³, no impide que las partes puedan adoptar reglas de árbitro de emergencia distintas a las dispuestas en la Ley 708 y, por lo tanto, si el reglamento adoptado contiene regulación especial sobre el árbitro de emergencia, será esta regulación la aplicable⁵⁴ y, las reglas de competencia de dicho árbitro, serán las definidas en el reglamento.

⁵² Martin Alarcón, Ronald. MANUAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE COMERCIAL. La Paz, Cámara Nacional de Comercio. Página 176.

⁵³ Ley 708, artículo 3.6.

⁵⁴ Ley 708, artículo 47. II.

1. Procedimiento *ex parte*.

En Bolivia, a diferencia de lo que ocurre en distintos reglamentos y legislaciones, las medidas cautelares, en el arbitraje de emergencia, pueden ser adoptadas *ex parte o inaudita pars*, es decir sin necesidad de convocar a la parte contra quien se solicita la medida a fin de que pueda ser oída.

Este tipo de procedimiento, si bien es el estándar que se usa también en el procedimiento civil boliviano, no está exento de polémica, llevando a discusiones que han provocado que, por ejemplo, la Ley Modelo de Arbitraje Internacional de la CNUDMI revisada en el año 2006 – que no incluye expresamente el arbitraje de emergencia –, en su artículo 17C, permite, únicamente de manera excepcional, que una parte solicite una medida y que el tribunal arbitral la otorgue previamente a notificar a la otra parte si considera que su notificación puede frustrar el objeto de la medida.

2. Procedimiento *opt-in*.

Una cuestión por demás relevante, en cuanto al arbitraje de emergencia, es que en Bolivia, a diferencia de lo que ocurre en los reglamentos internacionales, el arbitraje de emergencia es un procedimiento *opt-in* y, por lo tanto, sólo puede ser aplicado si existe un acuerdo de partes. En todo caso, se debe tener en cuenta que la mayoría de los reglamentos internacionales regulan de hecho el árbitro de emergencia y, por lo tanto, al adoptar un reglamento que contenga esta figura, se está adoptando también – de manera voluntaria – al árbitro de emergencia.

Otra particularidad del árbitro de emergencia en Bolivia, que merece la pena resaltar, es que éste, a diferencia de lo que ocurre con el Tribunal Arbitral, tiene potestad para ordenar

medidas que recaigan sobre los bienes, derechos y obligaciones de las partes⁵⁵ en tanto que el Tribunal Arbitral del Fondo, sólo tiene facultades para ordenar medidas sobre el objeto de la controversia.

Esta diferencia, que en apariencia puede parecer sutil, es de gran importancia a la hora de decidir o no por un arbitraje de emergencia o por un determinado reglamento, pues puede ampliar o restringir el alcance de las medidas cautelares que pueden ser solicitadas y adoptadas.

III. Medidas cautelares ante un Tribunal Arbitral.

En la Ley 708 la función cautelar, al igual que en muchas legislaciones, se encuentra también permitida al Tribunal Arbitral, tal como ocurre en la mayor parte de los países y reglamentos de arbitraje.

En Bolivia, a diferencia de lo que ocurre con el árbitro de emergencia, el tribunal arbitral tiene facultades para adoptar las medidas cautelares que estime necesarias, únicamente respecto del objeto de la controversia⁵⁶ – recordemos que el árbitro de emergencia lo puede hacer sobre los bienes, derechos y obligaciones de las partes.

Esta diferencia, que no parece haber sido incluida en la norma de manera intencional, es ciertamente desafortunada, pues puede dificultar en gran medida las actuaciones de un tribunal arbitral en el momento de ejercer sus propias potestades para modificar o dejar sin efecto, en todo o en parte, las medidas cautelares que el árbitro de emergencia hubiere ordenado.

⁵⁵ Ley 708, artículo 67. II.

⁵⁶ Ley 708, artículo 84.1.

El tribunal arbitral, en el marco de sus facultades cautelares, tiene además la potestad de exigir, a la parte que hubiere solicitado una medida, una contra cautela adecuada, a fin de asegurar la indemnización de daños y perjuicios en favor de la parte contraria para el caso que la pretensión se declare infundada.

IV. Fundamentación de las medidas cautelares.

La concesión de las medidas, no constituye un acto simple, sino que, el juez, el árbitro o incluso el árbitro de emergencia están compelidos a razonar, fundamentar y motivar la decisión, debiendo esta fundamentación ser de orden fáctico y jurídico; abarcar todos los presupuestos que necesariamente deben concurrir para ser procedentes, debe estar respaldada en la prueba o justificativos aportados; en ningún caso, puede ser una apreciación meramente subjetiva del juez o árbitro respecto a la pertinencia o impertinencia de la petición⁵⁷.

En esta dirección el Tribunal Constitucional Plurinacional ha resuelto:

“(...) Respecto a la garantía del debido proceso, y la exigencia de fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales; permiten concluir que, en los casos en que se imponen medidas precautorias, la autoridad judicial que las determina, se halla también compelida a efectuar una fundamentación legal sobre su pertinencia, no siendo viable, ordenarlas, sin realizar consideración alguna al respecto, asumiendo una decisión de hecho y no de derecho, que no permita conocer los motivos y razones jurídicas para arribar a la decisión. Así, resulta lógico que, el juzgador que conozca la causa en la que se solicite la imposición de las medidas precautorias analizadas en el presente Fundamento Jurídico, deba realizar un estudio de las circunstancias particulares del proceso y la petición de su imposición, verificando si concurren los requisitos y supuestos para su procedencia, advirtiendo la urgencia y la

⁵⁷ SCP 0630/2015-S2 de 03 de julio de 2015.

necesidad ineludible de la medida precautoria. Sólo así, las partes tendrán convencimiento que la medida asumida, no es irrazonable, sino que responde a una decisión efectuada bajo razonamientos lógico-jurídicos sólidos y la preocupación de lograr el objeto máximo por el que se dispone su aplicación, tomando en cuenta que a lo que se propende es a asegurar el resultado de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado”.

Esta exigencia, responde a la necesidad de precautelar el debido proceso en su vertiente de debida fundamentación, que es un derecho y una garantía constitucional y, por tanto, su violación acarrea consecuencias gravísimas, como las mencionadas en la SC 0788/2010-R de 02 de agosto de 2010:

“En ese sentido, conforme se tiene señalado en los fundamentos expuestos en el punto precedente, es posible y hasta una obligación procesal de quien considere que dentro de un proceso judicial, así esté ejecutoriado, se han lesionado las normas de orden público, y por tanto, sus derechos fundamentales previstos como garantías judiciales, como es el debido proceso y el derecho a la defensa, interponga el incidente de nulidad, demostrando en el mismo su indefensión y por ende lesión de derechos fundamentales (...).”.

En este marco, da fundamentación de la medida debe está enmarcada en los estándares nacionales – que no difieren de los internacionales –, establecidos por el legislador para la adopción de medidas cautelares.

V. Estándares nacionales para la aplicación de medidas cautelares.

Al igual que en otros países, el legislador en Bolivia, no ha regulado, en el arbitraje en particular, los estándares que son necesarios para la adopción de medidas cautelares, por lo que resulta necesario acudir a los estándares que se aplican, de manera general, en el procedimiento civil – comercial, ante autoridades judiciales.

De ello se desprende que los estándares son dos sustantivos y uno adjetivo. En cuanto a los estándares sustantivos, se encuentra i) la verosimilitud del derecho y ii) el peligro de perjuicio o frustración del derecho por la demora en el proceso (*periculum in mora*)⁵⁸. El estándar adjetivo está definido por el hecho de que tanto la verosimilitud del derecho, como el peligro de perjuicio, deben justificarse documentalmente⁵⁹.

1. Peligro de perjuicio o frustración del derecho (*periculum in mora*).

Este presupuesto del *periculum in mora*, más allá del significado común de la duración del proceso como peligro genérico incorporaría una suerte de intensidad del peligro que se asentaría en los dos elementos propios: por un lado, la inminencia, lo que comportaría una mayor credibilidad en la posible existencia del peligro, al estar éste más próximo que en los supuestos del peligro genérico; por otro lado, en la irreparabilidad del mismo, que impediría no ya que el daño se fuere a producir sino que éste en su caso fuere o pudiese ser reparable⁶⁰.

⁵⁸ Ley 708, artículo 311. II.

⁵⁹ Ley 708, artículo 311.III.

⁶⁰ Barona Vilar, Silvia (2015). «EL PROCESO CAUTELAR EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL, UN PASO ESENCIAL DE LA TUTELA DE LOS CIUDADANOS». La Paz, *Revista Boliviana de Derecho*, número 19. Página 41. Disponible en: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572015000100002 (Fecha de consulta: 03/04/2021).

El estándar en cuestión, implica la concurrencia de tres elementos fundamentales, a saber:

El transcurso del tiempo para la resolución de la causa principal.

El peligro debe ser actual e inminente.

El peligro debe ser irreparable o muy grave.

2. El transcurso del tiempo para la resolución de la causa principal.

Es obvio y por tal, no necesita ser probado⁶¹, que la resolución de una causa requiere tiempo; es un hecho notorio y la posibilidad de su existencia no puede ser controvertida, independientemente de la cantidad de tiempo que sea necesario.

Ahora bien, es cierto que el transcurso del tiempo es una condición necesaria para la adopción de medidas cautelares, pero, de ninguna forma, es una condición suficiente para que esto ocurra, pues deben concurrir, indispensablemente, los demás elementos que se comentan en el presente acápite.

3. El peligro debe ser actual e inminente⁶².

Las medidas cautelares, deben ser consecuencia de una situación tal, que el daño esté tan próximo que no puede esperar la emisión de un laudo arbitral; dicha proximidad, se expresa en las condiciones de que el peligro sea actual e inminente.

Ahora bien, esta condición, necesariamente debe obedecer a criterios y pruebas objetivas y no sólo a meras especulaciones o situaciones potenciales o hipotéticas de orden general, pues se debe tener presente que el criterio adjetivo para poder adoptar una medida cautelar está

⁶¹ Ibidem.

⁶² Ley 439, artículo 324, concordante con el artículo 336. II.

circunscrito a que tanto la verosimilitud del derecho, como el peligro de perjuicio, deben justificarse documentalmente⁶³ y por lo tanto no se admiten otros medios de prueba o simples argumentos de orden jurídico sin respaldo fáctico.

En estas circunstancias, el peticionante debe acreditar documentalmente, situaciones en curso y no únicamente potenciales y en estas condiciones deben ser consideradas y valoradas por el juez o el árbitro.

La SCP 0630/2015-S2 de fecha 03 de junio de 2015 citando a Carlos Morales Guillén dice en relación a la condición general para dictar una medida precautoria, el mismo autor, citando a Chiovenda, señala que ésta es la de:

“...Temor de un daño jurídico, es decir, la inminencia de un posible daño a un derecho o a un posible derecho. Respecto a la posibilidad del daño, el juez debe examinar si existe motivo serio para temer el suceso perjudicial; si el caso es urgente y es, por lo tanto, necesaria la medida precautoria”.

En estas condiciones, es extraordinario que, tanto en sede judicial, como en sede arbitral, se concedan medidas cautelares, por cuanto los estándares, sobre todo el de peligro, que debe ser documentalmente acreditado, son muy altos y, por lo tanto, difíciles de alcanzar.

Entre los peligros más comunes se encuentra la destrucción de una prueba, la pérdida o caducidad de un derecho, la potencialidad de la insolvencia del demandado, entre otros. En el caso de la insolvencia, se debe tener presente que debe ser objetiva y a título enunciativo podría estar dada por la existencia de un concurso de acreedores, la existencia de múltiples demandas en contra del solicitado y futuro demandado que pongan en serio riesgo su patrimonio, el

⁶³ Ley 708, artículo 311.III.

ofrecimiento público de la venta de activos a precios menores que los del mercado, la fuga de ejecutivos de la empresa, la pérdida de patrimonio y reservas libres reflejada en un balance que pongan en riesgo la estabilidad misma de la empresa, la resolución de uno o varios contratos importantes de los cuales dependa, de manera comprobada, la salud financiera de la solicitada, etc. En resumen un riesgo comprobado de insolvencia.

En estas condiciones el perjuicio debe ya existir o estar por suceder, debe existir evidencia fáctica de su presencia real en el corto plazo, evitando de esta manera las meras especulaciones o conjeturas hipotéticas.

4. El perjuicio actual o potencial debe ser Irreparable o Irremediable.

Cuando se trata el tema de la intensidad del peligro, el juez o árbitro debe tomar en cuenta, que este sea irreparable y no meramente un peligro común que pueda ser solventado o reparado en ejecución del laudo arbitral. Ello se desprende de la previsión contenida en el artículo 324 del Código Procesal Civil que textualmente señala:

“Quien tuviere fundado motivo para temer que, durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable, podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren las más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia”.

Concordante con lo anterior, la jurisprudencia constitucional boliviana ha reconocido la necesidad de que el juez haga este tipo de análisis al decir que:

El Código Procesal Civil ha establecido que no es necesaria la caución por el daño que puede ocasionarse por las medidas cautelares, ello en ningún momento faculta a obviar la razonabilidad que debe primar en las decisiones judiciales, en el caso en particular se pretende resguardar un supuesto daño

*irremediable e irreparable, sin mostrar las razones por las cuales se considera que el daño en el caso en particular puede tener esas características*⁶⁴.

A la luz del artículo 311 del Código Procesal Civil, esta situación de irreparabilidad, naturalmente, debe ser acreditada documentalmente.

VI. Proporcionalidad de la medida.

La proporcionalidad de la medida, no es propiamente un estándar, sino que representa el límite dentro del cual el juez, o en su caso, el árbitro puede adoptar medidas cautelares.

La autoridad llamada a tomar las medidas cautelares debe fundar su decisión en consideración a la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, la posibilidad jurídica y la proporcionalidad de la medida. Así lo define, con claridad, el presupuesto establecido en el artículo 320 del Código Procesal Civil.

Cuando se habla de proporcionalidad de la medida cautelar, se debe tener presente que la adopción de la medida no puede resultar más gravosa que el omitirla, debe perseguir una finalidad legítima, debe ser adecuada y necesaria. Eso implica que es deber del juzgador, poner en la balanza, el perjuicio que se pretende evitar con la adopción de la medida y el perjuicio que la misma puede generar al solicitado.

El criterio de proporcionalidad debe ser objeto de valoración y estar plenamente justificado en la resolución que adopta la medida.

⁶⁴ Sentencia Constitucional Plurinacional 0229/2017-S3 de 24 de marzo de 2017.

BIBLIOGRAFÍA.

Barona Vilar, Silvia (2015). «EL PROCESO CAUTELAR EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL, UN PASO ESENCIAL DE LA TUTELA DE LOS CIUDADANOS». La Paz, *Revista Boliviana de Derecho*, número 19. Disponible en:

http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-

81572015000100002.

Martin Alarcón, Ronald. MANUAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE COMERCIAL. La Paz, Cámara Nacional de Comercio.

Rivera, Julio Cesar (2006). «REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE», número 3/2016. Lima, Ed. Jurídica Grijley.

Rodríguez Mendoza, Fernando (2004). PROCEDIMIENTO ARBITRAL. Santa Cruz, Ed. El País.

ARBITRAJE Y DERECHO SOCIETARIO EN BOLIVIA

*Santiago Nishizawa Takano**

SUMARIO: I. Introducción. II. El arbitraje societario en la historia del derecho mercantil boliviano. III. El marco legal vigente: La Ley 708 de Conciliación y Arbitraje del 25 de junio de 2015. IV. Limitaciones legales del arbitraje societario. V. Las Leyes 1770 y 708: ¿Un avance en materia de arbitraje societario en Bolivia? VI. A modo de conclusión: La práctica del arbitraje societario en Bolivia.

I. Introducción.

En el ámbito internacional, el arbitraje es un verdadero mecanismo de solución de controversias que envuelve a estados, individuos y empresas^{65 66}, más que un simple mecanismo alternativo. Aunque en Bolivia tenemos antecedentes sobre el arbitraje desde los inicios de nuestra historia, el mismo comenzó a adquirir mayor relevancia como mecanismo alternativo de

* Es abogado boliviano graduado de la Universidad Mayor de San Andrés, con Maestrías en Leyes (LL.M.) por la Universidad de Chuo, Tokio, y la Universidad de Columbia, Nueva York. Es socio senior del Bufete Aguirre, Quintanilla, Soria & Nishizawa Soc. Civ. y se especializa en derecho comercial y societario, derecho bancario, recursos naturales, energía y arbitraje. Es profesor de arbitraje en la Universidad Católica Boliviana San Pablo, profesor de procedimientos mercantiles del Programa de Maestría en Derecho Comercial de la Universidad Privada Boliviana, profesor de contratos mercantiles del Programa de Maestría en Derecho Comercial de la Universidad Mayor de San Andrés y es árbitro del Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de la Cámara Nacional de Comercio.

⁶⁵ Nigel Blackbay y Constantine Partasides QC con Alan Redfern y Martin Hunter (2015). ARBITRATION IS NOW THE PRINCIPAL METHOD OF RESOLVING INTERNATIONAL DISPUTES INVOLVING STATES, INDIVIDUALS, AND CORPORATIONS, en Redfern and Hunter on International Arbitration, 6ta. Edición. Oxford, Ed. Oxford University Press. Página 1.

⁶⁶ El Departamento de Derecho Internacional de la OEA en su sitio web señala: “El Arbitraje Comercial Internacional es el medio más utilizado para resolver controversias privadas en materia comercial por su amplio alcance, flexibilidad y celeridad en la resolución de disputas.” Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/arbitraje_comercial_proyecto_antecedentes_importacia.asp.

solución de controversias a partir de la promulgación de la Ley 1770 de Arbitraje y Conciliación el 10 de marzo de 1997 (“Ley 1770”).

En materia societaria, en los inicios de Bolivia, el arbitraje fue el único mecanismo de solución de controversias puesto que era obligatorio, según lo establecido en las Ordenanzas de Bilbao que estuvieron vigentes en Bolivia hasta 1834 y, posteriormente, según lo dispuesto en los artículos 231 y 306 del Código Mercantil de 1834 que mantuvieron el carácter forzoso del arbitraje societario. A partir de la puesta en vigencia del actual Código de Comercio el 1 de enero de 1978, el arbitraje en sociedades dejó de ser obligatorio, pero fue establecido como un mecanismo de solución de controversias “por defecto”, para el caso de que los socios no hubieran pactado expresamente la solución de controversias a través de la jurisdicción ordinaria, según lo dispuesto en su artículo 1480. En cambio, la Ley 1770 derogó el artículo 1480 del Código de Comercio antes mencionado, con lo que el arbitraje como mecanismo de solución de controversias en materia societaria pasó a depender de la voluntad de las partes, al igual que en el arbitraje en otras materias, por lo que si las partes no estipulaban expresamente el arbitraje en un determinado acuerdo arbitral o en el instrumento constitutivo de una sociedad, cualquier controversia que surgiera debía ser resuelta en la jurisdicción ordinaria.

En el marco legal vigente, dado por la Ley 708 de Conciliación y Arbitraje de 25 de junio de 2015 (“Ley 708”) que abrogó la Ley 1770, el arbitraje se mantiene en el ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes, excepto por algunas previsiones sobre arbitraje societario obligatorio que fueron incorporadas con relación a las Empresas Estatales Mixtas, Empresas

Mixtas y Empresas Estatales Intergubernamentales, en conexión con las Controversias en Materia de Inversión Boliviana y Controversias en Materia de Inversión Mixta y Extranjera.

En este artículo se analizará el arbitraje societario en la historia del Derecho Mercantil boliviano, al mismo tiempo de examinar si las sucesivas reformas legales en materia arbitral constituyen o no un avance en el arbitraje societario. Para concluir, se hará una breve referencia a la práctica del arbitraje societario boliviano.

II. El arbitraje societario en la historia del derecho mercantil boliviano.

Los primeros antecedentes del arbitraje societario en la legislación boliviana se encuentran en las regulaciones de las Ordenanzas de Bilbao y el Código Mercantil de 1834, en los cuales el arbitraje societario revestía un carácter obligatorio.

1. Las Ordenanzas de Bilbao.

Según señala Carlos Morales Guillén, hasta la promulgación del Código Mercantil de 1834 por Andrés de Santa Cruz, la actividad comercial del país estaba sometida a las regulaciones de las Ordenanzas de Bilbao y de la Cédula Ereccional del Consulado de Buenos Aires (instaurado el 2 de junio de 1794) por expresa determinación del Decreto de 25 de noviembre de 1829⁶⁷. Estas Ordenanzas de Bilbao establecían el arbitraje como un mecanismo forzoso para la solución de conflictos societarios⁶⁸. El profesor peruano José Ulises Montoya Alberti señala, sobre las

⁶⁷ Morales Guillén, Carlos (1999). CÓDIGO DE COMERCIO CONCORDADO Y ANOTADO CON ARREGLO A LA EDICIÓN OFICIAL, 2da. Edición. La Paz, Ed. Gisbert. Páginas 16 y 17.

⁶⁸ Manuel Olivencia Ruiz, en “*Artículo 11 bis* Arbitraje estatutario”, señala que “siguiendo el modelo de la Ordenanza francesa del Comercio Terrestre (1673), las Ordenanzas de Bilbao (1737) impusieron a los fundadores de compañías la inserción en la escritura de una cláusula de sumisión a arbitraje de cuantas dudas y diferencias surgiesen durante la vida de las compañías y a su fin (Capítulo X, XVI, c). Se trataba de una cláusula obligatoria, fuera de la autonomía de la voluntad” [Manga Alonso, María Teresa (2013).

Ordenanzas de Bilbao, que se constituían en una codificación mercantil española que se aprobó y confirmó en 1737 por el rey Felipe V, de las cuales se llevó a cabo una reimpresión en 1760, que constituyó la primera manifestación expresa del nexo existente entre el arbitraje y los conflictos societarios, lo que se aprecia en el numeral XVI, Capítulo X titulado “De las Compañías de Comercio”, donde se establece el arbitraje forzoso para la resolución de los conflictos en materia societaria⁶⁹.

2. El Código Mercantil promulgado el 13 de noviembre de 1834.

El Código Mercantil de 1834 también establecía, en sus artículos 231 (numeral 10), 281 y 306, el arbitraje societario forzoso en Bolivia. El artículo 231 disponía que las sociedades colectivas, en comandita y anónimas se debían constituir por escritura pública que contenga, entre otros requisitos, *10. El sometimiento a árbitros para los casos de diferencia, y el modo de nombrarlos; con todo lo demás lícito que quieran estipular los socios.*

Por su parte, el artículo 281, referido a la liquidación y división del patrimonio remanente, señalaba que:

Practicada la división se comunicará a los socios, para que en el término de quince días exponga cada uno si se conforma ó no con ella. Toda reclamación en el particular se decidirá por árbitros, que nombrarán las partes dentro de los ocho días siguientes.

«PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL ARBITRAJE ESTATUTARIO». Madrid, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, número 3. Página 61. Disponible en: [https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/articulo_11_bis._arbitraje_estatutario_\(capitulo_de_libro\)_123.pdf](https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/articulo_11_bis._arbitraje_estatutario_(capitulo_de_libro)_123.pdf) (Fecha de consulta: 2021)].

⁶⁹ Montoya Alberti, José Ulises (2016). «EL ARBITRAJE SOCIETARIO». Lima, *Revista Jurídica Docentia et Investigatio*, volumen 18, Facultad de Derecho y Ciencia Política – UNMSM. Páginas 35–50.

Si el artículo 231 dejaba alguna duda sobre qué ocurriría si la escritura constitutiva no contuviese el compromiso de sometimiento de las diferencias a arbitraje, el artículo 306 se encargó de disipar toda duda sobre la obligatoriedad del arbitraje societario al disponer expresamente el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos entre los socios:

Toda diferencia entre los socios se decidirá por árbitros, háyase estipulado ó no así en el contrato. Los árbitros se nombrarán por las partes en el término señalado en la escritura, y en su defecto en el que designare el Juzgado.

Por lo demás, y fuera de lo específicamente regulado en el mismo, el Código Mercantil de 1834 establecía en su artículo 761 una suerte de reenvío al Código de Procederes Santa Cruz de 1832, cuando señalaba que “*El juicio arbitral sobre negocios mercantiles se sujetará en todo á lo que prescribe el Código de procederes en el capítulo de jueces árbitros...*”. Así, el Código de Procederes de Santa Cruz establecía en sus artículos 45 y siguientes el juicio de árbitros.

Por lo tanto, como fue mencionado anteriormente, el Código Mercantil de 1834 instituyó al arbitraje como mecanismo obligatorio para la solución de las controversias que surgieran entre los socios, incluyendo las diferencias en los casos de liquidación y división del patrimonio remanente de la sociedad comercial.

3. El Código de Comercio vigente.

Mediante Decreto Ley 14379 de 25 de febrero de 1977, se promulgó el actual Código de Comercio que entró en vigor el 1 de enero de 1978 en virtud del Decreto Supremo 14807 de 9 de agosto de 1977, abrogando las disposiciones del Código Mercantil de 13 de noviembre de 1834.

El artículo 127 del Código de Comercio, referido al contenido mínimo del instrumento constitutivo de las sociedades comerciales, establece en su inciso 13), que se requiere el “*compromiso sobre jurisdicción arbitral, en su caso*”. Asimismo, en su último párrafo el citado artículo establece que “*en caso de omisión de los requisitos contemplados en los incisos 8) al 14) deben aplicarse las disposiciones pertinentes de este título*”.

El artículo 1480 del Código de Comercio (derogado por el artículo 98, numeral 2, de la Ley 1770), referido a arbitraje en sociedades, disponía que:

En los contratos constitutivos de sociedades comerciales, se debe establecer si las diferencias surgidas entre los socios o de la sociedad con ellos o con sus herederos, se someterán o no a la decisión de árbitros. En caso de haberse omitido esta previsión se entenderá que se someten al juicio de árbitros. No pueden ser sometidos a arbitraje los asuntos relativos a liquidación de sociedades, modificación del contrato social, exclusión y retiro de socios y situación legal de la sociedad.

De acuerdo con las disposiciones anteriores (hasta la promulgación de la Ley 1770 y la derogación de los artículos 1478 al 1486 del Código de Comercio), aunque el instrumento constitutivo de las sociedades comerciales debía contener *el compromiso sobre jurisdicción arbitral* (artículo 127), en caso de haberse omitido esta previsión se entendía que se sometían al juicio de árbitros (artículo 1480). Sin embargo, no podían someterse a arbitraje los asuntos relativos a liquidación de sociedades, modificación del contrato social, exclusión y retiro de socios y situación legal de la sociedad (Art. 1480 in fine). Consecuentemente, si bien la vía arbitral se establecía como un mecanismo por defecto, los socios o accionistas de sociedades comerciales podían acudir a la jurisdicción ordinaria para resolver sus controversias si así estipulaban

expresamente ya sea en el instrumento constitutivo o en los estatutos, o en un acuerdo arbitral posterior.

Como se observa de los textos citados, a diferencia de las disposiciones del Código Mercantil de 1834, el arbitraje societario en el Código de Comercio dejó de ser un mecanismo obligatorio de solución de controversias societarias. Según Olavarría, citado por Brian Haderspock, se convirtió en un mecanismo “semiforzoso”⁷⁰. En el caso de que las partes no hubieran pactado expresamente que la solución de las controversias societarias sería sometida a la jurisdicción ordinaria, por defecto, se sometería a arbitraje, con exclusión de los asuntos relativos a liquidación de sociedades, modificación del contrato social, exclusión y retiro de socios y situación legal de la sociedad.

4. La Ley 1770 de Arbitraje y Conciliación promulgada el 10 de marzo de 1997.

La Ley 1770 derogó mediante su artículo 98, numeral 2, los artículos 1478 al 1486 del Código de Comercio, incluyendo las disposiciones sobre arbitraje societario. Sin embargo, la Ley 1770 no derogó el numeral 13 del artículo 127 del mencionado Código de Comercio. Como señalamos anteriormente, el artículo 127 establece el contenido mínimo del instrumento constitutivo de las sociedades comerciales y, en su inciso 13), requiere el “*compromiso sobre jurisdicción arbitral, en su caso*”. Aunque el último párrafo del artículo 127 señalaba que “en caso de omisión de los requisitos contemplados en los incisos 8) al 14) deben aplicarse las disposiciones pertinentes de este Título”, al derogarse el artículo 1480 que disponía que en caso

⁷⁰ Haderspock, Brian (2015). «ACOTACIONES SOBRE ARBITRAJE SOCIETARIO BOLIVIANO». Madrid, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, número 3. Página 5.

de omitirse se entendía que se sometía a juicio de árbitros, quedó legalmente eliminado el arbitraje como mecanismo de solución de controversia por defecto.

La Ley 1770 se encontraba inspirada, dentro de un marco general, en los lineamientos de la Ley Modelo de CNUDMI⁷¹ ⁷². No incluye ninguna disposición especial sobre arbitraje societario, posiblemente porque tampoco la Ley Modelo incluye referencia alguna al Derecho Societario⁷³, por lo que el arbitraje societario quedó librado a las disposiciones generales sobre el arbitraje comercial.

El artículo 1 establecía el carácter alternativo y facultativo del arbitraje como medio de solución de controversias con relación a la jurisdicción ordinaria de los tribunales de justicia.

El artículo 3 de la Ley 1770, titulado Derechos Sujetos a Arbitraje, establecía que:

Pueden someterse a arbitraje las controversias surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas contractuales o extracontractuales de las partes, mediante el ejercicio de su libre arbitrio sobre derechos disponibles y que no afecten al orden público, antes, en el transcurso o después de intentado un proceso judicial, cualquiera fuere el estado de éste, extinguiéndolo o evitando el que podría promoverse.

⁷¹ Ledezma Rojas, Gastón (2002). «EL ARBITRAJE EN BOLIVIA». La Paz, *Revista Ciencia y Cultura*, número 10. Páginas 20 y 21.

⁷² Conejero Ross, Cristian (2005). «LA INFLUENCIA DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN AMÉRICA LATINA: UN ANÁLISIS COMPARATIVO». Santiago, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 32, número 1. Páginas 89 – 138.

⁷³ Juan Fernández-Armesto, comentando la Ley de Arbitraje de España promulgada en 2003, señala que dicha Ley no contiene referencia alguna al arbitraje societario y que cree que se debe, entre otros, “porque adoptó el esquema de redacción de la Ley Modelo de UNCITRAL, que tampoco menciona el arbitraje societario.” [Fernández Armesto, Juan (2012). «EL ARBITRAJE SOCIETARIO TRAS LA ÚLTIMA REFORMA». La Rioja, *Revista Dialnet*, número 43, versión corregida de la conferencia dada el 1 de diciembre de 2011 en la Academia Matritense del Notariado, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo LII, Separata. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7829841> (Fecha de consulta: 2021)].

El citado artículo 3 establecía el principio de la autonomía de la voluntad de las partes sobre los derechos disponibles, en el ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad y a la propiedad privada garantizados en los artículos 32⁷⁴ y 7 y 22⁷⁵ ⁷⁶de la entonces vigente Constitución Política del Estado (los cuales son replicados en los artículos 14 IV⁷⁷ y 56⁷⁸ ⁷⁹de la Constitución Política del Estado vigente), con relación a la decisión de someter a arbitraje las diferencias que surjan, sea de una relación contractual o extracontractual, siempre que no vayan en contra del orden público.

⁷⁴ El artículo 32 de la Constitución Política del Estado de 1967, con reformas de 1994, según el texto ordenado por Ley N° 1615 de 6 de febrero de 1995, establecía que “Nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que ellas no prohíban”.

⁷⁵ El artículo 7 de la CPE de 1967 establecía en su inciso i) el derecho a la propiedad individual, siempre que cumpla una función social, al igual que su artículo 22 que disponía que: “I. Se garantiza la propiedad privada siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo”.

⁷⁶ El derecho de propiedad comprende tres elementos esenciales: i) El derecho de uso; ii) El derecho de goce; y, iii) El derecho de disfrute. Asimismo, estos tres elementos tienen un sustento axiológico que refuerza dicho contenido esencial, basado en los valores libertad, igualdad, solidaridad y justicia (Sentencia del Tribunal Constitucional 0121/2012 AAC de 2 de mayo de 2012).

⁷⁷ El artículo 14 IV de la CPE establece: “En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban”.

⁷⁸ El artículo 56 de la CPE establece: “I. Toda persona tiene derecho a la propiedad privada individual o colectiva, siempre que ésta cumpla una función social. II. Se garantiza la propiedad privada siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo...”.

⁷⁹ Sobre el particular, Horacio Andalúz Vegacenteno, al comentar la Ley 708 señala que “El arbitraje es un derecho, y de fuente constitucional, porque deriva de la propiedad privada (artículo 56 CPol.Bol.). Deducir un derecho en la vía arbitral es en naturaleza jurídica un acto de disposición. Cuando la constitución garantiza la propiedad, garantiza sus facultades, esto es, la posibilidad de usar, gozar y disponer de un derecho de contenido patrimonial, que es lo definitorio de su contenido esencial (Sentencia del Tribunal Constitucional 121/2012–AAC, 2 de mayo, párrafo III,4)”. [Andalúz V., Horacio (2015). «CONSTITUCIÓN Y ARBITRAJE DE INVERSIONES». Valparaíso, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, volumen 45, número 2. Páginas 245 - 260.

Por otro lado, el artículo 6 de la Ley 1770, titulado Materias Excluidas de Arbitraje, establecía que

I. No podrán ser objeto de arbitraje:

1. Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución.

2. Las cuestiones que versen sobre el estado civil y la capacidad de las personas.

3. Las cuestiones referidas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial.

4. Las cuestiones concernientes a las funciones del Estado como persona de derecho público.

II. Las cuestiones laborales quedan expresamente excluidas del campo de aplicación de la presente ley, por estar sometidas a las disposiciones legales que les son propias.

De las disposiciones citadas, se concluye que bajo la Ley 1770, el requisito para someter una o varias controversias a arbitraje era que la voluntad de las partes, en el ejercicio del libre albedrío, esté plasmada por escrito en una cláusula o convenio arbitral, que se trate de derechos disponibles y que no sea contrario al orden público. Adicionalmente, no eran arbitrables las cuestiones sobre las que hubiesen recaído resolución judicial ejecutoriada, cuestiones relacionadas sobre el estado civil y capacidad de las personas, las cuestiones relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial, cuestiones inherentes a las funciones del Estado como persona de derecho público, ni las cuestiones laborales, las cuales estaban expresamente excluidas del ámbito del arbitraje.

Con respecto al requisito formal del convenio arbitral, el artículo 10 de la Ley 1770 señalaba que “*el convenio arbitral se instrumenta por escrito, sea como cláusula de un contrato principal o por acuerdo separado del mismo*”. De acuerdo con la citada norma, en la medida que

las controversias societarias surjan de las relaciones contractuales – que incluyen escrituras constitutivas y/o estatutos – de las partes y que versen sobre derechos patrimoniales de los socios que sean disponibles, que no se trate de aspectos que sean contrarios al orden público y no encajen en ninguna de las materias excluidas del artículo 6, podían someterse a arbitraje, siempre y cuando las partes así lo hubieran acordado de forma escrita mediante una cláusula arbitral en las escrituras constitutivas y/o estatutos, o de manera posterior en un convenio arbitral separado. Sin embargo, si las partes no hubieran acordado nada al respecto, las controversias debían ser sometidas a la jurisdicción ordinaria.

El último aspecto relevante de la Ley 1770 que era aplicable también a los arbitrajes societarios se refería al tipo de arbitraje. El artículo 54 referido a las normas aplicables al fondo señalaba en su parágrafo II que *“[S]alvo pacto en contrario, el Tribunal Arbitral decidirá según la equidad y conforme a sus conocimientos y leal saber y entender”*. Por lo tanto, bajo la Ley 1770, si bien las partes tenían la facultad de estipular si el arbitraje sea en derecho o en equidad, en caso de omitirse se entendía que el arbitraje sería en equidad, conforme a los conocimientos y leal saber y entender del tribunal arbitral.

III. El marco legal vigente: La Ley 708 de Conciliación y Arbitraje del 25 de junio de 2015.

1. Aspectos generales.

El marco legal vigente sobre el arbitraje está dado por la Ley 708 que abrogó la Ley 1770. Esta Ley tomó como base inicial la Ley 1770, que a su vez tuvo como referencia, como lo mencionamos anteriormente, a la Ley Modelo de la materia emitida por la Comisión de Naciones Unidas del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)⁸⁰. Respecto al arbitraje de las sociedades comerciales tradicionales, esta ley no contiene ninguna novedad. Sin embargo, sí contiene algunas previsiones para el arbitraje societario referidas a las empresas intergubernamentales, empresas estatales mixtas y empresas mixtas a las que nos referiremos más adelante.

De acuerdo al artículo 1, la Ley 708 tiene por objeto: *“regular la conciliación y el arbitraje, como medios alternativos de resolución de controversias emergentes de una relación contractual o extracontractual”*.

En la misma línea, al referirse a la naturaleza del arbitraje el artículo 39 de la Ley 708 dispone en su primer párrafo que:

“El arbitraje es un medio alternativo a la resolución judicial de las controversias entre las partes, sean estas personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras cuando éstas versen sobre temas que no estén prohibidos por la Constitución Política del Estado y la Ley, ante la o el Árbitro Único o Tribunal Arbitral, pudiendo ser un arbitraje institucional o arbitraje Ad Hoc. ...”

⁸⁰ Empresarios Privados de Bolivia (2015). «BOLETÍN INFORMATIVO». La Paz, Unidad de Análisis Legislativo, año 4, número 8.

Sobre las materias excluidas de la conciliación y del arbitraje, el artículo 4 establece que no podrá someterse a la Conciliación ni al Arbitraje, lo siguiente:

- 1.- La propiedad de los recursos naturales.*
- 2.- Los títulos otorgados sobre reservas fiscales.*
- 3.- Los tributos y regalías.*
- 4.- Los contratos administrativos, salvo lo dispuesto en la presente Ley.*
- 5.- El acceso a los servicios públicos.*
- 6.- Las licencias, registros y autorizaciones sobre recursos naturales en todos sus estados.*
- 7.- Cuestiones que afecten al orden público.*
- 8.- Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución.*
- 9.- Las cuestiones que versen sobre el estado civil y la capacidad de las personas.*
- 10.- Las cuestiones referidas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial.*
- 11.- Las cuestiones concernientes a las funciones del Estado.*
- 12.- Las cuestiones que no sean objeto de transacción.*
- 13.- Y cualquier otra determinada por la Constitución Política del Estado o la Ley.*

Adicionalmente, bajo el título de “exclusión expresa”, el artículo 5 establece que quedan excluidas de la aplicación de la presente Ley:

- 1.- Las controversias en materia laboral y de seguridad social, por estar sometidas a disposiciones legales que el son propias.*
- 2.- Los acuerdos comerciales y de integración entre Estados, suscritos por el Estado Plurinacional de Bolivia, los cuales se regirán por las disposiciones sobre conciliación y arbitraje que determinen las partes, en el marco de éstos.*

3.- Los contratos de financiamiento externo que suscriba el Estado Plurinacional de Bolivia con organizaciones u organismos financieros internacionales”.

Con respecto al requisito formal del acuerdo arbitral, los artículos 42 y 43 de la Ley 708 establecen lo siguiente:

Artículo 42. (CLÁUSULA ARBITRAL)

La cláusula arbitral es 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.

Artículo 43. (CONVENIO ARBITRAL)

I.- El Convenio Arbitral es el acuerdo que se instrumenta por escrito en otro documento posterior diferente al contrato, en el cual las partes se obligan a someter las controversias a arbitraje.

II.- El Convenio Arbitral debe constar en un soporte físico, electrónico o cualquier otro que deje constancia de la expresión de voluntad de las partes, manifestada en conjunto o en forma sucesiva.

III.- El Convenio Arbitral hará referencia a una relación contractual o extracontractual.

Con relación a los aspectos generales, tenemos básicamente una situación similar a la que establecía la Ley 1770. De conformidad con las normas citadas, en la medida que las controversias societarias surjan de las relaciones contractuales – como las escrituras constitutivas y/o los estatutos – o extracontractuales de las partes y que versen sobre derechos que puedan ser objeto de transacción (o que sean disponibles, como señalara la Ley 1770) por los socios, que no se trate de cuestiones que sean contrarios al orden público y no encajen en ninguna de las otras materias excluidas de los artículos 4 y 5, pueden someterse a arbitraje, siempre y cuando las partes así lo hubieran pactado de forma escrita mediante una cláusula arbitral en las escrituras constitutivas y/o estatutos, o de manera posterior, en un convenio arbitral separado.

Debido a que ya no existe ninguna disposición legal que haga del arbitraje societario un mecanismo obligatorio como ocurría en las regulaciones de las Ordenanzas de Bilbao o en las disposiciones del Código Mercantil de 1834, ni tampoco una disposición que haga del arbitraje un mecanismo de solución de controversias por defecto en caso de que no exista acuerdo de las partes, como lo disponía el artículo 1480 derogado del Código de Comercio vigente, si las partes no acuerdan una cláusula arbitral expresamente en las escrituras constitutivas y/o estatutos, o suscriben un convenio arbitral expresamente para someter cualquier controversia societaria a arbitraje, se entenderá que las controversias societarias deberán someterse a la jurisdicción ordinaria.

Por otra parte, respecto al tipo de arbitraje, al igual que lo que establecía la Ley 1770, de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 708, *“es potestad de las partes decidir que la o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral, resuelva la controversia en derecho o en equidad”*, pero al contrario de la Ley 1770, *“cuando no exista pacto expreso con respecto al tipo de arbitraje, éste será en derecho”*. Según lo dispuesto por el mismo artículo 40: *“Arbitraje en Derecho es aquel en el que la o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral debe resolver la controversia aplicando estrictamente la norma jurídica pertinente al caso, para fundamentar su decisión”*.

En cambio:

Arbitraje en Equidad es aquel en el cual la o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral, resuelve la controversia de acuerdo con su leal saber y entender, según su sentido natural de lo justo y de acuerdo con lo correcto.

Por lo tanto, en caso de omisión de las partes en especificar el tipo de arbitraje en el instrumento constitutivo o el estatuto, bajo la Ley 708 actualmente en vigor, el arbitraje societario será en derecho, debiendo el árbitro único o el tribunal arbitral resolver la controversia aplicando estrictamente las normas jurídicas pertinentes al caso, para fundamentar su laudo arbitral.

2. Arbitraje societario forzoso para las empresas públicas incorporadas al artículo 126 del Código de Comercio.

Como señalamos en la introducción del presente capítulo, la novedad en la Ley 708 respecto al arbitraje societario se encuentra en el Capítulo II referido a las Controversias con el Estado en Inversiones del Título IV de los Regímenes Especiales. El artículo 127 de la Ley 708 establece lo siguiente:

Artículo 127º.- (Carácter)

I.- Las controversias en materia de inversiones estarán sometidas a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas.

II.- Las reglas del presente Capítulo se aplicarán a las controversias de una relación contractual o extracontractual, cuando el Estado sea parte de dichas controversias y éstas surjan o estén relacionadas con una inversión establecida en la Ley No. 516 de 4 de abril de 2014, de Promoción de Inversiones.

III.- Las partes en controversia, previamente a recurrir al arbitraje, deberán recurrir a la vía de la conciliación.

IV.- Las controversias de las empresas públicas, en el marco del Parágrafo II del presente Artículo, se solucionarán:

1.- Aplicando la Sección II del presente Capítulo:

A.- Cuando surjan a consecuencia de la interpretación, aplicación y ejecución de decisiones, actividades y normas entre socios de la empresa estatal intergubernamental.

B.- Cuando surjan al interior y entre empresas estatales y empresas estatales intergubernamentales.

II.- Aplicando la Sección III del presente Capítulo:

A.- Cuando surjan a consecuencia de la interpretación, aplicación y ejecución de decisiones, actividades y normas entre socios de la empresa estatal mixta y empresa mixta.

B.- Cuando surjan al interior y entre empresas estatales mixtas y empresas mixtas.

Conforme a la Ley 466 de la Empresa Pública promulgada el 26 de diciembre de 2013 (“Ley 466”), la empresa estatal mixta⁸¹, la empresa mixta⁸² así como la empresa estatal intergubernamental⁸³ fueron incluidas en los tipos societarios comerciales del artículo 126 del Código de Comercio⁸⁴ y, por lo tanto, además de la Ley 466, se rigen por dicho Código como

⁸¹ Artículo 6 I b) de la Ley 466: Empresa Estatal Mixta – EEM, cuyo patrimonio está constituido por aportes del nivel central del Estado mayores al 70% (setenta por ciento) y menores al 100% (cien por ciento), y aportes privados de origen interno y/o aportes de empresas públicas o privadas extranjeras; en este tipo de empresas podrán participar como otro socio las Entidades Territoriales Autónomas – ETAs.

⁸² Artículo 6 I c) de la Ley 466: Empresa Mixta – EM, cuyo patrimonio está constituido por aportes del nivel central del Estado desde el 51% (cincuenta y uno por ciento) y hasta el 70% (setenta por ciento), y aportes privados de origen interno y/o aportes de empresas públicas o privadas extranjeras; en este tipo de empresas podrán participar como otro socio las ETAs.

⁸³ Artículo 6 I d) de la Ley 466: Empresa Estatal Intergubernamental – EEI, cuyo patrimonio está constituido por aportes del nivel central del Estado desde el 51% (cincuenta y uno por ciento) y menores al 100% (cien por ciento) y aportes de las ETAs.

⁸⁴ Disposición Final Octava de la Ley 466: Se modifica el Artículo 126 del Decreto Ley 14379, de 25 de febrero de 1977, Código de Comercio con el siguiente texto: “Artículo 126.- (TIPICIDAD). Las sociedades comerciales, cualquiera sea su objeto, sólo podrán constituirse en alguno de los siguientes tipos: 1. Sociedad colectiva; 2. Sociedad en comandita simple; 3. Sociedad de responsabilidad limitada; 4. Sociedad anónima; 5. Sociedad en comandita por acciones; 6. Asociación accidental o de cuentas en participación; 7. Sociedad de economía mixta; 8. Empresa mixta; 9. Empresa estatal mixta; y 10. Empresa estatal intergubernamental. La empresa estatal mixta, la empresa mixta y la empresa estatal intergubernamental sujetarán su actividad comercial a las disposiciones del presente Código, considerando las regulaciones que se establecen en la Ley de la Empresa Pública que es de preferente aplicación. Las sociedades cooperativas se rigen por Ley especial. Subsidiariamente, se aplicarán a ellas las prescripciones de las sociedades de

bien señala el artículo 7 numeral I de la Ley 466. El artículo 127 en análisis establece un arbitraje societario de carácter obligatorio, cuando las partes no lograsen una solución mediante la conciliación, para la empresa estatal mixta, la empresa mixta y la empresa estatal intergubernamental.

La Sección 2 titulada “Controversias en Materia de Inversión Boliviana”, del Capítulo II (Controversias con el Estado en Inversiones), en los artículos 130 (Reglas Comunes para Conciliación y Arbitraje) y 131 (Particularidades) establecen ciertas reglas especiales para los procedimientos de la conciliación y arbitraje aplicables a las controversias societarias que surgieran de la empresa estatal intergubernamental y/o a las controversias que surgiesen entre la empresa estatal y la empresa estatal intergubernamental.

Asimismo, la Sección 3 titulada “Controversias en Materia de Inversión Mixta y Extranjera” del Capítulo II (Controversias con el Estado en Inversiones), en los artículos 132 (Particularidades en la Conciliación) y 133 (Particularidades en el Arbitraje) establecen también ciertas reglas especiales para los procedimientos de la conciliación y arbitraje aplicables a las controversias societarias surgidas de la empresa estatal mixta y/o de la empresa mixta.

responsabilidad limitada, en cuanto no sean contrarias; pero, si tuvieran como finalidad cualquier actividad comercial ajena a su objeto, quedan sujetas, en lo pertinente, a las disposiciones de este Código”.

IV. Limitaciones legales del arbitraje societario.

La pregunta que nos surge del artículo 4 de la Ley 708 es: ¿cuáles son las cuestiones que afectan al orden público o aquellas que no pueden ser objeto de transacción (aspectos que también estaban contemplados en el artículo 3 de la abrogada Ley 1770 como derechos que afectan al orden público o derechos no disponibles), y que por lo tanto no pueden ser sometidas a arbitraje societario?

Para responder a esta pregunta, debemos primero entender lo que significa orden público, lo cual no es tarea fácil.

Caivano R. J. señala que “*suele objetarse la arbitrabilidad de determinadas cuestiones por invocarse, como aplicables al caso, normas de orden público*”. Señala que se argumenta que la naturaleza del orden público de una norma implica que su interpretación y aplicación están fuera del alcance de la jurisdicción de los árbitros y que sus disposiciones sólo pueden ser interpretados por los magistrados judiciales⁸⁵. En su artículo titulado Arbitrabilidad y Orden Público, después de precisar el alcance de la expresión “orden público”, analiza el tratamiento que este tema ha tenido en el Derecho comparado, principalmente en Francia y Estados Unidos, concluyendo que la anterior afirmación es errónea. Señala que la noción de orden público es, indiscutiblemente, una de las más difíciles de definir. Señala que no se discute que el orden público puede afectar la *arbitrabilidad* de una materia. Tampoco se discute que el legislador tenga la potestad de señalar determinados contenidos imperativos a las normas que dicta. Pero, como

⁸⁵ Caivano, Roque J. (2013). «ARBITRABILIDAD Y ORDEN PÚBLICO». Perú, *Foro Jurídico*. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801> (fecha de consulta: 2022). Página 65.

se ha visto: “Ni las razones de orden público que subyacen en una norma ni la imperatividad – que es su consecuencia – ocasionan, necesariamente, la no–arbitrabilidad de las controversias que a ella se refieran”.

Concluye señalando en resumen que como cuestión de principio, el hecho de que en una controversia estén en juego derechos sustantivos indisponibles, o que su solución exija interpretar o aplicar normas de orden público, no constituye un impedimento al ejercicio de la jurisdicción arbitral:

“No es correcto postular genéricamente que las cuestiones que afecten al orden público no pueden ser sometidas a juicio arbitral. O al menos, no siempre es correcto. Esas cuestiones pueden ser decididas por árbitros. El límite que el orden público impone a la jurisdicción arbitral no es la invocación de una norma de ese carácter sino, en todo caso, la violación del orden público; violación que no podrá nunca surgir de la cláusula contractual que le atribuye jurisdicción a los árbitros sino, eventualmente, de lo que éstos resuelvan en el laudo”.

Quiere decir que no puede privarse a los árbitros de juzgar y resolver las cuestiones que se le someten, sin perjuicio del ejercicio de las facultades de revisión y control que el ordenamiento reserva al Poder Judicial, por medio de las cuales podrá dejar sin efecto un laudo que contravenga el orden jurídico⁸⁶. Por su lado, Francisco González de Cossío, analiza sobre el orden público y arbitrabilidad en el caso mexicano⁸⁷. Comienza señalando que dos causales de nulidad o no reconocimiento de laudos arbitrales han probado ser tan interesantes como

⁸⁶ Ibidem. Páginas 65–77.

⁸⁷ González de Cossío, Francisco (2008). «ORDEN PÚBLICO Y ARBITRABILIDAD: DÚO DINÁMICO DEL ARBITRAJE». Guatemala, *Revista Auctoritas Prudentium*. Disponible en: <https://unis.edu.gt/ap/agosto-2008/index.html> (fecha de consulta: 2022). Páginas 2 y ss.

problemáticas: el orden público y la arbitrabilidad. Continúa señalando que un laudo puede ser anulado o cuya ejecución rechazada en caso de que sea contrario al orden público. El concepto y alcance de esta causal ha sido el dolor de cabeza de judicaturas diversas debido a lo fluctuante y complejo de la noción, no siendo una excepción México. Aún más, asevera que se observa que la causal “de cajón” utilizada por las partes perdedoras en un procedimiento arbitral, pero señala que la práctica debe ser reprobada, las tácticas rechazadas y la chicana sancionada. Precizando lo que es “orden público”, señala que en general se entiende por tal “*las nociones más básicas de moralidad y de justicia de un sistema jurídico*”, aclarando que la definición no es académica, sino que proviene de judicaturas importantes, cuya experiencia vale la pena considerar. Por ejemplo, cita un caso estadounidense que razonó que:

“Una sentencia es inejecutable por ser violatoria del orden público en la medida en que “repugne las nociones fundamentales de lo que es decente y justo en el Estado donde se busca la ejecución. (...) El estándar es alto y rara vez alcanzado...”.

Según el mismo autor, otra jurisdicción que sirve de ejemplo es Francia donde se ha dicho (Renosol y Cargill) que el orden público es el conjunto de reglas y de valores que no pueden ser desconocidos al ejecutar un laudo. Al analizar su validez, el juez no puede pronunciarse sobre el fondo de la decisión ni la apreciación de los árbitros sobre los derechos de las partes. La nulidad puede proceder cuando su ejecución choque con la concepción francesa del orden público internacional. Y refiriéndose a lo que no es orden público, señala que hay quien asimila a las normas imperativas con el orden público, pero que ello es un error. Asevera que el término orden público puede encontrarse en diversas leyes, pero que ello no implica que toda caracterización

de una ley como de orden público la torna en inarbitrable. Según la Suprema Corte de Justicia, para que una ley de orden público o interés social se eleve a rango de orden público como causal de invalidez de un laudo, tiene que tratarse de una “noción básica de moralidad y de justicia” del sistema jurídico relevante. Esto es, según González, de naturaleza distinta del orden público contractual.

Veamos ahora la situación en Bolivia. Partiremos de los comentarios de Morales Guillén sobre el artículo 302 del Código de Comercio. El tratadista boliviano señala que:

La expresión criticada (contraria al orden público), no ha de entenderse en el concepto dominante en el derecho administrativo..., y que en la materia que se trata puede manifestarse en deliberaciones o acuerdos dirigidos a infringir las prohibiciones del artículo 140 (actividad ilícita o prohibida). Fundamentalmente, en el caso que se examina, resolución contraria al orden público, ha de entenderse, según señala Messineo, como aquella que va contra los principios fundamentales y de interés general (en este caso, interés general social y extra-social), sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico del Estado. Esto es, la expresión criticada, alude principalmente a las normas que son coactivas por ser de observancia inderogable (Messineo), tales las de derecho público y, a veces, algunas de derecho privado que se llaman entonces de orden público o que interesan al orden público y son, en tal virtud, de observancia inexcusable porque ha de hacerse lo que ellas mandan y como ellas mandan⁸⁸.

⁸⁸ Morales Guillén, Carlos (1999). CÓDIGO DE COMERCIO CONCORDADO Y ANOTADO CON ARREGLO A LA EDICIÓN OFICIAL (...) op. Cit. Páginas 363 y 364.

En una jurisprudencia indicativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional señala que:

“El orden público se encuentra integrado por normas, principios jurídicos, públicos, privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son de cumplimiento incondicional por los componentes de un conglomerado social, por cuanto resultan ser absolutamente indispensables para la conservación del orden social en un determinado territorio y en un momento histórico dado. Consiguientemente, las normas que revisten y componen el orden público, no pueden ser derogadas por los miembros de una sociedad⁸⁹.”

Como vemos, el Tribunal Constitucional da un concepto muy amplio y, al mismo tiempo, vago y ambiguo sobre el orden público, lo que complica delimitar el alcance de *“las cuestiones que afectan al orden público”*. No obstante, sobre la base de lo expuesto en el caso boliviano, y considerando que estamos en un sistema de derecho positivo, podemos señalar que las cuestiones que por ley están sujetas a una limitación legal, o requieren un tratamiento específico como una declaración o decisión judicial por mandato de una norma específica pueden entenderse como cuestiones de orden público y no pueden, mientras no se modifique conforme a las leyes aplicables, ser sometidas a arbitraje por simple acuerdo de particulares.

Ahora toca entender cuáles son las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción o los llamados derechos no disponibles que no pueden ser sometidas a arbitraje societario. El artículo 946 del Código Civil, referido a la “Capacidad y Prohibiciones para Transigir”, establece:

⁸⁹ SCP 0041/2013-L del 6 de marzo de 2013.

I. Para transigir se requiere tener capacidad de disposición sobre los bienes comprendidos en la transacción.

II. La transacción hecha sobre derechos o cosas que no pueden ser objeto o materia de contrato tiene sanción de nulidad.

Para comprender a cabalidad cuáles son las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción o no disponibles, es conveniente recordar cuáles son las cuestiones que sí pueden ser objeto de transacción o son disponibles. Podemos partir del principio general de la libertad personal consagrado en el artículo 14 IV de la CPE que dice “*en el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban*”. Este principio nos señala que la libertad personal es la regla y las excepciones solo están determinadas por ley; es decir, uno puede hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido. Dentro de las facultades de ejercer dicha libertad personal, está la de disponer de los derechos propios, basado también en el derecho a la propiedad garantizado por el artículo 56 de la CPE. De acuerdo con el Tribunal Constitucional Plurinacional, el derecho de propiedad comprende tres elementos esenciales: i) el derecho de uso; ii) el derecho de goce; y, iii) el derecho de disfrute. Asimismo, estos tres elementos tienen un sustento axiológico que refuerza dicho contenido esencial, basado en los valores libertad, igualdad, solidaridad y justicia⁹⁰. De ahí proviene la facultad de disponer de los derechos propios. Sin embargo, existen algunas normas prohibitivas sobre la disposición de los derechos; por ejemplo, un trabajador no puede convenir con su empleador para que éste le pague menos del salario mínimo fijado por ley cuando trabaja

⁹⁰ SCP 0121/2012 AAC de 2 de mayo de 2012, párrafo III, 4.

el máximo de horas diarias también fijadas por ley; asimismo el trabajador no puede renunciar a sus beneficios sociales, por más que exista pacto o convenio que así lo establezca, debido a que hay una norma que lo prohíbe⁹¹. En resumen, son derechos disponibles o cuestiones que pueden ser objeto de una transacción aquellos que tienen un contenido patrimonial, cuya disposición no está prohibida o restringida por la ley. *Contrario sensu*, son derechos indisponibles o cuestiones que no pueden ser objeto de transacción aquellos derechos que no son de contenido patrimonial o que aun siendo de contenido patrimonial, su disposición está prohibida o limitada por la ley. Adicionalmente, como el mencionado artículo 946 del Código Civil señala que “*para transigir se requiere tener capacidad de disposición sobre los bienes comprendidos en la transacción*”⁹², no debemos perder de vista que en materia societaria, en algunos casos de conflictos entre socios o entre grupos de socios, o entre un socio o un grupo de socios y la sociedad, la solución del conflicto podría afectar a otros socios, que serían terceros no involucrados directamente, en cuyo caso, podría caer dentro de las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción porque afectan derechos de terceros, sobre los que no tienen capacidad de disposición las partes.

En esta línea, para identificar las limitaciones del arbitraje societario que nacen del orden público o se consideran cuestiones que no pueden ser objeto de transacción, debemos revisar las disposiciones del Código de Comercio que tienen carácter imperativo como prohibiciones,

⁹¹ El artículo 48 III. de la CPE establece: “Los derechos y beneficios reconocidos en favor de las trabajadoras y los trabajadores no pueden renunciarse, y son nulas las convenciones contrarias o que tiendan a burlar sus efectos.”

⁹² No olvidemos que en materia comercial, el Código Civil se aplica supletoriamente. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1 del Código de Comercio, “(...) *En los casos no regulados expresamente, se aplicarán por analogía las normas de este Código y, en su defecto, las del Código Civil*”.

expresas o implícitas, para determinados asuntos o el requerimiento legal de una decisión judicial con respecto a determinados asuntos societarios.

1. Exclusión de socios.

Como lo señalamos anteriormente, hasta antes de la promulgación de la Ley 1770, estaba vigente el artículo 1480 del Código de Comercio que establecía el arbitraje societario como mecanismo de solución de controversias en caso de no existir una previsión diferente en un contrato, como un instrumento constitutivo o estatutos, con excepción de “los asuntos relativos a liquidación de sociedades, modificación del contrato social, exclusión y retiro de socios y situación legal de la sociedad”, cuestiones que requerían de un pronunciamiento judicial. Al derogar la Ley 1770 el mencionado artículo 1480 del Código de Comercio, por una parte se eliminó el arbitraje como medio de solución de controversias societarias por defecto, pero por otra parte también se eliminaron las restricciones al arbitraje societario antes señaladas, salvo la cuestión referida a la exclusión de socios en las sociedades colectivas, en comandita simple, asociación accidental o cuentas en participación (que en sentido estricto no es un tipo societario) y de responsabilidad limitada, en virtud a lo dispuesto por el artículo 374 vigente, para los cuales se requiere de decisión judicial, según lo previsto por el artículo 376, también del Código de Comercio.

El artículo 374 del Código de Comercio textualmente dice:

Art. 374.- (EXCLUSION DE SOCIOS) En todas las sociedades mencionadas en el artículo anterior, cualquier socio puede ser excluido si media justa causa. Existirá justa causa cuando el socio:

1) Incurra en grave incumplimiento de sus obligaciones;

2) Cometa actos fraudulentos o dolosos contra la sociedad;

3) Use, en su provecho personal, la firma o el patrimonio social, sin autorización;

4) Sea declarado en quiebra, pierda su capacidad o esté inhabilitado para ejercer el comercio, excepto si se trata de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada.

Estas causas también son aplicables a los socios gestores de las sociedades en comandita por acciones.

Las sociedades mencionadas en el artículo 373⁹³ del Código de Comercio son la sociedad colectiva, sociedad comandita simple, asociación accidental o cuentas en participación y la sociedad de responsabilidad limitada.

Por su parte, el artículo 376 dispone:

Art. 376.- (NECESIDAD DE DECISION JUDICIAL). La exclusión de un socio y, en su caso, su suspensión provisional, se solicitará por los representantes de la sociedad o por cualquier socio bajo su responsabilidad personal. El juez procederá sumariamente. La exclusión solicitada por uno de los socios se substanciará con citación de todos los demás.

Consecuentemente, la exclusión de socios en los casos de las sociedades colectivas, en comandita simple, asociación accidental o cuentas en participación y de responsabilidad limitada, no puede ser sometida a arbitraje por ser una cuestión implícitamente excluida del arbitraje por el Código de Comercio, al requerir de una decisión judicial.

⁹³ Artículo 373 del Código de Comercio.- (MUERTE DE UN SOCIO). En la sociedad colectiva, comandita simple y asociación accidental o cuentas en participación, la muerte de un socio resuelve parcialmente el contrato. Sin embargo, en las sociedades colectivas y en comandita simple puede estipularse que la sociedad continúe con los herederos del socio fallecido si éstos tienen capacidad para ejercer el comercio. En la sociedad en comandita puede condicionarse la incorporación de los herederos a la transformación de su parte en comanditaria. En la sociedad de responsabilidad limitada se aplicará lo dispuesto en el artículo 212.

Ahora bien, qué ocurre en los otros tipos societarios no contemplados en el artículo 373 y 374 del Código de Comercio, es decir, en las sociedades anónimas y las sociedades comanditarias por acciones. (i) ¿Se entiende que dicha cuestión puede ser sometida a arbitraje en las sociedades por acciones? (ii) ¿O simplemente no existe la posibilidad de exclusión de socios (accionistas)? Finalmente, (iii) ¿Qué otras cuestiones societarias podrían afectar al orden público o no son cuestiones que no puedan ser objeto de transacción y, por tanto, que no pueden ser sometidas a arbitraje?

Con respecto a la primera y segunda interrogantes, en principio podríamos entender que, conforme al derecho fundamental de las personas consagrado en el artículo 14 IV. de la Constitución Política del Estado ya citado y no existiendo una prohibición legal, sería posible someter a arbitraje la exclusión de socios/accionistas en las sociedades anónimas y las sociedades comanditarias por acciones, si su instrumento constitutivo o estatuto tienen una previsión expresa al respecto. Sin embargo, la cuestión requiere de un análisis en mayor profundidad. Para el efecto, debemos recordar el carácter despersonalizado de las sociedades por acciones – las sociedades anónimas y las sociedades comanditarias por acciones (aunque esta última tiene característica mixta en cuanto los socios gestores tienen características similares a los socios de una sociedad colectiva) – que son las llamadas sociedades de capital, a diferencia de las sociedades personales como son las sociedades colectivas y las sociedades en

comandita simple⁹⁴, y las sociedades de responsabilidad limitada que tienen una característica mixta⁹⁵.

En las sociedades de capital, no tiene relevancia la cualidad personal del accionista, sino el capital que aporta, con la salvedad de los socios gestores de la sociedad en comandita por acciones, que responden por las obligaciones de la sociedad como los socios de una sociedad colectiva. Es decir, fuera de pagar el capital suscrito, los accionistas no asumen ninguna otra responsabilidad. En este sentido, el artículo 217 del Código de Comercio dispone, con respecto a la sociedad anónima, que “La responsabilidad de los socios queda limitada al monto de las acciones que hayan suscrito”. Por su lado, el artículo 356 establece también la responsabilidad limitada de los socios comanditarios al señalar que “Los socios comanditarios limitan su responsabilidad al monto de las acciones que hayan suscrito”.

Si consideramos el carácter despersonalizado de los accionistas que son fundamentalmente socios capitalistas y que tienen una responsabilidad limitada al monto de las acciones suscritas, difícilmente podría configurarse una causal de exclusión de accionistas, excepto por el incumplimiento del compromiso de pago de las acciones suscritas por el accionista y en el caso de los socios gestores de las sociedades en comandita por acciones. En todo caso, estas cuestiones deberán estar expresamente detalladas en el respectivo instrumento constitutivo o estatuto.

⁹⁴ Galgano, Francesco (1999). DERECHO COMERCIAL – LAS SOCIEDADES, volumen II. Bogotá, Ed. Temis S.A. Páginas 45–63.

Reyes Villamizar, Francisco (2004). DERECHO SOCIETARIO. Bogotá, Ed. Temis S.A. Páginas 16–20.

⁹⁵ Ibidem. Página 19.

Ahora nos toca responder la tercera interrogante: ¿Qué otras cuestiones societarias podrían afectar al orden público o no pueden ser objeto de transacción y, por lo tanto, no podrían someterse a arbitraje societario? Podríamos intentar una aproximación guiándonos por las cuestiones que la ley requiere, expresa o implícitamente, de una decisión judicial. En este sentido, señalaremos a continuación algunas cuestiones societarias que requieren de declaración o decisión judicial de acuerdo con el Código de Comercio, o que por disposición expresa del mismo Código no se pueda aplicar el contrato social y, por consiguiente, no podrían ser sometidas a arbitraje. Por fines de economía, todos los artículos que se mencionan a continuación son del Código de Comercio, salvo que se señale expresamente a otra norma legal.

2. Anulación del acto constitutivo.

Con respecto a la anulación del acto constitutivo aplicable a las sociedades en general, el artículo 133 (Personalidad Jurídica de las Sociedades, Anulación de Acto Constitutivo) dispone que las sociedades adquirirán personalidad jurídica desde el momento de su inscripción en el Registro de Comercio, sin necesidad de otro requisito: *“La anulación del acto constitutivo declarada judicialmente, no tiene efecto retroactivo y determina la disolución y liquidación de la sociedad.”*

Concordantemente, el Artículo 546 del Código Civil, referido a la “Verificación Judicial de la Nulidad y la Anulabilidad”, dispone que “La nulidad y la anulabilidad de un contrato deben ser pronunciadas judicialmente”. Aunque bajo la Ley 1770, siguiendo la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, se contemplaba en su artículo 32 II la posibilidad de que el tribunal arbitral pudiese declarar la nulidad de un contrato, modificando implícitamente, como

ley especial y posterior, el artículo 546 antes mencionado, la vigente Ley 708 eliminó de su texto (o, para ser más precisos, no incluyó en su texto) dicha potestad del tribunal arbitral⁹⁶. Consecuentemente, el artículo 546 del Código Civil vuelve a tener plena vigencia y la anulación del acto constitutivo basada en causas de nulidad requiere de una declaración judicial y no puede ser objeto de arbitraje societario.

El caso de anulación del acto constitutivo por causas de anulabilidad podría ser diferente, puesto que de acuerdo a lo previsto por el artículo 558 del Código Civil sería una cuestión transigible. Dicho artículo establece: *“I. La parte a quien la ley le confiere la facultad de demandar la anulación, puede confirmar el contrato”* y *“III. La confirmación hace eficaz el contrato retroactivamente al momento de la celebración, sin perjuicio del derecho de los terceros.”* Consecuentemente, las causas de anulabilidad que hubieran sido confirmadas por la parte o las partes con legítimo derecho a demandar la anulación no tendrían la misma restricción que las causas de nulidad arriba señalada. Este comentario será aplicable a todos los casos de anulabilidad en los que la parte o las partes con legítimo derecho a demandar la anulación pudieran confirmar, ratificar o aprobar.

⁹⁶ Aunque la jurisdicción ordinaria se resistía en reconocer esta facultad del tribunal arbitral, a criterio del autor, el artículo 32 II de la Ley N° 1770, siendo una ley especial y posterior al Código Civil, modificó tácitamente el artículo 546 del Código Civil, para permitir que el tribunal arbitral pueda pronunciarse sobre la nulidad de contratos que fuera sometida a arbitraje sobre la base de un acuerdo arbitral. De hecho, la SCP 2471/2012 del 22 de noviembre de 2012 reconoció esta facultad aunque de manera limitada “en relación a nulidades pactadas contractualmente”.

3. Sociedades irregulares y de hecho.

El artículo 134 (Sociedades Irregulares y de Hecho) dispone que:

Las sociedades de los tipos autorizados que no se constituyan regularmente y las sociedades de hecho que hubieran exteriorizado como tales frente a terceros, se reputarán existentes solamente para los efectos de la responsabilidad respecto de terceros y para ejercer los derechos emergentes de contratos válidamente celebrados. En estos casos, no pueden los socios, fundados en el contrato social, ejercer derechos o reclamar obligaciones; sus relaciones recíprocas se rigen por el derecho común.

Es decir, las controversias societarias que surjan en las sociedades irregulares y de hecho con respecto a terceros deben someterse a la jurisdicción ordinaria y sus socios no pueden reclamar la aplicación del arbitraje societario si no se constituyeron regularmente cumpliendo con las normas legales aplicables, por más que su contrato social lo hubiera previsto. Sin embargo, no debiera existir impedimento para que los socios puedan someter a arbitraje las controversias que pudieran surgir entre sí, en relación a la sociedad irregular y de hecho, en base a una cláusula arbitral o un convenio arbitral.

4. Nulidad de sociedades atípicas.

El artículo 137 (Nulidad de Sociedades Atípicas) establece que:

Es nula la constitución de sociedades comerciales cuando éstas tengan una estructura diferente a los tipos autorizados por este Código. Los requisitos esenciales no tipificantes hacen anulable el contrato; no obstante, podrán ser subsanados mientras no medie acción judicial.

De acuerdo a lo dispuesto en este artículo, la declaración de nulidad de sociedades atípicas presupone una acción judicial, por lo que no podrá someterse a arbitraje.

5. Anulación del contrato social por vicios del consentimiento.

El artículo 138 (Vicios del Consentimiento) señala que:

Los vicios del consentimiento, declarados judicialmente cuando afecten al vínculo de alguno de los socios, producirán la anulación del contrato sólo con relación a ese socio; empero, cuando la participación del mismo sea esencial al objeto del contrato social, se procederá a la disolución y liquidación de la sociedad.

Los comentarios expresados líneas arriba con respecto a la “*anulación del acto constitutivo*” dispuesta por el artículo 133, que no es otra cosa que la “*anulación del contrato constitutivo*”, son también plenamente aplicables a la presente cuestión que involucra la anulación parcial o total del contrato constitutivo. Por lo tanto, la anulación del contrato constitutivo basado en los vicios del consentimiento requiere de declaración judicial, por lo que no puede someterse a arbitraje.

6. Objeto ilícito.

El artículo 139 (Objeto Ilícito) establece que:

La sociedad que tenga objeto ilícito es nula... La nulidad podrá ser demandada por cualquier interesado o a denuncia del Ministerio Público, y el juez la substanciará por la vía sumaria... Declarada judicialmente la nulidad, se liquidará la sociedad por quien designe el juez; cualquier remanente, después de realizado el activo y pagado el pasivo social, se entregará al Estado.

Consecuentemente, la nulidad de la sociedad debe ser tramitada y declarada judicialmente, por lo que no puede ser sometida a arbitraje.

7. Actividad ilícita o prohibida.

El artículo 140 (Actividad Ilícita o Prohibida) dispone que:

Cuando la sociedad de objeto lícito realice actividades ilícitas o prohibidas por disposiciones legales, el juez, a pedido de parte interesada o a denuncia del Ministerio Público, ordenará la suspensión de tales actividades hasta resolver la disolución y liquidación de la misma, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior....

Por lo tanto, esta cuestión también debe someterse al juez competente y no podrá ser sometida a arbitraje.

8. Estipulaciones nulas en los instrumentos constitutivos.

El artículo 141 (Estipulaciones Nulas) establece que:

Son nulas las estipulaciones en las que hubiera pactado: 1) Que un socio no será excluido de la sociedad aún cuando hubiera justa causa para ello; 2) Que al socio o socios capitalistas se devolverán sus aportaciones con un premio preestablecido o con sus frutos o con una cantidad adicional, haya o no ganancias; 3) Garantizar al socio la integridad de sus aportes o ganancias eventuales; 4) Que la totalidad de las ganancias o de las prestaciones a la sociedad pertenezcan al socio o socios sobrevivientes; 5) Que algunos socios no soportarán las pérdidas, o que otros estarán solamente a las ganancias o que éstos serán privados de los beneficios; 6) El establecimiento, para la adquisición de la parte de un socio por otro, de un precio que se aparte exageradamente de su valor real al tiempo, de su negociación.

Conforme a lo comentado con respecto a la “*anulación de acto constitutivo*” previsto en el artículo 133, así como en relación a la “*anulación del contrato constitutivo*” prevista bajo el artículo 138, la declaración de nulidad de estipulaciones del contrato constitutivo y/o estatutos,

requerirá de declaración judicial por el juez competente, por lo que no podrá ser sometida a arbitraje.

9. Anulación de sociedades entre esposos que no fueran por acciones o de responsabilidad limitada.

El artículo 144 (Sociedad entre Esposos) dispone que por:

La responsabilidad que deriva de los tipos de sociedad que reconoce el Código, los esposos, entre sí y con terceros, sólo podrán participar en sociedades por acciones o de responsabilidad limitada. En el caso de participar en una sociedad colectiva o en comandita simple, éstas deberán transformarse en otra por acciones o de responsabilidad limitada en el plazo de seis meses, o cederse la parte de uno de los esposos a otro socio o un tercero, dentro del mismo plazo. El incumplimiento de lo dispuesto anteriormente causará la anulación del contrato social y se procederá a la liquidación de la sociedad.

Siendo de aplicación los comentarios vertidos en el punto precedente, consecuentemente, esta cuestión deberá ser sometida a un juez competente y no podrá ser sometida a arbitraje.

10. Cobro ejecutivo del aporte en mora.

El artículo 159 (Mora en el Aporte) establece que:

Si un socio, por cualquier causa, no entrega su aporte en las condiciones y plazos convenidos, incurre en mora y la sociedad puede proceder ejecutivamente contra sus bienes o declararlo separado de la misma, sin otro requisito. Debe, además, resarcir los daños e intereses causados. En las sociedades por acciones se aplicarán los artículos 243 al 246.

No obstante a que el artículo lo establece como una acción potestativa de la sociedad, siendo que la escritura pública de contrato social que establezca un compromiso de pago de un socio, con respecto a un monto determinado, con un plazo definido, en caso de incumplimiento

constituirá título ejecutivo de cobro, para los representantes, directores y administradores será una obligación realizar el cobro ejecutivo de manera diligente porque de lo contrario deberá responder en forma solidaria e ilimitada frente a los demás socios según lo previsto por el artículo 164, por lo que es una cuestión que debe ser solucionada judicialmente y no mediante arbitraje.

11. Nulidad de asambleas que traten asuntos no señalados en la convocatoria.

Respecto a la asamblea de socios de sociedades de responsabilidad limitada, el artículo 205 (Asamblea Anual) establece que en las asambleas *“sólo podrán tratarse los asuntos señalados en la convocatoria, bajo pena de nulidad”*. La declaración de nulidad de asambleas debe ser realizada por un juez ordinario competente y no puede ser sometida a arbitraje. No obstante, cuando se traten de causas únicamente de anulabilidad, lo señalado no impedirá que la totalidad de los socios confirmen, ratifiquen o aprueben la resolución, en uso del derecho de previsto por el artículo 558 del Código Civil.

12. Acción de responsabilidad contra el único socio en caso de concentración de las cuotas de capital.

El artículo 210 (Concentración de las Cuotas de Capital) dispone que:

La sociedad de responsabilidad limitada se disolverá de pleno derecho cuando todas las cuotas de capital se concentren en un solo socio, quien responderá, en forma solidaria e ilimitada, por las obligaciones sociales hasta la total liquidación de la sociedad. La acción podrá ejercitarse por cualquier persona con interés legítimo. debiendo procederse por la vía sumaria. Probado el hecho, el juez designará a los liquidadores respectivos. La acción no podrá ser enervada por la inclusión o aparición posterior de socios.

Consecuentemente, esta acción deberá seguirse a través de la justicia ordinaria y no podrá someterse a arbitraje.

13. Cobro ejecutivo de acciones suscritas y no pagadas.

El artículo 243 (Incumplimiento en el Pago de las Acciones) establece que el accionista que incumpla el pago de las acciones dentro del plazo estipulado en el contrato de suscripción o en los estatutos: El accionista incurre en mora y la sociedad procederá a exigir, ejecutivamente, el cumplimiento del pago, la venta de las acciones o utilizará algún otro medio previsto en la escritura social o en los estatutos.

Suspendiendo automáticamente el ejercicio de los derechos del accionista (artículo 244), y siendo “*de cuenta del suscriptor moroso las costas del juicio, los gastos de remate o realización y los intereses moratorios, sin perjuicio de su responsabilidad por los daños causados por su incumplimiento*” (artículo 245). Los comentarios anotados con respecto al artículo 159 son plenamente aplicables al presente caso. Por lo tanto, el cobro debe realizarse ejecutivamente ante la justicia ordinaria, no pudiendo someterse a arbitraje.

14. Impugnación de nulidad de resoluciones de juntas.

Con relación a la impugnación de nulidad de resoluciones de juntas de accionistas de sociedades anónimas, el artículo 302 (Impugnación de Nulidad) señala que:

Cualquier resolución de la junta que viole las disposiciones de este Código o los estatutos, puede ser impugnada de nulidad por los directores, administradores síndicos o autoridad administrativa contralora o por cualquier accionista que no hubiese participado en ella, o que habiendo asistido, hubiera hecho constar su disidencia y, en general, cuando la resolución sea contraria al orden público. Igualmente, puede impugnarse la convocatoria a la reunión que no cumpla los preceptos señalados tanto en este

Código como en los estatutos. La acción deberá dirigirse contra la sociedad, dentro de los sesenta días siguientes a la reunión o de su publicación, con los documentos que amparen la demanda, debiendo tramitarse sumariamente.

Los comentarios anotados con respecto al artículo 205 son aplicables también aquí. Por lo tanto, la impugnación de nulidad de una resolución de una junta adoptada o una convocatoria realizada, en violación de los estatutos o las normas legales aplicables o que sean contrarios al orden público, debe ser tramitada ante la jurisdicción ordinaria y no puede ser sometida a arbitraje.

15. Nulidad de ofertas públicas de suscripción de acciones que no cumplan con las normas legales.

Con relación a las ofertas públicas de suscripción de acciones, el artículo 351 (Nulidad) dispone que:

Es nula la oferta pública que no cumpla las normas legales. La sociedad, directores y síndicos son, solidaria e ilimitadamente, responsables por las consecuencias sobrevinientes. Cualquier suscriptor podrá demandar la nulidad y exigir el resarcimiento de los daños.

Los comentarios anotados con respecto al artículo 205 son aplicables también aquí, por lo que la demanda de nulidad deberá tramitarse ante la jurisdicción ordinaria, lo que excluye el arbitraje.

16. Nulidad de asambleas y/o juntas por violación de prohibición a los socios administradores.

Con relación a las juntas de sociedades en comandita por acciones, el artículo 362 (Prohibición a los Socios Administradores) establece que:

Bajo pena de nulidad, el socio administrador tiene voz, pero no voto, cuando se trate las siguientes materias: 1) Su remoción y responsabilidades; 2) Elección y remoción de síndicos; 3) Aprobación de la gestión administrativa.

En virtud a lo previsto por el artículo 357 del mismo Código de Comercio, que señala que le son aplicables las disposiciones de la sociedad anónima en todo lo que no se oponga a las disposiciones del capítulo de la sociedad en comandita por acciones, según lo dispuesto por el artículo 302 referido a la impugnación de nulidad de resoluciones de juntas de accionistas, debe dirigirse contra la sociedad y tramitarse ante la justicia ordinaria, por lo que no puede ser sometida a arbitraje.

V. Las Leyes 1770 y 708: ¿Un avance en materia de arbitraje societario en Bolivia?

Como se vio en la breve reseña histórica de la evolución de las normas referidas al arbitraje societario en Bolivia, bajo las Ordenanzas de Bilbao y el Código Mercantil de Santa Cruz de 1834, el arbitraje fue un mecanismo obligatorio de solución de controversias societarias. A partir de la entrada en vigencia del actual Código de Comercio, si bien el arbitraje dejó de ser un mecanismo forzoso para las controversias societarias, continuó como un mecanismo “semiforzoso” o por defecto, aplicable cuando los socios o accionistas fundadores no hubiesen pactado expresamente que la solución de dichas controversias se sometería a la jurisdicción

ordinaria, con excepción de los asuntos relativos a liquidación de sociedades, modificación del contrato social, exclusión y retiro de socios y situación legal de la sociedad, además de otros que el mismo Código requiere de una decisión judicial.

Con la promulgación de la Ley 1770, al derogarse los artículos 1478 al 1486 del Código de Comercio referidos a arbitraje, se dejó el arbitraje librado a la decisión expresa de las partes mediante una cláusula arbitral dentro del contrato social o instrumento constitutivo, o un convenio arbitral posterior para poder someter a arbitraje la solución de las controversias societarias, con la diferencia que si se omitía dicha cláusula o convenio arbitral, debían recurrir a la jurisdicción ordinaria. Hasta aquí, por un lado, al derogar el artículo 1480 y eliminar el arbitraje societario como mecanismo “semiforzoso” o por defecto de solución de controversias, se podría considerar que implicó un retroceso para el arbitraje societario, al perder su preponderancia como mecanismo de solución de controversias societarias.

Sin embargo, por otro lado, si consideramos que el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias, alternativo al sistema judicial que debe proveer el estado como una obligación y un derecho de las personas, que se basa fundamentalmente en la voluntad de las partes expresada en el acuerdo arbitral, y que el marco legal vigente reconoce esa autonomía de la voluntad para que las partes elijan el mecanismo de solución de controversias que ellas deseen y acuerden, no podemos negar que significa un progreso cualitativo para el arbitraje societario boliviano.

Adicionalmente, se avanzó indudablemente en los aspectos generales del arbitraje comercial y, sobre todo, internacional, puesto que al adoptar los lineamientos generales de la Ley

Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, se modernizó la normativa sobre el arbitraje y se uniformó al estándar internacional, lo cual le dio una mayor previsibilidad e inspiró a los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, una mayor confianza en esta institución⁹⁷.

Un punto para destacar de la Ley 1770, dentro de esos lineamientos generales adoptados de la Ley Modelo, estaba en el artículo 32 II referido a la potestad del árbitro y/o del tribunal arbitral para declarar la nulidad de contratos que, indirectamente, como ley especial y posterior, modificaba tácitamente el artículo 546 del Código Civil y algunos artículos del Código de Comercio que reservaban dicha potestad únicamente al juez ordinario. Aunque la jurisprudencia nacional de manera forzada e incongruente se resistía a reconocer esta potestad⁹⁸, por ejemplo, la SCP 2471/2012 del 22 de noviembre de 2012 reconocía aunque fuera de manera limitada, la capacidad del árbitro o del tribunal arbitral de declarar la nulidad de contratos al señalar que:

“En una interpretación sistemática y conciliadora de las normas, se tiene que la referencia a la nulidad de la Ley de Arbitraje y Conciliación es en relación a nulidades pactadas contractualmente; es decir, a los casos que van más allá del régimen de nulidades de orden público”⁹⁹.

En este sentido, la Ley 1770 permitía someter a arbitraje las cuestiones de nulidad y/o anulación de contratos, incluyendo los contratos constitutivos, estipulaciones nulas y otras que bajo el Código de Comercio y el Código Civil requerían de decisión judicial.

⁹⁷ Conejero Ross, Cristian (2005). «LA INFLUENCIA DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN AMÉRICA LATINA: UN ANÁLISIS COMPARATIVO» (...) op. Cit. Página 138.

⁹⁸ Andaluz V., Horacio (2015). «ARGUMENTACIÓN, ARBITRAJE Y ARBITRARIEDAD: LAS CONTRADICCIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL CONSTITUCIONAL EN EL RECURSO DE NULIDAD CONTRA LAUDOS». Santa Cruz de la Sierra, *Juris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, número 19. Página 104.

⁹⁹ SCP 2471/2012 de fecha 22 de noviembre de 2012 del Tribunal Constitucional Plurinacional.

En cambio, y aunque quedaba todavía mucho camino que recorrer para lograr que la jurisprudencia constitucional fuera modulando hasta lograr un reconocimiento pleno de la potestad del árbitro y del tribunal arbitral para resolver la nulidad de contratos prevista en la Ley 1770, esta posibilidad quedó truncada con la promulgación de la Ley 708 porque al abrogar la Ley 1770, no incluyó en su texto esta potestad. Consecuentemente, la verificación de la nulidad que el Código de Comercio dispone para determinados casos quedó nuevamente reservada, exclusivamente, a la jurisdicción ordinaria, de conformidad con lo establecido en el artículo 546 del Código Civil. Por las razones expuestas, todas las cuestiones societarias relacionadas a nulidad del acto constitutivo o contrato constitutivo, sociedades irregulares o de hecho, estipulaciones nulas del contrato constitutivo y otras establecidas en el Código de Comercio, no pueden actualmente ser sometidas a arbitraje y deben someterse necesariamente a la jurisdicción ordinaria, como analizamos en el capítulo 4 de las limitaciones del arbitraje societario bajo el marco legal vigente en Bolivia. En este sentido, no podemos sino concluir que la Ley 708 ocasionó un retroceso en materia de arbitraje societario en Bolivia.

Con respecto a la introducción de las normas de arbitraje forzoso, con sede en Bolivia y de acuerdo a leyes bolivianas, para las empresas públicas que podrían acoger inversiones bajo la Ley 516 de Promoción de Inversiones, aunque han transcurrido ya más de cinco años desde la promulgación de la Ley 708, al no conocerse aun de ejemplos concretos de proyectos de inversión que hubieran adoptado algunos de los tipos societarios como ser de Empresa Estatal Mixta y/o Empresa Mixta, y tampoco de casos de arbitraje societario llevados a cabo de acuerdo al marco del Capítulo II de Controversias con el Estado en Inversiones arriba presentado, sería prematuro

hacer un juicio de valor sobre si dichas previsiones tuvieron o no una buena receptividad. Aunque el tema requiere de un análisis más profundo que podría ser por sí materia para otro artículo, no es ninguna novedad que los inversionistas internacionales prefieren un foro que les garantice el principio de neutralidad y que además les inspire confianza, las cifras estadísticas no muestran una clara señal en este sentido. En este marco, tratándose de un periodo relativamente corto, aún queda por verse si dichas previsiones legales que establecen el arbitraje forzoso de controversias societarias de estos nuevos tipos societarios podrían tener un efecto positivo o negativo para atraer la inversión privada, tanto nacional como extranjera, en los proyectos de inversión de carácter mixto.

VI. A modo de conclusión: La práctica del arbitraje societario en Bolivia

No obstante a la eliminación del arbitraje societario como mecanismo de solución de controversias “semiforzoso” o por defecto, que lo convierte en un mecanismo voluntario o facultativo, y la eliminación legal de la potestad del árbitro o el tribunal arbitral de pronunciarse sobre la nulidad de contratos, incluyendo los contratos sociales o instrumentos constitutivos, el arbitraje societario sobrevive, aun con las limitaciones existentes bajo la legislación aplicable, como mecanismo más usado de solución de conflictos entre socios y entre los socios y la sociedad, con relación al contrato social o las resoluciones de los órganos de la sociedad.

Una de las razones que explica esta situación podría estar en el vigente artículo 127, inciso 13, del Código de Comercio que requiere que el instrumento constitutivo de las sociedades comerciales contenga al menos “*un compromiso sobre jurisdicción arbitral, en su caso*”. Aunque dicho texto significa que, de no ser el caso, no sería necesario dicho compromiso sobre

jurisdicción arbitral, presumiblemente sobre la base de dicho artículo, FUNDEMPRESA – que tuvo la concesión del Registro de Comercio en Bolivia hasta el 31 de marzo de 2022 – mantuvo en sus modelos de instrumentos constitutivos una cláusula arbitral¹⁰⁰ y continuó exigiendo su inclusión en la práctica, por lo que las sociedades comerciales siguieron incluyendo dicha cláusula arbitral¹⁰¹.

Adicionalmente, las características de agilidad, especialidad, flexibilidad y confidencialidad del arbitraje, entre otras, sumado a la larga crisis por la que atraviesa la justicia ordinaria, habrían contribuido a que se mantenga la preferencia generalizada de los empresarios y comerciantes por el arbitraje como mecanismo de solución de controversias societarias y que el arbitraje societario siga vigente en gran parte de las sociedades comerciales en Bolivia.

No obstante, del análisis de las múltiples limitaciones legales existentes al arbitraje societario salta a la vista la necesidad de revisar y realizar ajustes al marco legal vigente de tal manera que las controversias societarias referidas a derechos patrimoniales y que no afecten al orden público, puedan ser sometidas a arbitraje por acuerdo de las partes involucradas.

¹⁰⁰ Por ejemplo, ver la Guía de Trámite para inscribir una Sociedad Anónima S.A. de FUNDEMPRESA. En su modelo de estatuto para una sociedad anónima incluye una cláusula arbitral. Disponible en https://fundempresa.org.bo/docs/content_new/guia-de-tramite-para-inscribir-una-sociedad-anonima-sa_3.pdf. A partir del 1 de abril de 2022, el Registro de Comercio volvió a la administración estatal a cargo de Servicio Plurinacional de Registro de Comercio (SEPREC) bajo la tuición del Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Supremo 4596 del 6 de octubre de 2021, en el marco de la Ley 1398 de 1 de octubre de 2021.

¹⁰¹ Barrientos, Pedro y Salinas, Cayo (2013). «ARBITRABILIDAD DE LOS CONFLICTOS SOCIETARIOS EN BOLIVIA: ¿UNA OBLIGACIÓN O UN DERECHO EN LAS SA?». Paraguay, *Primer Congreso Panamericano de Derecho Societario y Concursal*. Página 6. Disponible en <https://www.aacademica.org/pedro.barrientos/18.pdf> (Fecha de consulta: 2021).

BIBLIOGRAFÍA.

Andaluz V., Horacio (2015). «ARGUMENTACIÓN, ARBITRAJE Y ARBITRARIEDAD: LAS CONTRADICCIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL CONSTITUCIONAL EN EL RECURSO DE NULIDAD CONTRA LAUDOS». Santa Cruz de la Sierra, *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, número 19.

Andaluz V., Horacio (2015). «CONSTITUCIÓN Y ARBITRAJE DE INVERSIONES». Valparaíso, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, volumen 45, número 2.

Barrientos, Pedro y Salinas, Cayo (2013). «ARBITRABILIDAD DE LOS CONFLICTOS SOCIETARIOS EN BOLIVIA: ¿UNA OBLIGACIÓN O UN DERECHO EN LAS SA?». Paraguay, *Primer Congreso Panamericano de Derecho Societario y Concursal*. Disponible en <https://www.aacademica.org/pedro.barrientos/18.pdf>.

Caivano, Roque J. (2013). «ARBITRABILIDAD Y ORDEN PÚBLICO». Perú, *Foro Jurídico*. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801> (fecha de consulta: 2022). Página 65.

Conejero Ross, Cristian (2005). «LA INFLUENCIA DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN AMÉRICA LATINA: UN ANÁLISIS COMPARATIVO». Santiago, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 32, número 1.

Empresarios Privados de Bolivia (2015). «BOLETÍN INFORMATIVO». La Paz, Unidad de Análisis Legislativo, año 4, número 8.

Fernández Armesto, Juan (2012). «EL ARBITRAJE SOCIETARIO TRAS LA ÚLTIMA REFORMA». La Rioja, *Revista Dialnet*, número 43, versión corregida de la conferencia dada el 1 de diciembre de 2011 en la Academia Matritense del Notariado, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo LII, Separata. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7829841>

Galgano, Francesco (1999). DERECHO COMERCIAL – LAS SOCIEDADES, volumen II. Bogotá, Ed. Temis S.A.

González de Cossío, Francisco (2008). «ORDEN PÚBLICO Y ARBITRABILIDAD: DÚO DINÁMICO DEL ARBITRAJE». Guatemala, *Revista Auctoritas Prudentium*. Disponible en: <https://unis.edu.gt/ap/agosto-2008/index.html>.

Ledezma Rojas, Gastón (2002). «EL ARBITRAJE EN BOLIVIA». La Paz, *Revista Ciencia y Cultura*, número 10.

Haderspock, Brian (2015). «ACOTACIONES SOBRE ARBITRAJE SOCIETARIO BOLIVIANO». Madrid, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, número 3.

Manga Alonso, María Teresa (2013). «PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL ARBITRAJE ESTATUTARIO». Madrid, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, número 3. Página 61. Disponible en: [https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/articulo_11_bis._arbitraje_estatutario_\(capitulo_de_libro\)_123.pdf](https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/articulo_11_bis._arbitraje_estatutario_(capitulo_de_libro)_123.pdf).

Montoya Alberti, José Ulises (2016). «EL ARBITRAJE SOCIETARIO». Lima, *Revista Jurídica Docentia et Investigatio*, volumen 18, Facultad de Derecho y Ciencia Política – UNMSM.

Morales Guillén, Carlos (1999). CÓDIGO DE COMERCIO CONCORDADO Y ANOTADO CON ARREGLO A LA EDICIÓN OFICIAL, 2da. Edición. La Paz, Ed. Gisbert.

Nigel Blackbay y Constantine Partasides QC con Alan Redfern y Martin Hunter (2015). ARBITRATION IS NOW THE PRINCIPAL METHOD OF RESOLVING INTERNATIONAL DISPUTES INVOLVING STATES, INDIVIDUALS, AND CORPORATIONS, en Redfern and Hunter on International Arbitration, 6ta. Edición. Oxford, Ed. Oxford University Press.

Reyes Villamizar, Francisco (2004). DERECHO SOCIETARIO. Bogotá, Ed. Temis S.A.

LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

*Alex Parada Mendiá**

SUMARIO: I. Introducción. II. El arbitraje y la tutela ejecutiva. III. El inicio de la ejecución. IV. Competencia para la ejecución del laudo. V. Ejecución dineraria y no dineraria. VI. Las excepciones de los artículos 409 del Código Procesal Civil y el artículo 119 de la Ley de Conciliación y Arbitraje. VII. El proceso ordinario posterior no procede en la ejecución del laudo.

I. Introducción.

En Bolivia, el laudo firme de condena, se ejecuta conforme las reglas de los artículos 397 y ss del Código Procesal Civil (CPC). Se trata de un proceso de ejecución similar al de la ejecución de sentencias dictadas por los tribunales jurisdiccionales, con las especialidades contenidas en los artículos 117 a 119 de la Ley de Conciliación y Arbitraje (LCA).

Contra esta solicitud de ejecución, el demandado (en este caso, ejecutado) puede defenderse oponiéndose a la ejecución en su conjunto o actos ejecutivos concretos.

Si bien el proceso de ejecución es un proceso pensado para satisfacer al ejecutante (ya que esta es su única finalidad), la ejecución del laudo no se realiza de cualquier manera, ni olvida el respeto al derecho a la defensa que asiste al ejecutado. Por ello, en las siguientes líneas

* Director de la firma legal "Parada Abogados". Ha obtenido el título de Master Summa Cum Laude en Derecho Civil y Procedimiento Civil por la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno y Doctor en "Derecho Empresa y Justicia" por la Universidad de Valencia. Árbitro del Centro de Conciliación y Arbitraje CCA-CAINCO, profesor en la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno y la Universidad Privada de Santa Cruz.

trataremos de esbozar las herramientas que el legislador puso a disposición del ejecutado para defenderse de una ejecución injusta o ilegal.

II. El arbitraje y la tutela ejecutiva.

Cuando las partes deciden resolver sus controversias mediante el arbitraje comercial, en el fondo pactan hacerlo de una forma distinta a la establecida para el proceso judicial. Pero esta decisión no impide que la partes tengan que acudir a la jurisdicción para obtener el auxilio judicial en la ejecución de medidas cautelares o en la producción de prueba y, sobre todo, tengan que retornar a los tribunales jurisdiccionales para hacer efectivo lo contenido en el laudo arbitral incumplido ya que: la *cognitio* se realiza en sede arbitral, pero la *executio* se desarrolla en sede judicial.

Debemos partir de este criterio ya que, al hablar de la ejecución del laudo, y por lo tanto de la oposición a su ejecución, estamos de lleno en el terreno judicial y no propiamente en el arbitral. Su ejecución del laudo arbitral la realiza el juez, conforme las reglas del CPC, por lo que, lo primero que se debe hacer es distinguir, como se hace con la ejecución de la sentencia, si la prestación contenida en el laudo es dineraria o no dineraria, ya que para ambas rigen algunas diferencias: la primera se ejecuta conforme las reglas de los artículos 404 y ss CPC, y la segunda conforme las reglas de los artículos 429 y ss CPC, si bien para ambas rigen las reglas de los artículos 397 y ss CPC.

En esta tesitura, no podemos olvidar que el derecho a la ejecución del laudo forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. De nada serviría al actor obtener un laudo arbitral favorable si luego no puede ejecutar lo definido por el tribunal arbitral. Es por ello que el laudo

arbitral es título ejecutivo equiparable a una sentencia dictada por los tribunales jurisdiccionales civiles.

Sin embargo, la técnica legislativa de la LCA y el nuevo CPC ponen en duda esta premisa: (1) porque el artículo 404.6 CPC ubica al laudo arbitral como título ejecutivo en sede distinta de la ejecución de sentencias (artículos 397 a 403 CPC) y, (2) porque la propia LCA no declara, como lo hace respecto del Acta de Conciliación (artículo 34 LCA) que su ejecución será conforme el procedimiento de ejecución de sentencia, sino conforme el proceso de ejecución coactiva de sumas de dinero (artículo 119.V LCA), olvidando que el laudo arbitral también puede contener prestaciones de condena no referidas a entregar dinero.

III. El inicio de la ejecución.

Conforme el artículo 117 LCA, que lleva por título ejecución judicial: “ejecutoriado el laudo arbitral y vencido el plazo fijado para su cumplimiento, la parte interesada podrá solicitar su ejecución forzosa ante la autoridad judicial competente”. Lo que nos lleva a hacer algunas puntualizaciones.

1. *El título pasible de ejecución es el laudo arbitral firme de condena.* Es decir, aquel sobre el que no cabe ningún recurso: porque se dejó vencer el plazo para interponerlo, porque habiéndolo interpuesto la parte desiste del mismo, o porque el recurso ya fue resuelto; en el caso boliviano, el único recurso posible es el de nulidad del laudo, conforme las reglas de los artículos 111 y ss LCA. Al estar pendiente de resolución el recurso de nulidad, el laudo todavía no adquirió firmeza, es por esta razón que el artículo 119.II LCA establece, como lo veremos más adelante,

que el juez debe suspender la ejecución del laudo, hasta que el recurso sea resuelto. En este sentido, es la firmeza, y no la cosa juzgada, la que habilita la ejecución del laudo.

Si el laudo arbitral no es de condena no tiene sentido el proceso de ejecución: entendido este como aquel proceso en el que una parte pide al juez que el demandado cumpla lo determinado por el tribunal arbitral. Pero es posible, en los casos de laudos constitutivos o declarativos, que sea necesario desplegar una posterior actividad administrativa para lograr su efectividad (vgr., cancelación de matrícula en los registros correspondientes). En estos casos se habla de ejecución impropia, ya que no va dirigida directamente contra el demandado perdidoso, pero sobre la que este también puede controlar que se realice conforme lo establecido en el laudo, es decir: sin alterar ni modificar su contenido (artículos 397.I y 399.I CPC). Esto significa, que lo establecido en el laudo es el norte y límite de la ejecución.

2. Antes de la ejecución, *se debe permitir al ejecutado el cumplimiento voluntario del laudo*. Si este plazo no ha vencido, el demandante no tiene derecho a la acción ejecutiva.

No podemos olvidar que uno de los contenidos mínimos del laudo es el establecimiento del tiempo de cumplimiento de las obligaciones contenidas en él (artículo 105.6 LCA). En caso de omisión de la indicación del plazo, bien se podrá aplicar el establecido en el artículo 399.III CPC, para la ejecución de la sentencia judicial. Por otro lado, conforme esta última norma, el ejecutado también podrá solicitar una ampliación del plazo de cumplimiento, aún tratándose del directamente establecido en el laudo. Obviamente no se trata de una solicitud a la que el juez deberá acceder de forma automática: el ejecutado deberá alegar y probar las circunstancias especiales que hacen imposible su cumplimiento en el plazo fijado en el laudo. Así por ejemplo,

el plazo para entregar una cosa existente en el patrimonio del ejecutado, nunca será el mismo que el necesario para pintar un edificio, terminar una escultura o escribir una obra literaria.

3. Al igual que en la ejecución de sentencia, y en atención al principio dispositivo *el laudo solo puede ser ejecutado a pedido de parte*, por lo que no existe una ejecución automática o de oficio por parte del juez; esto cobra mayor sentido en la ejecución del laudo, ya que la autoridad judicial solo tendrá conocimiento del mismo ante la solicitud que le haga el demandante.

Esta solicitud de ejecución, además de cumplir las exigencias generales del artículo 110 CPC, debe acompañar, mediante copia autenticada, los documentos requeridos por el artículos 118 LCA: (1) el contrato principal que contiene la cláusula arbitral, (2) el laudo arbitral, así como sus enmiendas, complementaciones y aclaraciones y, (3) la constancia de la notificación del laudo a las partes.

La exigencia de la presentación del laudo, así como sus enmiendas, complementaciones y aclaraciones es necesaria a objeto de establecer si es posible la ejecución, y los límites de la actividad jurisdiccional. Aquí el principio *nulla executio sine titulo* también cobra validez.

La constancia de la notificación del laudo a las partes, permitirá al juez valorar si se encuentra vencido el plazo para el cumplimiento voluntario del laudo, y sobre todo, sino se ha lesionado el derecho a la defensa, impidiendo al demandado interponer el recurso de nulidad.

Por su parte, la necesidad de adjuntar a la solicitud de ejecución el contrato que contiene la cláusula arbitral, tienen que ver con la obligación del juez de rechazar de oficio la ejecución del laudo cuando este se encuentre inmerso en alguna de las causales del artículo 112.I LCA

(artículo 119.IV LCA). De no haberlo apreciado el juez, el ejecutado tiene todo el derecho de hacerlo notar vía excepción.

IV. Competencia para la ejecución del laudo.

Conforme el artículo 117 LCA la parte interesada podrá solicitar su ejecución forzosa ante la autoridad judicial competente. Esta norma nos recalca dos cosas: que (1) el laudo arbitral es título ejecutivo y, que (2) su ejecución no podrá intentarse en la vía arbitral, sino que necesariamente debe hacerse en la vía judicial.

Sobre lo primero, y como ya lo dijimos, es lógico que así sea ya que no tiene ningún sentido resolver una controversia en sede arbitral si la decisión (laudo), en caso de incumplimiento, no pudiera hacerse cumplir con el auxilio de la fuerza pública. Es la razón de la primera parte de la norma.

Sobre lo segundo, si bien el legislador permite que las partes opten por resolver sus controversias en sede distinta de la judicial, la opción de llegar a una solución final mediante arbitraje no incluye la ejecución de lo resuelto. El arbitraje llega hasta la declaración del derecho, manteniendo la ejecución como atribución exclusiva del Órgano Judicial.

Por otro lado, si bien el artículo 117 LCA indica que la parte interesada podrá solicitar su ejecución forzosa ante la autoridad judicial competente, omite establecer un criterio de competencia. Ciertamente así lo hacía su precedente legislativo, el artículo 68 de la extinta Ley 1770 de Arbitraje y Conciliación, cuando indicaba que la ejecución del laudo se debía intentar “ante la autoridad judicial competente del lugar donde se haya dictado el laudo”.

Esta omisión del legislador nos obliga a resolver la cuestión aplicando normas distintas de las contenidas en la LCA.

Ciertamente no podemos aplicar las reglas de competencia del artículo 34 LCA porque estas se refieren exclusivamente a la ejecución del acta de conciliación. Pero conviene hacer notar que el legislador pudo haber incorporado en el artículo 117 LCA un criterio similar al contenido en el artículo 34 LCA. Es decir, las cosas se habrían simplificado mucho si el legislador hubiese establecido para la ejecución del acta de conciliación y el laudo arbitral un mismo criterio de competencia. En este sentido, pudo haber establecido en el artículo 117 LCA que la competencia para la ejecución del laudo correspondía (1) a la autoridad judicial acordada por las partes o, a falta de acuerdo, (2) la del lugar donde se haya dictado. Pero esta no ha sido la decisión del legislador.

La solución tampoco está a nivel reglamentario. Es decir, no podría el Reglamento de la Ley o el de los distintos Centros de Arbitraje fijar reglas de competencia para la ejecución del laudo. El primero porque la atribución de criterios de competencia judicial atañe solo a la Ley. Los segundos, porque, además del anterior, los Centros de Arbitraje no pueden atribuir el conocimiento de causas a los jueces civiles porque carecen de autoridad para ello. Este vacío normativo corresponde solucionarlo acudiendo a otras normas con rango de Ley.

Para nosotros, la ejecución del laudo arbitral corresponde (1) a la jurisdicción civil (2) del lugar que hayan pactado las partes, o en su defecto, (3) aquella que corresponda según los criterios de competencia del CPC, (4) siendo posible la prórroga de la competencia territorial. Lo explicamos a continuación.

1. La ejecución del laudo arbitral corresponde al juez civil.

El árbitro y el juez civil resuelven sobre pretensiones similares. En derecho boliviano, el árbitro no puede resolver pretensiones que conoce el juez penal o familiar. Estas no son materias disponibles y por lo tanto están excluidas del arbitraje (artículo 4 LCA). Pero esta no es razón suficiente para aceptar que el juez civil deba ser quien ejecute el Laudo. Su fundamento debe ser encontrado en la Ley. En este sentido, el artículo 404.6 CPC reconoce como título ejecutivo al laudo arbitral ejecutoriado.

Si el laudo arbitral es título ejecutivo, y estos se ejecutan ante la jurisdicción ordinaria civil, solo estos –y no otros– podrán conocer de la ejecución del laudo. Es un criterio de competencia objetiva.

2. Acuerdos sobre el juez territorialmente competente para la ejecución del laudo.

Una vez definido que el juez civil es quien ejecuta el laudo, corresponde determinar si la acción de ejecución del laudo corresponde interponerla en cualquier lugar o, si algún juez específico –de los habidos en el territorio nacional– tiene competencia para conocer de la ejecución de un concreto laudo.

Consideramos que las partes pueden pactar que el laudo se ejecute ante el juez del lugar acordado por las partes en la cláusula compromisoria o en el mismo arbitraje. Apoyan este criterio la naturaleza contractual del arbitraje y la posibilidad de prórroga de la competencia territorial contenida en el artículo 13 CPC.

Además, esta solución no es distinta de la establecida por el legislador en sede de ejecución del acta de conciliación. Con esto no intentamos aplicar a la ejecución del laudo el artículo 34 LCA; pero sí afirmamos que, como la conciliación y el arbitraje comparten la misma génesis contractual y, dado el silencio normativo del artículo 117 LCA, es perfectamente posible el pacto de sumisión expresa *ex ante* del inicio del proceso de ejecución. Aquí se trata de aceptar la voluntad de las partes para realizar pactos sobre competencia territorial.

3. Aplicación de los criterios generales de competencia del artículo 12 CPC.

En ausencia de acuerdo sobre juez territorialmente competente para conocer de la ejecución del laudo debemos recurrir a las reglas generales de competencia contenidas en el artículo 12 CPC. Estas normas determinan la competencia de acuerdo a la naturaleza de la pretensión discutida en el proceso. En sede de ejecución, debemos entenderlas de acuerdo a la obligación contenida en el título.

Respecto de la ejecución del laudo arbitral entendemos aplicables solo las reglas de los numerales 1 y 2 del artículo 12 CPC. No aplicamos las reglas del numeral 3, porque se refieren a pretensiones sobre sucesiones. Consideramos que estas son aplicables solo para la declaración del derecho. Si bien el artículo 134 LCA permite el arbitraje testamentario, la ejecución del laudo derivado de este arbitraje contendrá obligaciones dinerarias o no dinerarias, por lo que, también en este caso, se pueden reconducir a las reglas 1 y 2 del artículo 12 CPC.

Si la obligación contenida en el laudo es de condena a una obligación de hacer o no hacer, debemos estar a las reglas del artículo 12.2 CPC. En este caso el ejecutante podrá incoar ejecución, a su elección, en la sede judicial (1) del domicilio real del ejecutado, (2) del lugar donde

deba cumplirse la obligación o, (3) donde fue suscrito el contrato. Aunque es discutible la aplicación de este último criterio (la sede del contrato) respecto de la competencia ejecutiva, la entendemos aplicable en ausencia de regla expresa de competencia en sede de ejecución, pero también porque consideramos que las normas de competencia del artículo 12 CPC son de aplicación general para todo tipo de proceso civil, ejecución incluida.

Por último, si la obligación se refiere a la entrega de una cosa (dinero incluido), o, el laudo también contiene alguna de las indicadas en el párrafo anterior, la regla de competencia es la contenida en el artículo 12.1 CPC. Es decir, el ejecutante podrá elegir entre la sede judicial (1) del lugar donde estuviere situado el bien o (2) del domicilio del ejecutado. El primer criterio contiene dos subreglas sobre supuestos concretos: (a) si se tratase de varios bienes que estuvieran en lugares diferentes, el ejecutado podrá elegir el de aquel en que se encontrare cualquiera de ellos; en el caso específico de inmuebles, (b) si abarcare dos o más jurisdicciones, el que eligiere el ejecutante.

4. Cabe prórroga de competencia.

La norma procesal civil también permite la prórroga de la competencia territorial. De los criterios de competencia antes descritos no podrá prorrogarse la competencia objetiva, por lo que siempre deberá conocer de la ejecución del laudo arbitral un juez civil. Pero sí es posible una prórroga de la competencia territorial previamente pactada (en la cláusula compromisoria o en el mismo arbitraje) o de alguna de las reglas del artículo 12 CPC.

V. Ejecución dineraria y no dineraria.

El Título V del Libro Segundo del CPC (artículos 397 y ss) contiene las reglas sobre los procesos de ejecución, distribuido en tres capítulos: el primero sobre normas generales, el segundo sobre ejecución de sumas de dinero, y el tercero sobre ejecución de otras obligaciones. Normas que, en principio, también aplican a la ejecución del laudo arbitral, ya que este puede contener obligación de cumplimiento de obligaciones dinerarias y no dinerarias. En ambos casos, es siempre ejecutable conforme las reglas del CPC. Si la obligación contenida en el laudo arbitral es al pago de una suma de dinero, se ejecutará conforme las reglas de la ejecución coactiva de sumas de dinero. Si la obligación es un dar, hacer o no hacer, se aplicarán las de los artículos 429 a 431 CPC. En ambos tipos de ejecución procede la oposición y defensa del ejecutado.

1. Ejecución dineraria.

La ejecución del laudo arbitral por obligación dineraria busca la entrega de una suma de dinero consignada a favor del ejecutante. Cuando el ejecutado tiene dinero en alguna cuenta bancaria, bastará su embargo y posterior liquidación de la deuda, para su entrega al ejecutante. Cuando el ejecutado solo tiene bienes, el proceso de ejecución se resuelve en su realización mediante para convertirlos en dinero, y así pagar al demandante. Es por esto que las fases más importantes de este proceso son el embargo y subasta de los bienes del deudor.

Por otro lado, no se debe olvidar que la ejecución coactiva de sumas de dinero del CPC, es un proceso híbrido: ya que se trata de un procedimiento especial más corto que el ejecutivo

(de los artículos 378 y ss CPC) y, además, es el cause común de sustanciación de la ejecución de una obligación dineraria cuando el título ejecutivo es una sentencia, algún otro título ejecutivo de naturaleza jurisdiccional o asimilable (entre los que se encuentra el laudo arbitral) o cualquiera de los títulos ejecutivos extra jurisdiccionales del artículo 378 CPC. Esta es la esta razón por la que las normas del proceso ejecutivo (artículos 378 y ss CPC) y las de la ejecución de sentencia (artículos 397 y ss CPC) no contienen disposiciones sobre subasta y remate de bienes del deudor, sino que estas solo se encuentran en el proceso de ejecución coactiva de sumas de dinero.

La anterior es ciertamente, una técnica legislativa criticable ya que induce a confusión al operador jurídico. Pero solamente partiendo de esta naturaleza híbrida del proceso de ejecución coactiva de sumas de dinero, podemos explicar por qué el artículo 404 CPC contiene en su catálogo de títulos ejecutivos a la sentencia (núm. 1) y el laudo arbitral (núm. 6), que son el resultado de una actividad declarativa previa (y por lo tanto pueden ser catalogados de jurisdiccionales), junto a otros títulos como los prendarios o hipotecarios de los numerales 2 y 3, que son auténticos títulos ejecutivos extra jurisdiccionales. Además, como ya lo dijimos, las normas sobre subasta y remate (ubicadas en sede del proceso coactivo de sumas de dinero) también se aplicarán en los casos que se intente ejecutar alguno de los títulos extra jurisdiccionales del artículo 379 CPC, ubicados en sede del proceso ejecutivo.

En resumen, el proceso de ejecución coactiva de sumas de dinero contiene normas sobre un régimen especial de ejecución (más breve) cuando se trata títulos ejecutivos hipotecarios o prendarios inscritos en los que exista renuncia del deudor al proceso ejecutivo. Pero también contiene normas comunes para la ejecución de títulos jurisdiccionales o extra jurisdiccionales

cuando la obligación incumplida es dineraria. En este sentido, las normas sobre subasta y remate allí ubicadas, se aplican también al proceso ejecutivo y a la ejecución de sentencia, y por lo tanto también a la del laudo. Ante cada una de estas fases de la ejecución el ejecutado puede defenderse de los excesos o abusos en que intente incurrir el ejecutante, como por ejemplo un embargo excesivo o una tasación demasiado baja del bien a rematarse.

Ahora bien, no todas las normas del proceso de ejecución coactiva de sumas de dinero previsto en los artículos 404 a 428 CPC aplican para la ejecución del laudo arbitral. Si bien el legislador faculta la interposición de unas específicas excepciones (artículo 409 CPC) y permite a la parte coactivada perdidosa interponer un proceso ordinario posterior para discutir la validez del título ejecutivo que sustentó la ejecución (artículo 410 CPC), estas normas no pueden ser aplicadas sin restricciones cuando de ejecución del laudo arbitral se trata.

De interpretar literalmente las normas citadas, deberíamos concluir que la única oposición posible en la ejecución del laudo se deberá sustentar en el artículo 409 CPC y no propiamente en el artículo 119.II LCA; debiéramos también concluir que el ejecutado podrá cuestionar el laudo arbitral en un proceso ordinario posterior, lo que agrade el sentido común. Sobre ambos aspectos hablaremos más adelante.

2. Ejecución por obligaciones de dar, hacer y no hacer.

El hecho que el laudo arbitral solo esté mencionado entre las normas sobre ejecución coactiva de sumas de dinero (artículo 404.6 CPC) no impide que este contenga, y a su vez se ejecute, un laudo con prestaciones no dinerarias.

Si asimilamos el laudo arbitral a la sentencia, debemos aplicar a aquel las normas generales sobre ejecución contenidas, las de la ejecución coactiva de sumas de dinero, y también las de ejecución de otras obligaciones: dar, hacer y no hacer.

En este sentido, cuando un laudo contenga obligaciones de dar, hacer o no hacer, se ejecutará conforme las reglas de los artículos 429 y 431 CPC, y contra esta ejecución también cabe la oposición por parte del ejecutado.

2.1. En cuanto a la *ejecución por obligación de dar*, el artículo 429 CPC no establece un procedimiento específico a seguir. Pero no es complicado concluir que en líneas generales el procedimiento es más o menos el siguiente: el ejecutante interpone demanda conforme las reglas del artículo 110 CPC, luego el juez deberá analizar el título (laudo) y admitir la demanda, concediendo un plazo al ejecutado para su cumplimiento, o en su defecto se deberá estar al de tres (3) días indicado en el artículo 399.III CPC.

Ahora bien, notificado con la orden de cumplimiento pueden darse por lo menos los siguientes supuestos en relación al ejecutado:

a) *Entrega el bien*. Si el bien es entregado dentro del plazo; una vez comprobado que sea el que reclama el ejecutante, corresponderá dar por finalizada la ejecución.

b) *Oposición de excepciones*. Aunque el CPC no indique expresamente para este tipo de ejecución un régimen específico de oposición –como lo hace para la ejecución dineraria–, el respeto al derecho a la defensa permite sostener que el ejecutado tiene esta posibilidad; por lo que cabe interponer excepciones conforme las mismas reglas de la ejecución coactiva de sumas de dinero.

c) *No pone excepciones, pero tampoco entrega la cosa.* También puede suceder que el ejecutado simplemente no diga nada o se niegue a entregar el bien. En este caso, la coacción del Estado es determinante para doblegar la voluntad del deudor y lograr el cumplimiento de la obligación. Para ello, dos alternativas son posibles: librar mandamiento para desapoderar de ella al obligado y entregarla al actor, con el auxilio, en su caso, de la fuerza pública (artículo 429.I CPC) o, pedir al juez la imposición de sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas, conforme las reglas del artículo 401 CPC.

2.2. Cuando hablamos de ejecución por obligaciones de hacer (artículo 430 CPC) debemos distinguir si este hacer es fungible o no personalísimo, o infungible y personalísimo.

En el primer caso, un hacer es fungible cuando puede ser realizado por un tercero (además de por el deudor) quedando plenamente satisfecho el acreedor.

Tratándose de este tipo de obligaciones, el juez concederá un plazo al deudor para realizarlo y si en dicho plazo no cumple, el acreedor tiene varias posibilidades:

En primer lugar: puede realizar él mismo la prestación a costa del deudor quien deberá restituir al acreedor los gastos incurridos en el plazo de 10 días. Esto será posible cuando el ejecutante tenga las habilidades necesarias para ello.

Otra posibilidad es que el acreedor encargue la realización de la prestación a un tercero, a costa del deudor. En este caso igualmente el deudor deberá resarcir estos gastos, así como la indemnización de daños y perjuicios, que se liquidarán por la vía incidental.

En el segundo supuesto, una obligación es infungible o personalísima cuando la persona del deudor es el elemento esencial de la prestación, es decir existe *intuitu personae*, de manera

que el acreedor solo queda plenamente satisfecho si quien realiza la prestación es el propio deudor (y no un tercero).

En este caso el ejecutado podrá oponerse alegando insuficiencia de plazo para ejecutar la prestación. por lo que todo dependerá de la obligación concreta que tiene que ser cumplida por el deudor. Para esta oposición algunas veces será necesario aportar prueba de la necesidad de un tiempo mayor para cumplir con la obligación contenida en el laudo. Otras veces será el sentido común el que indique un plazo promedio para hacerlo.

3. En el caso de la ejecución por obligaciones de no hacer.

Ante el quebrantamiento o incumplimiento de la prestación, el legislador permite al acreedor escoger entre pedir que se repongan las cosas al estado en el que estaban o, se le indemnicen los daños y perjuicios.

a) *Deshacer*. Si bien el CPC habla de reposición de las cosas al estado en el que estaban, nuevamente la ley omite indicar el procedimiento que se deberá seguir en estos casos. Lo que no es óbice para entender que el juez podrá otorgar al ejecutado un plazo razonable para ello o compeler al ejecutado imponiendo una sanción pecuniaria por cada día de retraso. Todo esto, en caso que sea realmente posible deshacer lo hecho.

Como se observa, el deshacer implica una actitud o actividad positiva, por lo que en el fondo se trata de una ejecución de hacer.

También es posible que el ejecutante pida que sea un tercero quien deshaga lo hecho, o simplemente espere el cumplimiento de la obligación del deudor, mientras la sanción pecuniaria sigue vigente, en cuyo caso corre en su favor el monto de la sanción por cada día de retraso.

b) *Indemnización*. Si lo anterior no fuera posible (por la propia naturaleza de la obligación o por la negativa del ejecutado), la ley permite al acreedor exigir el pago de una indemnización por daños y perjuicios.

El ejecutante también puede optar por pedir directamente esta indemnización por daños. En este caso la oposición o defensa del ejecutado se centrará en la existencia y/o cuantificación de dichos daños.

En estos casos en los que lo que se pida sea la indemnización habrá una transformación de la obligación específica en genérica, a que se ejecutará conforme las reglas de la ejecución dineraria, o ejecución coactiva de sumas de dinero como lo llama el CPC.

VI. Las excepciones de los artículos 409 del CPC y 119 de la LCA.

Respecto del régimen de oposición a la ejecución del laudo arbitral se da una situación curiosa. El artículo 409 CPC permite al ejecutado interponer únicamente alguna de las 6 excepciones allí indicadas, cualquier otra, ordena el parágrafo III de la norma citada, deberá ser rechazada por el juez sin sustanciación. Por otro lado, el artículo 119.II LCA establece que la autoridad judicial *solamente* deberá aceptar oposición a la ejecución que se funde en dos materias: cumplimiento documentado de la obligación y recurso de nulidad pendiente. Respecto de cualquier otra, también indica el parágrafo III del artículo 119 LCA, deberá ser desestimada por el juez, sin trámite alguno. Evidentemente ambas normas se excluyen.

Planteado el problema en estos términos, y confrontadas ambas normas, pareciera que: si aplicamos el artículo 409 CPC, el juez no debiera admitir oposición fundada en el artículo 119

LCA; a su vez, si aplicamos esta última, el juez no debiera sustanciar una excepción que se ampare en la primera.

Para algunos la solución podrá ser interpretar que no existe exclusión porque el artículo 119 LCA habla de *oposición a la ejecución* y el artículo 409 CPC de *excepciones*. Sin embargo considero que este no es un argumento válido simplemente porque el legislador boliviano utiliza estos términos como sinónimos: la excepción es una forma de oposición a la ejecución y, la forma por la cual el ejecutado se opone a la ejecución es la excepción; en ambos casos se trata del ejercicio del derecho a la defensa.

Aunque nosotros consideramos que ambos términos no tienen necesariamente el mismo significado ya que, la oposición a la ejecución es un concepto más amplio que acoge el de excepción. Es decir, una de las formas de oposición a la ejecución es la excepción, que es inicial. Pero además, el ejecutado puede oponerse a actos ejecutivos concretos a lo largo del proceso (vgr. tasación del bien). Oposición es el género, excepción es la especie.

Ahora bien, todo pareciera indicar que se debe aplicar el artículo 119 LCA en detrimento del artículo 409 CPC. Es decir, solo sería posible oponerse a la ejecución con base en alguno de los dos motivos indicados en la LCA. Y esto porque, esta última:

(1) Es norma especial (referida exclusivamente sobre la ejecución del laudo, y no como el artículo 404 CPC, sobre otros tipos de títulos ejecutivos), pero también porque,

(2) Es norma posterior en el tiempo al CPC.

Pero para nosotros el problema es solo aparente. A pesar del tenor literal de las mentadas normas, de hecho, se aplican ambas. Pero no porque la oposición a la ejecución sea algo distinto

a la interposición de excepciones. Sino porque: (i) la oposición de cumplimiento del artículo 119.II LCA, ya está contenida en el artículo 409.5 CPC y, (ii) si el laudo arbitral está sujeto a recurso de nulidad pendiente éste no habrá adquirido todavía firmeza y, por lo tanto, no es ejecutable por carecer de fuerza ejecutiva.

Ahora bien, lo anterior solo resuelve una parte del problema. Es decir, que la oposición a la ejecución por las causales del artículo 119.II LCA de alguna manera están incluidas en los numerales 2 y 5. del artículo 409.I CPC. Pero no da solución a la orden expresa que el legislador dirige al juez, en cuanto a que debe desestimar sin trámite alguno las oposiciones fundadas en argumentos diferentes de los señalados en el artículo 119.II LCA (cumplimiento y fuerza ejecutiva, o laudo con calidad de cosa juzgada). Esta es la regla. Sin embargo, la misma LCA contiene la excepción a la norma. En este sentido, el artículo 119.V LCA establece que, *a efectos de ejecución coactiva de sumas de dinero, se aplicará lo establecido en la norma procesal civil vigente*. Por lo tanto, si ya hemos concluido que la LCA es norma especial sobre ejecución del laudo y posterior en el tiempo al CPC, también debemos concluir que la remisión que hace el artículo 119.V LCA faculta al ejecutado a interponer alguna de las excepciones del artículo 409 CPC.

A esta conclusión se llega también por otra vía. Varias de las excepciones del artículo 409 CPC son presupuestos procesales que, como tal, deben ser apreciados de oficio por el juzgador. Pero lamentablemente por un descuido o, nuevamente, mala técnica legislativa, no ordena que así lo haga en sede del artículo 408 CPC. En el párrafo II de la citada norma solo se exige al juez que examine si el título tiene la suficiente fuerza ejecutiva como para activar la ejecución. Más completo es su par, el artículo 380.I CPC en sede de proceso ejecutivo, que ordena al juez

examinar el título ejecutivo, su competencia, la capacidad y legitimación de las partes, así como la liquidez y el plazo vencido de la obligación. Sin embargo, a pesar de la ausencia de estas exigencias en el artículo 408 CPC entendemos que es obligación del juez analizar el título en los términos del artículo 380.I CPC. Además de ello, aunque ninguna de estas normas lo indicase, compete al juez velar por la correcta conformación de la relación jurídico–procesal. En este sentido, debe velar por el cumplimiento de los presupuestos procesales relativos al órgano jurisdiccional (jurisdicción y competencia), a las partes (capacidad, legitimación y representación) y del objeto del proceso (ausencia de cosa juzgada, litispendencia y caducidad, entre otros).

Siguiendo el razonamiento glosado, debemos concluir que, aun existiendo para el juez el imperativo de rechazar cualquier oposición a la ejecución que no se funde en el artículo 1 19 LCA, este debe:

(1) Apreciar de oficio su propia competencia (e incluso esta puede hacerse valer por el ejecutado, por vía de inhibitoria o declinatoria y no propiamente de excepción);

(2) Apreciar de oficio la fuerza ejecutiva del título base de la ejecución (artículo 408.II CPC), declarando, en su caso, que no ha lugar a la ejecución y permitir la oposición del ejecutado ex artículo 119.II LCA;

(3) Controlar, ex artículos 119.IV y 112.I LCA, también de oficio y en la medida de sus posibilidades, la falsedad o inhabilidad del título (laudo) presentado por el acreedor ejecutante;

(4) En cuanto a la excepción de prescripción y desde la perspectiva del derecho contenido en el título (Laudo) se aplica en la práctica el plazo general de prescripción de cinco años. Pero la prescripción no puede apreciarse de oficio por el juzgador. No permitir la oposición a la

ejecución de una obligación prescrita vulnera la seguridad jurídica, pero sobre todo importa un grave inconveniente de economía procesal para el Órgano Judicial, ya que, el ejecutado tendría que defenderse en el proceso de ejecución incoado y luego interponer una acción ordinaria reclamando le sean devueltas las cantidades indebidamente cobradas. Además de esto, se podría causar un perjuicio irreparable al ejecutado al subastar un bien de su patrimonio, y esta compra –a título oneroso y de buena fe– sería irreivindicable para el ejecutado. Todas estas razones aconsejan permitir la excepción de prescripción en sede de ejecución del laudo;

(5) La excepción de pago, como vimos, se aplica por vía de la oposición a la ejecución del artículo 119.II LCA;

(6) El último numeral del artículo 409 CPC menciona las excepciones de: cosa juzgada, transacción y conciliación. Las dos últimas pueden ser consideradas sin ningún inconveniente por el juez, porque se trata de manifestaciones concretas de la autonomía de la voluntad de las partes y de disposición del objeto del proceso.

Sería absurdo entender que el artículo 119 LCA prohíbe a las partes disponer del derecho discutido en la ejecución y concluir la ejecución, aunque sea parcialmente. En cuanto a la excepción de cosa juzgada, no parece que esta sea aplicable a la ejecución de títulos judiciales o asimilables. Y esto porque la actividad declarativa recién ha concluido.

Si lo que se quiere oponer es que el título ya fue ejecutado por otra vía, corresponde más bien alegar pago o cumplimiento. Si, por otro lado, se alega que la ejecución de dicho título fue anteriormente intentada por el actor, y mereció resolución de rechazo, corresponde –a pesar del tenor literal del artículo 119.II LCA–, alegar cosa juzgada, siempre que el nuevo intento tenga el

mismo fundamento ya denegado, porque lo contrario sería permitir una doble o triple ejecución sobre lo mismo, lo que, de entrada no ampara el derecho a la tutela judicial efectiva y, sobre todo, vulneraría el debido proceso y el derecho a la defensa del ejecutado.

Por último, tampoco es correcto entender que el ejecutado, una vez concluido el periodo de excepciones, ya no podrá oponerse a la ejecución por ningún otro medio. Ciertamente el artículo 119.III LCA establece que *“la autoridad judicial desestimarán sin trámite alguno, las oposiciones fundadas en argumentos diferentes al cumplimiento voluntario del laudo y recurso de nulidad pendiente, o cualquier incidente que pretenda entorpecer la ejecución solicitada”*. Pero esta norma no permite al acreedor tramitar la ejecución a su antojo. A pesar del artículo 119.III LCA la ejecución del laudo arbitral debe respetar los principios de máxima efectividad de la ejecución y menor onerosidad para el ejecutado. Bajo esta premisa, el ejecutado podrá, como ya lo manifestamos, oponerse al embargo exagerado de bienes, a la tasación arbitraria del bien e incluso controlar que la subasta se desarrolle conforme a las normas del CPC.

VII. El proceso ordinario posterior no procede en la ejecución del laudo.

Partiendo de la distinción sobre la distinta naturaleza de las normas del proceso de ejecución coactiva de sumas de dinero, podemos entender con más claridad que no todas las normas allí contenidas se aplicarán cuando se intente ejecutar una sentencia o un laudo arbitral. En este sentido, no podemos aplicar a la ejecución de esta clase de títulos las disposiciones del artículo 410.I y 410.II CPC. Estas normas se aplicarán cuando el título base de la ejecución sea alguno de los contenidos en los numerales 2 y 3 del artículo 404 CPC, o algún otro de naturaleza no jurisdiccional como los contenidos en el artículo 379 CPC. Es decir, títulos ejecutivos sobre

los que todavía no se ha declarado el derecho, pero que por sus características –y en una mera decisión de política legislativa– se concede el beneficio de acudir directamente a la ejecución sin previo proceso de declaración.

Intentar incoar el ordinario posterior del artículo 410 CPC, en los casos de ejecución de títulos jurisdiccionales, es un abuso del derecho por parte del ejecutado, ya que, precisamente, el título que sustenta dicha ejecución proviene de un proceso declarativo previo. Admitirlo sería permitir un doble pronunciamiento sobre el mismo asunto. Pero sobre todo negar la calidad de cosa juzgada al laudo arbitral, que es el título ejecutivo que sustenta dicha ejecución. En este sentido, a pesar que el artículo 410 CPC se encuentre incardinado en sede de proceso de ejecución coactiva de sumas de dinero, este procedimiento se aplica en el caso de ejecución dineraria de sentencia o laudo arbitral, por lo que las normas específicas sobre el ordinario posterior solo se activan cuando la ejecución se sustenta en un título extra jurisdiccional que no viene precedido de un proceso de cognición.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: UNA NATURALEZA JURÍDICA OCULTA,

¿ÓBICE PARA EL ARBITRAJE?

*Javier Romero Mendizábal**

SUMARIO: I. Introducción. II. Ciertas particularidades de los contratos administrativos. III. Breve enfoque histórico de los contratos administrativos en la legislación boliviana: construcción y deconstrucción del concepto. IV. Solución de controversias: Ley 708 y posición de los altos tribunales. V. Vías previstas en la Ley 466 y las leyes transitorias. VI. El arbitraje para dirimir controversias procedentes de los contratos administrativos. VII. Conclusiones.

I. Introducción.

Como si de objetos escondidos al fondo de una habitación se tratase, en Bolivia los contratos administrativos fueron comprendidos por décadas únicamente en su dimensión nominal y es indudable que, desde una perspectiva jurídica, su naturaleza aún se hallaba en un estado de opacidad.

* Abogado de negocios, graduado con mención especial de la Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca. Cuenta con postgrados en Derecho Corporativo por la Universidad San Sebastián de Santiago de Chile, en Derecho Empresarial por el Latin American Business Center y el Curso Superior en Derecho “Law and Digital Business” por la Universidad de Salamanca. Consultor internacional e investigador en distintos Proyectos de la Comisión Andina de Juristas (CAJ), con estatus consultivo ante el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y afiliada a la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra). Fue Analista Jurídico en la Concesionaria del Registro de Comercio de Bolivia – FUNDEMPRESA y responsable de sus distintas oficinas en la Sede Oriental. Asimismo, fungió como Director del Área de Estado de Derecho y Desarrollo Humano de la Fundación Buen Gobierno. Es Asesor legal permanente de empresas nacionales y multinacionales en proyectos, contrataciones públicas y privadas en las áreas de petróleo, gas, energía, minería y construcción por más de 1500 millones de dólares. Ha publicado decenas de artículos jurídicos especializados en materia civil, comercial, administrativa y constitucional en diversos medios impresos y digitales de América Latina. Al presente integra la nómina de árbitros del Centro de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz y ostenta la membresía de socio del Club Español de Arbitraje. Es Jefe del Departamento de Derecho Societario y dirige la práctica de Contrataciones con el Estado en la oficina Santa Cruz del Estudio Wayar & von Borries, del cual es socio.

De manera paralela a la identificación de sus características inherentes, quizás ponderando en demasía el componente de finalidad propia de este tipo de contratos, así como el rol y responsabilidad que corresponden al Estado parte de la relación jurídica construida, el legislador optó por instituir vías especializadas para dirimir cualquier conflicto que derive de su ejecución. Sin embargo, es importante mencionar que no ha sido exclusivamente en el seno legislativo donde una determinada corriente ha alcanzado predominancia.

En efecto, en años recientes, la comprensión de los contratos administrativos ha sido desarrollada y profundizada por los altos tribunales de justicia de Bolivia, ello a consecuencia de su afán por definir la vía idónea para la solución de controversias emergentes de los mismos, lo cual resulta a todas luces entendible, considerando la frecuente y duradera confusión por parte de litigantes (y también de jueces) para dar contenido al derecho de acceso a la justicia, constitucionalmente previsto. Como resultado, la legislación vigente en el país determina que, producto del cúmulo de consideraciones que tuvieron lugar en la esfera judicial, las causas contenciosas deben ser resueltas en salas especializadas creadas al efecto dentro de la jurisdicción ordinaria.

No obstante, la naturaleza subyacente en este tipo de contratos no parecería constituir un impedimento para que las controversias derivadas de su ejecución y cumplimiento puedan también ser conocidas por parte de tribunales arbitrales, siendo que, esta alternativa representaría también una realización efectiva del aludido ideal de justicia.

Mas allá de la imposición de ciertas medidas momentáneas, es evidente que nos hallamos en una senda que todavía se transita, y una de las razones principales para avanzar en este

sentido pasa por procurar el desentrañamiento de una naturaleza jurídica, en apariencia, sui generis.

II. Ciertas particularidades de los contratos administrativos.

Sin que sea necesario indagar sobre su presumible origen en el cameralismo alemán (que hace sentido desde un punto de vista económico y a partir de la administración de recursos estatales), Ramón Parada apunta que si bien la admisión de la institución contractual es común en todos los sistemas, no son coincidentes, sin embargo, las clases de contratos y sus regímenes jurídicos. Esto hace que el capítulo de los contratos sea uno de los más confusos en el derecho comparado. La confusión deriva básicamente de la singularidad de los derechos francés, belga y español, en los que se da una categoría de contratos, los contratos administrativos, que es desconocida en otros sistemas, como el alemán o el italiano y, por supuesto, en el derecho anglosajón. El origen de esta singularidad, tanto en Francia como en España, está en que durante el siglo XX se sustrajo a la competencia de los tribunales civiles y fueron atribuidos a la justicia administrativa aquellos contratos más frecuentemente celebrados por la administración¹⁰².

Esta atribución de la competencia sobre los litigios de los contratos para obras y servicios públicos a la justicia administrativa originó, primero, un diferente régimen procesal y, después, la elaboración por la jurisdicción administrativa de unas reglas y principios diversas para estos

¹⁰² Parada, Ramón (1992). DERECHO ADMINISTRATIVO, 4ta. Edición, Tomo I. Madrid, Ed. Marcial Pons. Página 249 y ss.

contratos de las que regían en los tribunales civiles para sus homólogos y correspondientes contratos entre particulares. Surgió así un régimen jurídico diferenciado sobre el que se construyó la figura del contrato administrativo, figura desconocida en los derechos alemán e italiano, entre otros sistemas, porque en estos ordenamientos los conflictos entre la administración y los contratistas siguieron atribuidos a la competencia de los jueces civiles¹⁰³.

A fin de profundizar en lo que se expone, debe entenderse que —como es natural— los contratos administrativos comparten contenido común con los contratos de naturaleza civil. En tal sentido, los primeros incorporan aquellos requisitos esenciales de un consentimiento no viciado, un objeto que sea lícito, la causa y la forma, además de la definición de un precio, forma o modalidades de pago, fijación de vigencia y del plazo de ejecución, entre otros.

Es apropiado razonar que los contratos administrativos también poseen elementos objetivos y subjetivos que los caracterizan y, por lo tanto, diferencian. Entre los primeros, el más reseñable es la satisfacción de necesidades colectivas de carácter público como fin primordial perseguido y, entre los segundos, se halla la exigencia de que al menos una de las partes que interviene en la celebración de dichos contratos sea la administración pública.

Históricamente el Estado se ha visto como un poder soberano que imponía en toda circunstancia su voluntad, lo que resultaba inconciliable con la posición de igualdad entre las partes y el respeto riguroso a los pactos o acuerdos suscritos que implica la figura contractual¹⁰⁴.

¹⁰³ Ídem.

¹⁰⁴ Parada, Ramón (2000). DERECHO ADMINISTRATIVO I, Parte General, 12va. Edición, Barcelona, Ed. Marcial Pons. Página 252.

Es así que, dentro de los aspectos que importan una ruptura de la horizontalidad, es decir, de aquel equilibrio perseguido idealmente por los contratos civiles, se halla la discutible (en cuanto a sus límites) pero bien identificada y prácticamente estable necesidad de sobrestimar los intereses estatales como directamente representativos de una determinada comunidad, brindando cabida y justificación a la presencia de las mencionadas cláusulas exorbitantes, como manifestación del *imperium*¹⁰⁵ del Estado.

Precisamente Francia ha sido fuente innegable para el desarrollo de este tipo de cláusulas contractuales, dando nacimiento a través de la doctrina y, eventualmente, de su jurisprudencia, a la noción de las "cláusulas exorbitantes del derecho común", configuradoras de los contratos de tipo administrativo.

Esta idea también fue razonada posteriormente por Marienhoff, quien afirmó la existencia de dos tipos de cláusulas exorbitantes del derecho privado. En primer lugar se refirió a las "expresas" o "específicas", siendo aquellas incluidas de manera expresa en el contrato, dando lugar así a su carácter administrativo. Por otra parte, hizo mención de aquellas denominadas como simplemente "virtuales", siendo estas el producto en sí de la referida naturaleza administrativa y, por tanto, requieren que previamente se precise el carácter del contrato, porque si este no fuese administrativo, las cláusulas exorbitantes virtuales carecerían de existencia¹⁰⁶.

¹⁰⁵ El "poder" o "*imperium*", juntamente con el "territorio" y el "pueblo", representan los elementos constitutivos esenciales del Estado [Fischbach, Oskar Georg (2019). TEORÍA GENERAL DEL ESTADO. Santiago, Ed. Olejnik. Páginas 19, 101, 111, y 112].

¹⁰⁶ Marienhoff, Miguel S. (1970). TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Tomo III-A. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot. Página 80.

En esa línea, el carácter administrativo de ciertos contratos surgiría de su propio objeto, en caso que se trate de una concesión de servicios públicos o bien de uso del dominio público, siendo este tipo de contratos los que generalmente incluyen cláusulas "virtuales" exorbitantes del derecho privado. Como contrapartida, existen otros contratos que adquieren dicho carácter por contener una o más cláusulas exorbitantes y que fueron especialmente incluidas en su tenor, siempre y cuando estas tiendan a lograr la satisfacción del interés público.

En suma, una cláusula exorbitante puede ser entendida como una estipulación de gracia diseñada a favor de la administración pública y que excede la esfera del derecho común, siendo una habitual característica de los contratos administrativos.

III. Breve enfoque histórico de los contratos administrativos en la legislación boliviana: construcción y deconstrucción del concepto.

1. Primeras décadas del siglo xx.

No se puede soslayar la mención de algunas normas significativas para una mejor comprensión del esquema actual de contrataciones estatales en Bolivia. En este sentido, más allá de la existencia de normativa anterior sobre remates, uno de los primeros registros que se tiene durante el siglo xx corresponde al Decreto Supremo de 22 de mayo de 1939 sobre "Adquisiciones y Contratos con el Estado", que entre sus aspectos destacables está el reconocer la apertura de una convocatoria similar a los actuales procesos de contratación y fijar límites de monto (Bs. 500 000) para requerir inclusive —además de la firmas del Presidente de la República y el Ministro del ramo pertinente— la autorización expresa del Consejo de Ministros. De igual forma, en el texto del contrato debían indicarse específicamente las garantías ofrecidas por los proponentes para

una buena ejecución y contemplar con claridad las causales de rescisión, así como las responsabilidades tanto del concesionario como del Estado.

El referido decreto tuvo también la virtud de ceñir todos los contratos suscritos a las bases mismas de cada convocatoria a propuestas, instaurando así rasgos de previsibilidad y seguridad jurídica¹⁰⁷.

2. Normas dictadas durante los años setenta.

Más allá de alguna adecuación realizada a la unidad monetaria del momento, hacemos un salto en el análisis hasta 1972, año en el que se dicta el Decreto Ley 10120¹⁰⁸, destinado a regir en todas las licitaciones y contratos de obra del sector público, definiendo los derechos y obligaciones de las entidades licitantes, proponentes y contratistas.

Esta norma definía al contrato como un “convenio suscrito por entidades del sector público para ejecución de obras de ingeniería y/o arquitectura”, denotando la comprensión del legislador del momento respecto del alcance de las obras del sector público.

Durante la década de los setenta también fueron emitidos el Decreto Ley 15192 de 15 de diciembre de 1977, sobre licitación de obras del sector público y el Decreto Ley 15223 de 30 de diciembre de 1977, acerca de adquisiciones del sector público.

3. Reactivación económica durante el trienio 1987–1989.

¹⁰⁷ En efecto, el artículo 10 del Decreto Supremo de 22 de mayo de 1939 determinó que las resoluciones supremas emitidas para la suscripción de los contratos con el Estado, debían, de una manera indudable, respetar las bases de la convocatoria en cuestión. Por su parte, el artículo 11 estableció que, una vez aceptada la propuesta, no podrían ser alterados los términos en que se produjo su aprobación. Si esto ocurriera a iniciativa o con la complicidad de un funcionario público, este sería destituido inmediatamente de su cargo, sin perjuicio de aplicársele las sanciones penales correspondientes.

¹⁰⁸ Ley de Licitaciones y Contratos de Obra para el Sector Público, de 2 de febrero de 1972.

Con el objetivo de establecer un sistema moderno y eficaz para regular los procesos de adquisición por parte del sector público, persiguiendo además que la inversión pública goce de transparencia, el año 1987 entró en vigencia el Decreto Supremo 21660, del 10 de junio, en cuyo Título VII (De la Inversión Pública) se instauró un mecanismo de calificación y selección para la compra de bienes y contratación de servicios de construcción, consultoría, seguros, auditoría y otros que se realicen por las entidades del sector público.

Una de sus particularidades consistía en que, además de sustituir a las juntas de licitación y selección, este mecanismo operaría a través de agencias especializadas (gubernamentales o de organismos multilaterales) contratadas específicamente por el Poder Ejecutivo. El rol de estas agencias consistía en que, a pedido de una entidad pública interesada en la compra de bienes o contratación de servicios, estas llevaban a cabo el procedimiento de obtención, calificación y selección de ofertas e, inclusive, suscribían directamente los contratos de compra o servicios. Sin embargo, el seguimiento y supervisión durante su ejecución estaba a cargo de la entidad pública mandante.

El decreto, pese a varias modificaciones sufridas, incorporó dos aspectos que a día de hoy permanecen en nuestra legislación. El primero es el incentivo a la industria nacional, otorgándole un margen de preferencia durante la adquisición de productos y contratación de servicios por parte de Estado. El segundo plasmó los lineamientos del Código de Comercio aprobado más de una década atrás, obligando a que las firmas extranjeras que se adjudiquen contratos prueben documentalmente su constitución legal en el país de origen y acreditan, expresamente, a un representante legal en Bolivia.

En este punto del análisis corresponde hacer una inflexión entre los antecedentes ya mencionados y aquellos que, de una manera directa, influyeron en la construcción legal del concepto.

4. Cambio de referencia: Ley 1178.

Un hito clave y que merece cita es el surgimiento de los actuales sistemas nacionales de planificación e inversión pública, puesto que, a razón de su implementación en Bolivia durante los años noventa, dimanó una definición normativa de contrato administrativo —relevante también para una comprensión del criterio imperante— plasmada en el artículo 47 de la Ley 1178 (conocida también únicamente como “SAFCO”)¹⁰⁹, que enuncia en los siguientes términos: “Son contratos administrativos aquellos que se refieren a contratación de obras, provisión de materiales, bienes y servicios y otros de similar naturaleza”.

Dentro del contexto de la ley, este concepto reveló dos aspectos ligados entre sí. En primer lugar, que el objeto del contrato era el primer elemento determinante de una naturaleza jurídica especial y, segundo, que esta naturaleza era especial en función de que una de las partes contratantes fuera el Estado boliviano.

Desde las perspectivas lógica y teleológica, no es posible dissociar dicha formulación conceptual de uno de los objetivos troncales perseguidos por la Ley 1178, como es la creación de una jurisdicción coactiva fiscal para el conocimiento de demandas interpuestas con ocasión de los actos de servidores públicos que integren los distintos entes de derecho público y, asimismo, de todas las personas naturales o jurídicas privadas que hubieran suscrito contratos

¹⁰⁹ Ley de Administración y Control Gubernamentales – SAFCO, de 20 de julio de 1990.

de tipo administrativo con el Estado, y por cuyos actos se llegara a determinar la existencia de responsabilidad civil en caso de daño valuable en dinero.

Corresponde aclarar, sin embargo, que fueron excluidas del alcance de la jurisdicción coactiva fiscal aquellas cuestiones de índole civil no contempladas expresamente por la ley, así como las de índole penal, comercial y tributario, que más bien fueron atribuidas principalmente a la jurisdicción ordinaria.

5. Normativa reguladora y las NB-SABS.

Ya con la influencia de la capitalización sobre los procesos estatales, que mediante Resolución Suprema 215475 de 20 de marzo de 1995 se hayan puesto en vigencia las normas básicas del sistema de administración de bienes y servicios para el sector público, las que finalmente prevalecieron a través de Resolución Suprema 216145 de 3 de agosto del mismo año. De modo interesante, esta última regulación se apartó sutilmente de la naturaleza administrativa de los contratos, consagrada hasta entonces¹¹⁰, complementándola con claridad.

A pesar de ello, con la actualización realizada por la entrada en vigor del Decreto Supremo 25964 de 21 de octubre de 2000, dichos criterios incorporados quedaron nuevamente relegados.

La antedicha Ley SAFCO suscitaría también, más de una década después, la necesidad de emitir nuevos decretos que delinearán los procesos de contratación estatal. Es así que el año

¹¹⁰ Si bien el artículo 75 de la R.S. 216145 definió genéricamente los contratos suscritos por las entidades públicas, también procedió a señalar que estos acuerdos quedaban regulados, además del respectivo pliego de condiciones, las normas básicas y el reglamento específico de cada entidad, por las disposiciones del Código Civil, del Código de Comercio y otras leyes aplicables.

2004 entró en vigencia el Decreto Supremo 27328¹¹¹ con el objeto de establecer los principios, normas y condiciones regulatorias de los procesos de contratación de bienes, obras, servicios generales y de consultoría por parte de las entidades del sector público, así como las obligaciones y derechos que se derivan de dichos procesos.

Esta norma retomó los elementos esenciales y legales de la definición de contrato administrativo en la Ley SAFCO, y formuló a través de su artículo 49 el siguiente entendimiento: “Los contratos que suscriban las entidades públicas para la provisión de bienes, obras, servicios generales y de consultoría, son de naturaleza administrativa. El Órgano Rector elaborará un modelo de contrato que incluya las condiciones generales y específicas para cada tipo de contratación”.

A continuación, el referido artículo realizaba una mención que tiene un peso específico con relación al ejercicio contractual inherente al antes aludido *imperium* del Estado, señalando que las condiciones estándar de todo contrato administrativo necesariamente debían establecer para ambas partes derechos y obligaciones que sean justos y equitativos, lo cual fue ratificado también por su reglamento.

No deja de ser peculiar el ánimo —aunque supuesto— del legislador para tratar de limitar, de alguna manera, la fuerza natural propia de las prerrogativas estatales. Y si bien pareciera que esta es, justamente, la corriente predominante en la actualidad, no es menos cierto que la normativa vigente en Bolivia ha dejado de contemplar una regulación de esta naturaleza.

¹¹¹ Procesos de Contratación de Bienes, Obras y Servicios Generales y de Consultoría, de 31 de enero de 2004.

6. Decreto Supremo 181.

Con similar sustancia y propósito al Decreto Supremo 29190¹¹², a partir del año 2009, el Decreto Supremo 181 (NB-SABS)¹¹³ —norma aplicable por excelencia a las contrataciones estatales— incorporó en su tenor cualidades específicas que habían empezado a ser descifradas por el legislador nacional, llegando a definirse a este tipo de contratos como instrumentos legales de naturaleza administrativa que regulan la relación contractual entre una entidad contratante y un proveedor o contratista, estableciendo a tal efecto derechos, obligaciones y condiciones para la provisión de bienes, construcción de obras, prestación de servicios generales o servicios de consultoría.

Además de brindar una definición que, sin ser contraria a la normativa preliminar, resalta componentes y fija inequívocamente la naturaleza en cuestión, el decreto referido lista el contenido mínimo de cada contrato a ser suscrito en el marco de las NB-SABS, con especial mención de (i) los antecedentes (relevantes a razón de los informes técnicos y legales que sirven de soporte para cada proceso de contratación), (ii) todos los documentos integrantes y, por lo general, su jerarquía definida para fines interpretativos, (iii) los tipos y condiciones fundamentales de las garantías a ser presentadas por los contratistas durante las distintas etapas de ejecución o según las características de cada contratación, siendo las más comunes las boletas de garantía y las pólizas de seguro de caución (siempre y cuando estas sean renovables, irrevocables y de ejecución inmediata), (iv) multas y penalidades por incumplimientos que, pese

¹¹² Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, de 11 de julio de 2007.

¹¹³ Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, de 28 de junio de 2009.

a lo establecido en el decreto¹¹⁴, aplican en una sola dirección, (v) causales de finalización que, cuando se originan en el incumplimiento de obligaciones del contratista, activan de manera automática un efecto muy particular como es el impedimento de contratar con el Estado boliviano por hasta 3 años¹¹⁵ desde la fecha de terminación respectiva.

No dejar de llamar la atención que, para contemplar todos los aspectos antes mencionados, el Decreto Supremo 181 desconoce los límites de su función reglamentaria esencial. Paradójicamente, pareciera encontrar cierto recato para finalizar su incorrecto afán supletorio de la ley, no llegando a ofrecer mayores elementos que regulen la etapa correspondiente a la ejecución misma de los contratos administrativos, situación que deja un vacío predecible y, más allá de brindar la posibilidad de acudir supletoriamente a ciertas normas del Código Civil, suele completarse con la desigualdad y fuerza propia de las denominadas cláusulas exorbitantes, erigiendo estas como *contractus lex*, con los potenciales efectos devastadores sobre el contratista.

¹¹⁴ El artículo 87, inciso j) del Decreto Supremo 181 contempla, dentro del contenido mínimo de los contratos administrativos, la inclusión de una cláusula sobre multas y penalidades por incumplimiento de las partes; sin embargo, en la práctica, casi la totalidad de los contratos que suscribe el Estado y cuya publicación se realiza en el SICOES, prevén sanciones progresivas únicamente para el contratista, siendo este uno de los aspectos de las NB-SABS que es sistemáticamente inobservado en los contratos tipo que diseña y aprueba el Órgano Rector.

¹¹⁵ Artículo 43, inciso j) del Decreto Supremo 181.

IV. Solución de controversias: Ley 708 y posición de los altos tribunales.

Se ha hecho reserva, adrede, del componente de solución de controversias como numeral independiente, puesto que se trata de un aspecto polémico que genera la concurrencia de criterios contrapuestos en la práctica del derecho de los contratos administrativos en Bolivia.

Al respecto, uno de los rasgos llamativos en la Ley 708 de Conciliación y Arbitraje, es que esta prevé una exclusión esencial en lo que concierne al presente análisis. Entre otros aspectos, la norma en cuestión ha plasmado la voluntad del legislador para dejar fuera de la conciliación y del arbitraje a los contratos administrativos¹¹⁶, con la única salvedad prevista para aquellas empresas públicas en proceso de migración al régimen de la Ley 466¹¹⁷, autorizándolas a incorporar cláusulas arbitrales para la solución de controversias resultantes de los contratos administrativos que estas suscriban, ratificando por supuesto que la sede fijada deberá ser Bolivia y la ley aplicable será boliviana.

En línea con ello, al igual que en el caso del marco conceptual que se materializa especialmente en el decreto de contrataciones estatales, la definición de una instancia para conocer aspectos controvertidos que surgen de la ejecución de contratos administrativos, se encuentra también moldeada por los distintos fallos que sobre el tema fueron emitiéndose por el Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia y que, postreramente, tuvieron complemento a través de sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional, con especial foco en lo concerniente a las normas básicas del sistema de administración de bienes y servicios de entidades públicas.

¹¹⁶ El artículo 4 de la Ley 708 de 25 de junio de 2015 sitúa, dentro de las materias excluidas de la conciliación y del arbitraje, a los contratos administrativos.

¹¹⁷ Ley de la Empresa Pública, de 26 de diciembre de 2013.

Vamos a ver. Un fallo ejemplar para comprender lo afirmado es sin dudas el Auto Supremo 190/2013 de 17 de abril de 2013 y que fuera emitido por el Tribunal Supremo de Justicia con las siguientes consideraciones:

“Los contratos del Estado, están regidos predominantemente por el derecho público y con un régimen jurídico único. Estrictamente hablando, no hay contratos civiles de la Administración; en principio, todos son de derecho público, sometidos a reglas especiales. Como ya lo señalamos, los contratos de la Administración Pública se rigen predominantemente por el derecho público, pero los hay también regidos en parte por el derecho privado. Así, están más próximos al derecho civil más lejanos del derecho administrativo los contratos de cesión, permuta, donación, compraventa, mandato, depósito, fianza, transporte, contratos aleatorios. Por el contrario, están más cerca del derecho administrativo los contratos de empleo o función pública, empréstito, concesión de servicios públicos, concesión de obras públicas, obra pública y suministro”.

Ratificando un criterio expuesto meses atrás¹¹⁸, la Sala Civil del Tribunal Supremo señaló como tarea primordial:

“Fijar la atención en ésta distinción, en consideración a que un contrato de carácter privado no es equiparable a uno de naturaleza administrativa, por las características y elementos que las componen, y en el caso, por el régimen jurisdiccional a la cual están expuestas al presentarse las controversias que deriven de ellas”.

¹¹⁸ En el Auto Supremo 405/2012 de 1 de noviembre de 2012, el Tribunal Supremo de Justicia mencionó que la aparición del contrato administrativo fue muy debatida y cuestionada entre quienes lo postulaban como una categoría contractual especial, diferente a la del contrato regulado por el Derecho Privado, frente a quienes negaban tal diferencia. Sin embargo, indica el Tribunal, en la actualidad, tanto en el ámbito de las legislaciones como en el de la jurisprudencia y la doctrina, la existencia del contrato administrativo es plenamente aceptada.

Es de esta manera que se revela la vía contenciosa administrativa para la solución de controversias emergentes de la ejecución de los contratos administrativos¹¹⁹, en el entendido de que el proceso contencioso-administrativo evolucionó y pasó de ser un proceso de control jurisdiccional de legalidad sobre el acto administrativo, para convertirse en un proceso de protección del derecho del particular frente a la actuación de la administración pública.

Considerando la posición adoptada actualmente por el legislador boliviano, resulta relevante que el Tribunal Constitucional Plurinacional haya seguido un similar criterio a aquel emitido por parte del Tribunal Supremo. Es de esta manera que, dentro de los fundamentos jurídicos de la Sentencia Constitucional Plurinacional 1137/2014 de 10 de junio de 2014, se alertó sobre la necesidad de:

“Realizar una diferenciación de los sujetos que intervienen en ambas relaciones contractuales y el tipo de legislación aplicable (...) los contratos privados, persiguen intereses particulares, sus obligaciones y derechos se mantienen en un plano horizontal entre los sujetos que intervienen, por la prestación recíproca que emana del contrato, esta relación es propia del derecho privado y están regulados por el Código Civil. Por otro lado, se encuentran los contratos administrativos, donde interviene como sujeto contractual el Estado, mediante las instituciones que componen la administración pública, la relación contractual se ve compelida a la satisfacción de necesidades de carácter público y su regulación pertenece al Derecho Administrativo”.

¹¹⁹ El Auto Supremo 190/2013 estableció que la jurisdicción contenciosa administrativa ha sido instituida para establecer si la Administración Pública ha sujetado su actuación al principio de legalidad; la jurisdicción contenciosa-administrativa abarca, sin excepción, a todos los actos de la administración y en particular en tratándose de controversias suscitadas a raíz de los contratos administrativos que celebra esta, la jurisdicción contencioso-administrativa, adquiere competencia para conocer y resolver dichas controversias en el marco del proceso contencioso, cuya regulación en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra comprendido en los artículos 775 del Código de Procedimiento Civil y artículo 10 parágrafo I de la Ley 212.

En este fallo también se confirmó que la jurisdicción contenciosa administrativa ha sido instituida para establecer si la administración pública ha sujetado su actuación al principio de legalidad, convirtiéndose en un proceso de protección del derecho del particular frente a la actuación de la administración pública, siendo la jurisdicción especializada —y no así la ordinaria— la que tiene competencia para ejercer control jurídico sobre dicha actuación.

De igual manera, el Tribunal Constitucional Plurinacional aportó luces con relación a las NB-SABS y los procesos de contratación estatal para poder fijar el régimen aplicable y las vías de impugnación. En efecto, mediante la Sentencia 0928/2012 de 22 de agosto de 2012, se precisó que:

“Las normas de aplicación exclusiva a los procesos de contratación por licitación pública, contratación por concurso de propuestas y contratos administrativos de adquisición de bienes y servicios, son las contenidas en las NB-SABS. Esta normativa, conjuntamente con el Documento Base de Contratación (DBC), elaborado en aplicación del artículo 46 de las NB-SABS por la entidad contratante, son la base normativa aplicable al proceso de contratación, por lo que el contrato administrativo de adquisición de bienes no puede salirse de su marco regulatorio”.

En cuanto a los medios impugnación de cara a poder definir la vía idónea para la solución de controversias, se aclaró que las NB-SABS que forman parte del Sistema de Administración y Control Gubernamental, no estipulan la revocatoria ni el jerárquico como formas de impugnación en la vía administrativa. Esta manifestación también revistió gran utilidad para el mundo litigante del país, cuya confusión visible en torno a la aplicación de los tradicionales recursos administrativos, sería finalmente superada.

Para reafirmar este aspecto, dentro del análisis efectuado sobre la resolución de un contrato de tipo administrativo, el Tribunal subrayó que el régimen de contratación del Estado, en el que se encuentra el procedimiento de resolución de pleno derecho de los contratos administrativos, en forma invariable debe observar y ser respetuoso de los valores y principios contenidos y declarados en las NB-SABS, como son: responsabilidad, transparencia, integridad, justicia, verdad, respeto a las personas y, del mismo modo, de los derechos fundamentales que asisten al administrado, debido a que ese procedimiento finalmente se decantará en un acto administrativo denominado resolución de contrato, el que, al ser una manifestación de la voluntad de la administración, producirá efectos jurídicos respecto del administrado.

Por lo mismo, debe existir sujeción al orden jurídico y pleno respeto de las garantías y derechos, abriéndose la vía judicial correspondiente para el control de legalidad ante su quebrantamiento, con carácter previo a una eventual activación de la justicia constitucional.

V. Vías previstas en la Ley 466 y las leyes transitorias.

Las características intrínsecas antes expuestas, es decir, aquellos componentes distintivos inicialmente abordados desde la esfera judicial, han revelado para el legislador nacional la necesidad de instituir un fuero diferenciado para la solución de controversias derivadas de la ejecución de contratos de este tipo.

Con esa suerte de piedra angular que significó la aprobación de la Ley 1178 y en el marco de la entonces vigente Ley 1770¹²⁰, el antes citado Decreto Supremo 27328 abrió, a través de su artículo 56, una puerta que a día de hoy permanece prácticamente cerrada:

¹²⁰ Ley de Arbitraje y Conciliación, de 10 de marzo de 1997.

“Las controversias que pudieran surgir durante la ejecución de los contratos, podrán ser resueltas mediante el arbitraje; para lo cual, la entidad pública deberá incorporar en el contrato la cláusula de arbitraje del modelo de contrato. El laudo arbitral dictado será definitivo, inapelable, y de cumplimiento obligatorio para las partes”.

De manera coherente, el Reglamento del Texto Ordenado del Decreto 27328 estableció en su artículo 154 que era necesario incorporar una cláusula de arbitraje en los contratos administrativos para poder activar esta vía. No obstante, lo llamativo de este reglamento fue que se procuró incluir una especie de salvaguarda, determinándose para el caso que una entidad pública opte por el arbitraje como vía alternativa para la solución de controversias surgidas durante la ejecución de un contrato, esta tendrá la obligación ineludible de valorar en su real magnitud las consecuencias legales de tal elección, así como la existencia de convenios internacionales de protección a las inversiones y la renuncia tácita a la vía judicial. En cualquier caso, dicha elección debía estar sustentada por informes financieros y legales, siendo plenamente responsable por esta decisión la Máxima Autoridad Ejecutiva de cada entidad.

Más recientemente, la Ley 466 de 26 de diciembre de 2013, denominada “Ley de la Empresa Pública”, dejó alguna salvedad favorable a la posibilidad de dirimir controversias mediante arbitraje, especialmente para el caso de aquellas surgidas entre los socios de empresas mixtas, estatales mixtas y empresas estatales intergubernamentales, derivadas de la interpretación, aplicación y ejecución de decisiones, actividades y normas, siempre previa conciliación.

Empero, una ruta más clara surge de la vinculación entre esta norma sancionada y la ya aludida Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 708, que confiere a las empresas públicas la capacidad de incorporar en sus contratos administrativos cláusulas de solución de controversias a través de la conciliación y el arbitraje en derecho, siempre y cuando se fije como sede el Estado Plurinacional de Bolivia, exista sometimiento a la normativa boliviana y la entidad estatal respectiva se halle en el proceso transitorio de migración al régimen de la Ley de la Empresa Pública.

A la fecha, esta previsión es la única excepción que contempla la legislación boliviana con relación a la exclusión expresa de los contratos administrativos de aquellas “materias” que pueden someterse al arbitraje.

Ahora bien, a los efectos de este análisis no es posible soslayar que, producto de la ya estable necesidad de instaurar un fuero diferenciado, durante los años 2011 y 2014 se dio creación a dos normas de carácter transitorio: la Ley 212¹²¹ y la Ley 620¹²².

Inicialmente, la Ley 212 estableció en su artículo 10 que la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia sería la instancia llamada a conocer las causas contenciosas que resulten de los contratos, negociaciones y concesiones del Órgano Ejecutivo, y de las demandas contenciosas-administrativas a que dieran lugar las resoluciones del mismo, en tanto sean reguladas por ley como jurisdicción especializada.

¹²¹ Ley de Transición para el Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental, Consejo de la Magistratura y Tribunal Constitucional Plurinacional, de 23 de diciembre de 2011.

¹²² Ley Transitoria para la Tramitación de los Procesos Contencioso y Contencioso Administrativo, de 29 de diciembre de 2014.

Años más tarde y por disposición de la Ley 620 (derogatoria de la ley 212), se crearon Salas Contenciosas y Contenciosas Administrativas tanto en el Tribunal Supremo de Justicia como en los Tribunales Departamentales del país, a objeto de conocer y resolver las causas contenciosas que resulten de los contratos, negociaciones o concesiones del Estado, siendo este el régimen jurídico vigente de la administración en Bolivia.

La Ley 620 reconoce dos escalas (central y departamental) en las que se divide la estructura a la que da creación. La escala central —representada por el Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia— además de conocer hasta resolver todas las demandas contenciosas administrativas del nivel nacional, que resultaren de la oposición entre el interés público y privado, está destinada a conocer y resolver causas contenciosas resultantes de contratos, negociaciones y concesiones del Gobierno Central y de todas aquellas instituciones públicas o privadas que cumplen roles de administración pública a nivel nacional.

Una segunda escala está representada por los Tribunales Departamentales de Justicia, que tienen la misión de conocer y resolver causas contenciosas que resulten de contratos, negociaciones y concesiones de los gobiernos autónomos departamentales, municipales, indígena originario campesinos y regionales, así como de universidades públicas y demás instituciones públicas o privadas que cumplan roles de administración estatal a un nivel departamental. Esta escala también ostenta la potestad de conocer y resolver, a nivel departamental, las demandas contenciosas administrativas que resultaren de la oposición del interés público y privado.

Un auténtico rasgo característico de la ley transitoria vigente consiste en que esta produce la aplicación, por ultraactividad, del Código de Procedimiento Civil abrogado, en lo concerniente a la tramitación exclusiva de los procesos contenciosos y contenciosos administrativos, en tanto los mismos sean regulados por ley como jurisdicción especializada, de conformidad con la Disposición Final Tercera de la Ley 439 de 19 de noviembre de 2013, “Código Procesal Civil”.

VI. El arbitraje para dirimir controversias procedentes de los contratos administrativos.

En el contexto del enunciado del “poder para frenar al poder”, Olarieta menciona que el problema radica en que el poder judicial era poder en tanto disponía de supremacía frente a los ciudadanos en sus litigios privados, pero si los litigantes eran poderes del Estado, ese *imperium* desaparecía, el poder judicial dejaba de ser poder. Y además, hace notar que tampoco los litigantes estarían en el mismo plano, no serían iguales por la supremacía del legislativo. Cabe pensar todavía si, pese a ello, los jueces podrían intervenir como simples mediadores o árbitros imparciales. Parece que tampoco porque los jueces están sujetos a la ley, a las normas emanadas de uno de los poderes, por lo que parece que no podrían resultar neutrales¹²³.

En Bolivia, el artículo 366 de la Constitución Política del Estado es taxativo en su enunciado consistente en que cualquier empresa extranjera que realice, en nombre y representación del Estado, actividades en la cadena productiva hidrocarburífera, debe someterse a la soberanía,

¹²³ Olarieta Alberdi, Juan Manuel (2011). LA SEPARACIÓN DE PODERES EN EL CONSTITUCIONALISMO BURGUÉS. Madrid, Ed. Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences, 32(4). ISSN: 1578-6730. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=18120706014>. (Fecha de Consulta 20 de abril de 2021).

dependencia de las leyes y autoridades del Estado boliviano, sin que se reconozca tribunal o jurisdicción extranjera, se recurra a la vía diplomática o se invoque situación excepcional alguna.

Ciertamente, esta previsión suprime la posibilidad de someter a arbitraje internacional a aquellas controversias derivadas de contratos administrativos cuyo objeto esté relacionado con la cadena productiva de hidrocarburos.

No obstante lo señalado en la Constitución boliviana respecto de un sector específico y el vínculo antes mencionado entre las leyes 708 y 466; con la mirada puesta en la región se procederá a examinar si, desde la esencia misma, el arbitraje es incompatible con los contratos de tipo administrativo.

Carlos Navas Rondón menciona de manera acertada que, en las contrataciones públicas:

“El arbitraje constituye un sistema alterno y una eficaz herramienta para resolver los conflictos derivados de los contratos en obras, bienes, servicios y consultorías realizados entre particulares y el Estado, quienes se someten obligatoriamente a la decisión de un árbitro, a través de un laudo sobre las materias arbitrales permitidas y las reglas que se configuren”.

Y prosigue el autor citando los fundamentos de una sentencia del Tribunal Constitucional del Perú: STC 6167–2005–PHC/TC, la cual indica que el arbitraje:

“No puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustituto, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la Sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad básicamente

*para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y sobre todo para la resolución de controversias que se generan en la contratación estatal*¹²⁴.

La experiencia colombiana es recogida por Mónica León¹²⁵, quien afirma que las posturas jurisprudenciales del Consejo de Estado de Colombia respecto de la arbitrabilidad de actos administrativos pueden agruparse en tres categorías:

“La primera —que es minoritaria y aborda una postura superada—, referida a una falta de competencia de la justicia arbitral para conocer cualquier tipo de acto administrativo contractual; la segunda —erigida en obediencia a la doctrina constitucional de la sentencia C-143 de 2000 y consolidada plenamente—, según la cual existe competencia arbitral para juzgar la legalidad de los actos administrativos contractuales diferentes a los que incluyen cláusulas excepcionales; y la tercera —que complementa la anterior categoría—, que determina que hay una competencia arbitral restringida frente a actos administrativos contractuales proferidos en ejercicio de potestades exorbitantes, limitándose el pronunciamiento de los árbitros exclusivamente a los efectos económicos de dichos actos”.

Cabe mencionar también que la norma denominada “Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional”¹²⁶, señala en su artículo 1 que en aquellos tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.

¹²⁴ Navas Rondón, Carlos (2015). EL ARBITRAJE EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO. Lima, Ed. Legales E.I.R.L. Página 69.

¹²⁵ León Gil, Mónica Alejandra (2018). ARBITRAJE DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES. Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia. Página 177.

¹²⁶ Ley 1563, de 12 de julio de 2012.

Pese a la marcada restricción, esto denota que Colombia también es un país que ha dado pasos adelante en lo referido a la arbitrabilidad de los contratos suscritos por el Estado.

Después de reconocer a la mediación y al arbitraje en derecho para la solución de diferencias no resueltas entre partes contratantes, llamativa resulta la salida que brindó el legislador ecuatoriano a través de la Ley Orgánica Nacional de Sistema de Contratación Pública de Ecuador¹²⁷, en cuyo artículo 105 se determinó que, de surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial, el procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹²⁸.

Paraguay, por su parte, promulgó la Ley de Contrataciones Públicas¹²⁹ en cuyo artículo 9 precisa que las controversias suscitadas con motivo de la interpretación, aplicación o validez de los contratos celebrados por el sector público, podrán ser resueltas por arbitraje conforme a las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación¹³⁰.

Una cualidad de la antedicha Ley de Contrataciones Públicas es el reconocimiento de una serie de derechos a favor de los proveedores y contratistas. Entre estos, se halla el derecho a la plena ejecución de lo pactado, salvando, por supuesto, rescisiones, resoluciones o modificaciones unilaterales previstas por ley. Asimismo se fija en beneficio de proveedores y contratistas la posibilidad de un reajuste de precios, conforme a ley, para compensar variaciones

¹²⁷ Ley 1, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 395 de 4 de agosto de 2008.

¹²⁸ Ley 35, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 338 del 18 de marzo de 1968.

¹²⁹ Ley 2051, promulgada el 21 de enero de 2003.

¹³⁰ Ley 1879, promulgada el 24 de abril de 2002.

sustanciales sufridas en la estructura de costos de los contratos suscritos, además de intereses financieros en caso que las entidades contratantes incurran en mora con relación a los pagos previstos. Las controversias que puedan surgir con motivo de la interpretación o aplicación de estos derechos son igualmente susceptibles de ser resueltas por medio de arbitraje.

Finalmente, Argentina también ha visto con buenos ojos poder abrir esta puerta común a partir de la vigencia del Decreto Reglamentario de la Ley 27328 sobre “Contratos de Participación Público – Privada”¹³¹, en cuyo capítulo VII se reconoce el arbitraje como vía válida para la solución de controversias procedentes de este tipo contractual en que interviene el Estado argentino como contratante, con algunas características propias de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y ciertas condiciones de aprobación previa en caso de arbitraje internacional.

Está claro que estos precedentes pueden servir como un interesante impulso para que Bolivia retome el debate en torno a ampliar la hoy limitada posibilidad de emplear el arbitraje para resolver disputas procedentes de los contratos de naturaleza administrativa.

¹³¹ Decreto 118/2017 de 17 de febrero de 2017, publicado en el Boletín Nacional de 20 de febrero de 2017.

VII. Conclusiones.

Como ha resultado evidente del análisis realizado, no existe una razón de origen que impida brindar la posibilidad —no excluyente— de dirimir controversias emanadas de contratos administrativos a través de un proceso arbitral.

Con ciertos matices, la experiencia comparada sugiere no perder de vista que los contratos administrativos pueden considerarse como materia arbitrable no solo debido a los elementos comunes que comparten con los contratos civiles, sino más bien a razón de poder brindar un sentido más profundo al acceso a la justicia, que no deja de ser uno de los fines mayores y principales de cualquier Estado.

Más allá de la existencia de alguna disposición transitoria que genere una posibilidad que, en la práctica, podría ser cuestionada por contravenir el camino trazado en la Ley 620 y por los altos tribunales del país, Bolivia no siempre ha sido ajena a reconocer la vía del arbitraje para solucionar las disputas derivadas de la ejecución de contratos de tipo administrativo. El Decreto Supremo 27328 y su Reglamento son prueba inequívoca de este extremo.

En este orden de ideas, la norma actual también realiza un guiño a favor de romper con una supuesta incompatibilidad de origen, cuando reconoce que las entidades del Estado bien pueden aplicar el arbitraje en disputas que surjan de contratos de adquisición de bienes, obras o provisión de servicios, con entidades extranjeras que no estén domiciliadas en Bolivia, así como con la ya señalada disposición que confiere a las empresas públicas la facultad de incluir en sus contratos administrativos cláusulas de solución de controversias mediante arbitraje en derecho, con sede en Bolivia.

Ante este panorama, resulta claro que el arbitraje se presenta como una alternativa no solo viable, sino necesaria para la resolución de controversias emergentes de una relación contractual formada con el Estado boliviano.

Dado que reviste especial importancia un entendimiento cabal de todas las condiciones peculiares que hacen a los contratos administrativos, constituye sano ejercicio que estas todavía sean objeto de debate académico en nuestro país. Sin embargo, un segundo paso inevitable tendrá que ver con asumir el desafío de construcción de un mayor equilibrio durante la ejecución de este tipo de contratos, que sin entrar en contradicciones que desnaturalicen su esencia, permita calibrar la balanza para que quien contrate con el Estado tenga a disposición herramientas efectivas para la defensa y el adecuado ejercicio de sus derechos.

Para sumar a este objetivo que ya tiene cariz histórico, quizá debería atenderse la creciente necesidad de que Bolivia cuente con una ley, propiamente dicha, de contrataciones públicas, y cuya elaboración incluya la participación directa de los distintos actores involucrados en este ámbito, que ya lleva a cuestas diversos ajustes normativos de forma y fondo.

Resulta también cierto que ha cesado el estado de opacidad antes imperante, siendo producto de la luz brindada por los estudiosos del derecho, los esfuerzos de los altos tribunales y una tarea legislativa con aciertos y errores, que los contratos administrativos han pasado a ser colocados en el centro mismo de la habitación, exponiendo así su naturaleza jurídica, que a día de hoy se halla cada vez menos escondida, y permitiendo entender que —en definitiva— no existe óbice fundamental para que estos puedan, nuevamente, llegar a ser materia de arbitraje.

BIBLIOGRAFÍA.

Fischbach, Oskar Georg (2019). TEORÍA GENERAL DEL ESTADO. Santiago, Ed. Olejnik.

León Gil, Mónica Alejandra (2018). ARBITRAJE DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES. Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia,

Marienhoff, Miguel S. (1970). TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Tomo III-A. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot.

Navas Rondón, Carlos (2015). EL ARBITRAJE EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO. Lima, Ed. Legales E.I.R.L.

Olarieta Alberdi, Juan Manuel (2011). LA SEPARACIÓN DE PODERES EN EL CONSTITUCIONALISMO BURGUÉS. Madrid, Ed. Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences, 32(4). ISSN: 1578-6730. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=18120706014>.

Parada, Ramón (1992). DERECHO ADMINISTRATIVO, 4ta. Edición, Tomo I. Madrid, Ed. Marcial Pons.

Parada, Ramón (2000). DERECHO ADMINISTRATIVO I, Parte General, 12va. Edición, Barcelona, Ed. Marcial Pons.

EL ARBITRAJE EN EL CONTRATO DE SEGURO

*Cayo Salinas Rodríguez**

SUMARIO: I. Introducción. II. El contrato. III. Contrato de seguro. IV. Conclusiones.

I. Introducción.

El Arbitraje tuvo vigencia como un formato de administración de justicia aun antes a lo que se conoce como “justicia estatal”. De antaño -- lo relata la historia -- las diferencias que se suscitaban entre personas particulares eran resueltas a través de la vía arbitral, espacio en el que apareció la figura del *arbiter*, que no era otra cosa que aquella persona, ajena a la controversia, que gozaba de credibilidad para ambas partes y que oyéndolas, emitía una decisión que tenía el carácter de obligatoriedad para las mismas.

En todo caso:

“El arbitraje es una vieja institución que ya se practicaba entre tribus primitivas. Tales métodos eran utilizados en Babilonia, entre los hebreos, en la Grecia Antigua, en Roma. La práctica del arbitraje fue utilizada por toda la antigüedad clásica, pasando por el derecho bizantino y ganando nueva vida en la Edad Media, donde fue muy utilizada por la Iglesia. Fue en esa época que surgió el arbitraje comercial. En ese periodo, la ley era eminentemente personal, ella acompañaba al individuo y el juez aplicaba la

* Abogado Máster en Derecho Empresarial por la Universidad Privada Boliviana (UPB) con el apoyo académico de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá – Colombia. Socio principal de “Cayo Salinas & Asociados – Estudio de Abogados”. Es Síndico y Director de Sociedades Comerciales. Graduado en la Corte Suprema del Estado de la Florida en el programa de especialización de Nova Southeastern University Florida – USA como Mediador y Árbitro. Ha intervenido como árbitro y abogado de parte en Arbitrajes Comerciales y Societarios; de Energía; Deportivos; Seguros y Construcción. Actualmente es miembro del Consejo Académico de Derecho de la UPB Universidad Privada Boliviana e integrante del “Panel de Expertos” de la Carrera de Derecho y Ciencias Jurídicas de la Universidad Privada del Valle “(Univalle)”. Ha publicado libros y es miembro de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje, de la Asociación Boliviana de Derecho de Seguro y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado.

*ley de su nacionalidad. Con el surgimiento de las ferias medievales los comerciantes preferían, en lugar de los tribunales – que se configuraban por ser un sistema difícil – a los árbitros escogidos entre ellos, pues los negocios internacionales tenían que ser decididos con mucha celeridad y bajo una forma de justicia igualitaria. Tales árbitros juzgaban con equidad y tenían en cuenta los usos y costumbres de las partes litigantes. Los árbitros eran elegidos conforme a la competencia y especialidad en determinada cuestión*¹³².

Bajo esa línea, en las ordenanzas Francesas de 1560 y 1673 promulgadas por Luis XIV, se impuso la obligación de resolver los conflictos entre familiares o socios a través de arbitramento -- que es lo que se conoce como arbitraje forzoso-- y ya en las Ordenanzas de 1737 se determinó que el arbitraje evitaba juicios largos y costosos, lo que ameritaba su aplicabilidad y ejecución.

La ecuación era simple, las partes signatarias de un acuerdo, contrato o convención, pactaban llevar voluntariamente los conflictos que pudieran surgir como consecuencia de la relación jurídica contractual creada a través del instrumento suscripto, a una jurisdicción especialmente creada en la que un tercero, ajeno al contrato, impartía justicia.

“La fórmula de someter controversias a un tercero sin acudir a los tribunales de justicia, tiene antecedentes en la antigüedad y se empleó en la Edad Media entre los comerciantes, difundándose en los tiempos modernos con reglamentación en los códigos o leyes especiales y organizado por entidades nacionales e internacionales. Los comerciantes utilizan este sistema, refiriéndolo a la justicia ordinaria,

132 Colaiacovo, Juan Luis (1991). NEGOCIACIÓN Y CONTRATACIÓN INTERNACIONAL. Buenos Aires, Ed. Macchi. Página 172.

*por considerar que los juzgadores son más competentes y los trámites menos costosos y más rápidos que los de los tribunales de justicia*¹³³.

Ahora bien, en Bolivia, está vigente la Ley de Conciliación y Arbitraje 708 de 25 de junio de 2015, que abrogó la Ley 1770 de 10 de marzo de 1997.

Desde entonces, el arbitraje gozó de una ley especial dada su naturaleza, habida cuenta que con anterioridad al año 1997, el instituto era regulado tanto en el Código de Comercio como en el ahora abrogado Código de Procedimiento Civil, donde se estipulaba el Proceso Arbitral de Derecho y el Juicio de Arbitradores o Amigables Compondedores.

Hoy, vigente la Ley 708, lo que hace como su predecesora, es regular la conciliación y arbitraje como medios alternativos de resolución de controversias emergentes de una relación contractual o extracontractual.

¿Cuál su función?, pues no es otra, en la Conciliación, que constituirse en un medio alternativo -- lo dice el artículo 20 de la Ley 708 -- al que las personas, sean naturales o colectivas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, pueden acceder libre y voluntariamente, antes o durante un proceso judicial o arbitral, con la colaboración de una o un tercero imparcial denominado conciliador.

Esta orientación descansa en lo que se ha conocido en Bolivia como el fomento a la cultura de paz. En efecto, la Constitución Política del Estado en su artículo 108 numeral 4) establece como uno de los deberes de los bolivianos, el fomento a la cultura de paz, lo que se ha traducido

133 De Sola Cañizares, Felipe (1963). TRATADO DE DERECHO COMERCIAL COMPARADO, Tomo I. Barcelona, Ed. Montaner y Simon. Página 349.

no solo en la legislación del instituto de la conciliación a través de una ley específica y del establecimiento como principio de la conciliación y del arbitraje de la cultura de paz¹³⁴ al considerarse que los medios alternativos de resolución de controversias contribuyen al vivir bien, sino que en sede judicial, cuando uno va a demandar en la vía ordinaria, tiene la carga mandatoria de previamente acudir a la etapa conciliatoria a través de conciliadores habilitados en cada Tribunal Departamental de Justicia.

Respecto al arbitraje, su función no es otra que constituirse como un medio alternativo a la resolución judicial de toda controversia que se suscite entre personas naturales o colectivas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, con relación a asuntos que no estén prohibidos por la Constitución Política del Estado o la ley. Nace aquí una jurisdicción temporal en el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral competente para conocer la controversia, a través del arbitraje institucional o el arbitraje Ad Hoc.

Por tanto, la función de ambos institutos está dirigida a proporcionar a los sujetos procesales, la facultad, en el marco de la autonomía de la voluntad, de acudir a métodos alternativos de solución de conflictos a efecto que una determinada controversia sea resuelta en derecho o en equidad.

Mas allá de que resulte una obviedad, no está demás señalar que el arbitraje precisa, para ser activado, o de la cláusula arbitral que gozando de autonomía propia, consta en un determinado contrato o pacto, donde los contratantes quedan obligados a someter sus controversias a esta vía, o de un convenio arbitral, que no es otra cosa que el acuerdo que se

134 Artículo 3 numeral 3) de la Ley 708.

instrumenta por escrito en otro documento posterior y diferente al contrato principal donde se acordó la cláusula compromisoria, a través del cual las partes quedan obligadas a someter sus diferencias al arbitraje.

Si bien este instituto ha cobrado mayor relevancia y uso en Bolivia luego de la promulgación de la ahora abrogada Ley 1770, el espíritu del legislador no fue otro que otorgar medios alternativos de solución de controversias frente al clásico y controvertido sistema tradicional de justicia.

Por un lado, la sobrecarga procesal que hasta ahora anquilosa los juzgados y tribunales del Estado, pudo ser una de las mayores motivaciones para luchar contra el retardo en la administración de justicia, al haberse optado por una ley especial, frente a la regulación que otrora, constaba en códigos tanto adjetivos como sustantivos.

Sin embargo, otra, que a mi juicio es vital, es la que permite que los comerciantes, bajo su amplia modalidad fundacional, constitutiva y societaria, cuenten con jueces temporales, (los árbitros) con conocimiento y especialidad en materias, rubros y campos relacionados al derecho societario, al comercio internacional, los incoterms, a la construcción de obras civiles, a la contratación en general, al derecho de seguro, en fin, a una variedad de materias donde el arbitraje permite la presencia en calidad de arbitradores, de árbitros con conocimiento y con experiencia en determinadas áreas.

Eso no ocurre con el juez del circuito público, quien desde su despacho y con serias limitaciones de infraestructura y personal, debe lidiar con un sin fin de materias que dan cuenta de un penoso anquilosamiento y burocratización de los trámites judiciales, y del manejo de ramas

del derecho que tienen un carácter y una impronta – dato no menor -- de tal envergadura, que precisan para una correcta administración de justicia, de vasto conocimiento – más aun en la materia de seguro – que muchas veces no se lo tiene.

Por tanto, la función de la conciliación por un lado, en el marco de nuestra legislación, busca generar esa cultura de paz que permita que el conflicto no llegue a estrados judiciales e incluso, arbitrales y, el arbitraje, busca proporcionar a los sujetos intervinientes en una relación contractual, el mecanismo más idóneo para resolver el conflicto antes o después de que se haya presentado, sin acudir a plataforma judicial.

Bajo ese enfoque, la legislación boliviana ha acompañado la corriente internacional de dotar a los comerciantes de mecanismos de resolución de conflictos que no aterricen en el sistema tradicional, por lo que en teoría, de alguna manera se cumplió con ese objetivo.

En el país, existen Centros de Arbitraje de renombrado prestigio como el de la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Santa Cruz, el de la Cámara de Industria y Comercio de Cochabamba, el instituido en la Cámara Nacional de Comercio e incluso, Colegios de Abogados como el de Santa Cruz de la Sierra que cuenta con un centro de arbitramento autorizado. A través de estos importantes entes especializados, se ha dado un empuje y aporte en el campo del arbitraje, con la tarea pendiente de desarrollar una contribución doctrinal más profunda con el paso del tiempo.

La mala noticia está en que la propia legislación ha abierto un paraguas que ha permitido judicializar el arbitraje través del recurso de nulidad que se interpone por causales como i) materia no arbitrable; ii) cuando se comprueba que existe nulidad o anulabilidad de la cláusula

arbitral o del convenio arbitral; iii) cuando el Tribunal Arbitral se hubiera extralimitado (manifiestamente, dice la Ley) en el uso de sus facultades en el Laudo Arbitral con referencia a una controversia no prevista en la cláusula arbitral o en el convenio arbitral; iv) por composición irregular del Tribunal Arbitral o por la clásica y mal utilizada -- tanto por los recurrentes como por el juez que conoce del recurso-- , causal conocida como “contrario al orden público”.

En efecto, la nota negativa es el abuso en la utilización del recurso, no el recurso en sí mismo, para lo cual bien vale la pena acudir a reciente jurisprudencia comparada, proveniente del Tribunal Constitucional de España, donde se ha señalado con afinada precisión, que la acción de anulación (nulidad en nuestra nomenclatura):

“Es un remedio extremo y excepcional que no puede fundarse en infracciones puramente formales, sino que debe servir únicamente para remediar situaciones de indefensión efectiva y real o vulneraciones de derechos fundamentales o salvaguardar el orden público¹³⁵”.

El abuso al que hago mención, encuentra, en alguna ocasión en sede judicial, resoluciones que, como grafica la Sentencia Constitucional española referida *ut-supra*, son una “auténtica mutación de la acción de anulación” y una afrenta a las normas que regulan el arbitramento.

El cuadro ingresa en fase crítica, cuando abierta la vía del recurso de nulidad, contra el fallo proferido por la autoridad judicial que conoció del mismo, la parte que se considere perjudicada tiene expedita la posibilidad de interponer una Acción de Amparo Constitucional y con ello el trámite arbitral ingresa a una fase en la que el proceso arbitral ha sido completamente

135 SCP, de 15 de febrero de 2021.

desnaturalizado y donde el Laudo Arbitral es sometido a un dictamen por quienes no conocieron la prueba, no la valoraron, ni merituaron los hechos.

La lupa se asienta en supuestas vulneraciones a derechos constitucionales y al orden público como regla de un abstracto que hace más daño que bien. Con ello, los principios del instituto arbitral como son, la celeridad -- que no es otra cosa que el ejercicio oportuno y sin dilaciones en la solución de controversias -- la buena fe e incluso la economía, resultan severamente agraviados.

Como lo he señalado, la función del arbitraje en la legislación boliviana persiguió varios objetivos. Pese a las dificultades propias y tan inherentes a nuestra cultura, el acudir a métodos alternativos de resolución de conflictos con la seguridad de la existencia de un respaldo legislativo que ha permitido el reconocimiento de laudos arbitrales en la etapa de ejecución, ha generado certeza y seguridad jurídica en los actores de la economía y el comercio, lo que ha significado que los casos de Conciliación y Arbitraje se incrementen por la demanda en su uso y aplicación.

Ello también ha repercutido en la cualificación del servicio que prestan los centros de conciliación y arbitraje, por lo que ha existido, bajo esta mirada, una doble ganancia que alienta a continuar fortaleciendo el instituto.

Por otro lado, tal como acontece en otras legislaciones, existen materias excluidas que no pueden estar sujetas al arbitraje y menos a la conciliación. Bajo la nuestra, nos encontramos con exclusiones precisas, v.gr., temas vinculados a tributos y regalías; el acceso a los servicios públicos; todos los temas vinculados a las funciones del Estado; las licencias y autorizaciones

sobre recursos naturales en todos sus estados; la propiedad de los recursos naturales; aquellas cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo aquellos aspectos derivados de su ejecución, y las características y conocidas en el ámbito arbitral como son las cuestiones que versen sobre el estado civil y la capacidad de las personas, y todas aquellas que afecten al controvertido orden público.

Existen también exclusiones que la ley las ha calificado bajo el *nomen iuris* de exclusiones expresas en la aplicabilidad tanto de la conciliación como del arbitraje, como ser, las controversias en materia laboral y de seguridad social; los acuerdos comerciales y de integración entre Estados, que hayan sido suscriptos por el Estado Boliviano, los mismos que estarán sujetos a las normas sobre conciliación y arbitraje que las partes determinen en el marco de dichos acuerdos y, los contratos de financiamiento externo que el Estado suscriba con organismos financieros internacionales.

Finalmente, cabe subrayar que el instituto arbitral no goza de rango constitucional como acontece, por ejemplo, en Colombia, cuya Constitución Política del Estado si lo contempla. Lo que encontramos en nuestra Carta Fundamental es el reconocimiento a jurisdicciones especializadas a ser reguladas por ley, lo que ciertamente ha acontecido con la vigente Ley 708 de Conciliación y Arbitraje.

Por lo demás, la única referencia al arbitraje está inserta en el artículo 366 en el capítulo referido a los hidrocarburos, cuando se señala que todas las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado estarán sometidas a la soberanía del Estado, a la dependencia de las leyes y de las autoridades

del Estado, y que no se reconocerá en ningún caso, tribunal ni jurisdicción extranjera, y tampoco podrán invocarse situación excepcional alguna de arbitraje internacional, ni recurrir a reclamaciones diplomáticas.

En una futura reforma constitucional – cuando ésta se opere – habrá de aguardarse que el instituto arbitral sea llevado a goce de reconocimiento en ese rango, lo que sin duda coadyuvará en su mayor y mejor aplicabilidad y eficacia.

II. El contrato.

A. Etimología. Origen. Concepto.

La palabra contrato proviene del latín *contractus*, cuyo significado es unir o estrechar.

El derecho romano no formuló la teoría del contrato como se conoce en el derecho moderno; en éste se conoce de contratos particulares, y distinguía, las convenciones, los contratos y los pactos. La convención era el acuerdo de dos o más personas en un asunto de interés común. En cambio, el contrato se definía como una convención que tiene nombre y causa presente, civilmente obligatoria, por su naturaleza. El pacto consistía en una convención destituida de causa y de nombre que puede por su naturaleza producir obligación¹³⁶. Según Spota¹³⁷:

“Para el derecho romano el contrato sólo implicaba una fuente de obligaciones, quedando fuera de su ámbito el acuerdo destinado a extinguirlas. Es decir, que no todo acuerdo en lo patrimonial era contrato, sino tan solo el contrato obligatorio. Por el contrario, en el derecho que corresponde desde las

136 Driskill SA (1989). ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo IV. Buenos Aires, Ed. Driskill SA. Página 121.
137 Spota, Alberto G. (1996). INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL – CONTRATOS, 5ta. Reimpresión, volúmen I. Buenos Aires, Ed. Depalma. Página 7.

postrimerías del derecho romano hasta principios del siglo xix que es cuando se da inicio a la codificación con el Código Napoleón de 1804, la doctrina que ve en el contrato un acuerdo fuente de obligaciones, es la que prevalece”.

Para el mismo autor, la doctrina romana que sólo ve en el contrato un factor de creación de obligaciones no fue seguida por los pandectistas del siglo xix, lo que no sucedió con la doctrina francesa de la pre-codificación napoleónica donde tuvo acogida, y de donde migró al Código Civil francés¹³⁸.

De ahí que el Código Civil Boliviano haya tipificado en el artículo 450 la noción de contrato, al señalar que *«hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para constituir, modificar o extinguir entre sí una relación jurídica».*

Para Pothier¹³⁹:

“Un contrato es una especie de convención, y una convención o pacto, es el consentimiento de dos o más personas, para formar entre ellas algún compromiso, o para resolver uno existente, o para modificarlo»; dicho esto, para el autor, «la especie de convención que tiene por objeto formar algún compromiso, es lo que se llama contrato, una convención por la cual dos partes recíprocamente, o sola una de las dos, prometen y se obligan para con la otra a darle alguna cosa, o a hacer o no hacer tal cosa”.

En esa línea de razonamiento, Domat sostuvo que los contratos y las convenciones se forman por consentimiento mutuo y recíproco de las partes; que la voluntad de ellas es ley para

138 Ibidem.

139 Pothier (1993). TRATADO DE LAS OBLIGACIONES. Buenos Aires, Ed. Heliasta SRL. Página 12.

las mismas; que las liga y vincula cuando se trata de convenciones lícitas sin que interese la distinción entre contratos nominados o innominados, estipulaciones y pactos nudos¹⁴⁰.

En otras palabras, el contrato es ley entre las partes, cuyo nacimiento emerge de la voluntad inequívoca de éstas con el propósito de cumplir con lo que se ha pactado, en tanto no concurren los presupuestos que determinen una sanción por nulidad o, como ahora se ha visto fruto de la aparición del Covid-19, no concurren los elementos que hacen a la Teoría de Imprevisión, «*que permite que las partes puedan modificar el alcance de su acuerdo cuando son diferentes las situaciones fácticas que existen respecto al momento de la celebración del contrato*»¹⁴¹, cuya cláusula, la *rebus sic stantibus*, fruto de la Pandemia, ha cobrado inusitada relevancia en el circuito comercial y contractual.

Dicho contrato, siendo ley para las partes y bajo esa filosofía, es el que suscribe una entidad aseguradora que oferta una póliza de seguro, y un asegurado – que puede ser una persona natural o colectiva – que acepta la oferta y como consecuencia de ello, expresa su consentimiento dando vigencia al contrato de seguro.

140 Driskill SA (1989). ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA (...) op. Cit. Página 122.

141 Garrido R.F. y Zago J.A. (1998). CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES, Tomo I. Buenos Aires, Ed. Universidad de Bs. As. Página 530.

B. De la autonomía de la voluntad.

Uno de los requisitos fundamentales para la formación del contrato es el consentimiento de los suscribientes. Con él, también se encuentra el objeto, causa y forma, en cuanto ésta sea exigible.

El consentimiento es la exteriorización que lleva a cabo una persona para dar cuenta de que tiene la voluntad de vincularse con otra, en términos contractuales. Es un acto volitivo que trae consigo la manifestación de voluntad libre y autónoma, de contratar.

Bajo ese marco:

“La autonomía de la voluntad es aquel principio que confiere a la voluntad jurídica la atribución de crear negocios jurídicos sin ultrapasar el ordenamiento coactivo, brindándoles su contenido y su eficacia jurídica, y cuyo papel de creador de relaciones jurídicas, enseña que el campo propio donde la autonomía de la voluntad adquiere particular relevancia lo es el de los contratos, donde se encuentra i) la voluntad jurídica de las personas y, ii) la fuerza de la ley actuando de consuno”¹⁴².

No es posible contratar sino existe el consentimiento inequívoco de hacerlo, materializado en la autonomía de la voluntad, que presupone *«un acto interno de voluntad deliberado del contratante, que consciente de lo que hace, se determina a hacerlo libremente»*¹⁴³.

Nuestro ordenamiento jurídico prevé en el Código Civil, una regulación expresa respecto a la libertad contractual, cuando el artículo 454 hace referencia a la misma y a sus limitaciones¹⁴⁴.

142 Spota Alberto G. (1996). INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL – CONTRATOS (...) op. Cit. Página 20.

143 Morales Guillén, Carlos (1994). CÓDIGO CIVIL CONCORDADO Y ANOTADO, Tomo 1. La Paz, Ed. Gisbert y Cia. Página 622.

144 Artículo 454.- (Libertad contractual: sus limitaciones): I. Las partes pueden determinar libremente el contenido de los contratos que celebren y acordar contratos diferentes de los comprendidos en este Código.

En esa línea de razonamiento, la libertad en sentido amplio e irrestricto, es un valor reconocido en la Constitución Política del Estado desde el punto de vista que el Estado al sustentarse en él, lo promueve y garantiza. Así, los derechos que son reconocidos por la Constitución, son inviolables, universales, indivisibles y progresivos, lo que importa que sea el Estado el que asuma el deber de protegerlos, promoverlos y respetarlos¹⁴⁵.

Bajo esa mirada, debe entenderse que la libertad contractual bajo el paraguas de la autonomía de la voluntad de las partes que proclama la norma civil, responde al valor “libertad” proclamado en la ley fundamental.

La autonomía de la voluntad, por tanto, encuentra en el contrato el vehículo capaz de generar efectos de naturaleza jurídica, y cuando esa autonomía se manifiesta, tiene por efecto crear negocios jurídicos bilaterales; en el campo patrimonial, nos hallamos ante la libertad de contratar y junto a ella, ante la libertad contractual de establecer el esquema del contrato¹⁴⁶.

Por ello se dice que no existe manera de suscribir un contrato cumplidos los requisitos para su formación, sin que esté presente el consentimiento a través de la autonomía de la voluntad, como elemento central de la exteriorización de la libertad.

De ahí que la autonomía de la voluntad se manifieste como libertad para contratar, es decir, la libre celebración del contrato o auto decisión, que no es otra cosa que la atribución que

II. La libertad contractual está subordinada a los límites impuestos por la ley, y a la realización de intereses dignos de protección jurídica.

145 Constitución Política del Estado, artículos 8 y 13.

146 Spota Alberto G. (1996). INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL – CONTRATOS (...) op. Cit. Página 22.

tienen los particulares para contratar o no y, en caso de hacerlo, para elegir la persona del otro contratante¹⁴⁷.

Este aspecto debe ser tomado en cuenta y es central a la hora de establecer, acordar y celebrar un contrato de seguro, más allá de que sus reglas, insertas específicamente en el condicionado general, estén ya predeterminadas e “impuestas” bajo un formato aprobado por el regulador, no susceptibles a discusión ni negociación.

C. Actos de comercio.

El Código de Comercio tipifica en su artículo 6 lo que son actos y operaciones de comercio.

Además de identificarlos, en el numeral 21) – el último-- señala que también son operaciones de comercio, los demás actos y contratos regulados por el Código. De ello, se colige que su enunciación es totalmente enunciativa, y no limitativa.

En ese orden, la actividad empresarial de entidades de seguro es considerada como un acto de comercio, por expresa referencia inserta en el numeral 9) del citado artículo¹⁴⁸. Lo que importa que, para la norma comercial, la operación y el desarrollo del giro social que exteriorizan las Compañías de Seguro en el ejercicio de su fin constitutivo, es un acto de comercio.

Al serlo, toda sociedad aseguradora adquiere la calidad de comerciante, habida cuenta que su naturaleza exige la habitualidad en la realización de una actividad comercial ejecutada en nombre propio a través de mandatario, intermediario o interpósita persona y, por supuesto, el fin de perseguir lucro con dicha actividad. A ello, súmese la expresa autorización para ser

147 Ídem.

148 Artículo 9 Código de Comercio: Son actos y operaciones de comercio, entre otros: 9) la actividad empresarial de entidades de seguros a prima o mutuos, sobre daños patrimoniales y personas.

comerciante que otorga el numeral 2) del artículo 5 del Código de Comercio¹⁴⁹ a todas las personas jurídicas constituidas en sociedades comerciales.

Ahora bien, ¿qué figura jurídica emerge cuando se trata de una Compañía de Seguro – léase comerciante --- que contrata con un particular no comerciante? o ¿cómo debemos conceptualizar los actos que surgen de una relación de esa naturaleza?

En materia comercial existe lo que se conoce como actos mercantiles mixtos, es decir, aquella situación que se presenta cuando una parte exterioriza un acto que es considerado de comercio, mientras que, para la otra, el mismo no lo es. Un clásico ejemplo de un acto comercial mixto es el hospedaje y el propio contrato de seguro, ambos llevados a cabo – generalmente-- entre un comerciante matriculado y una persona natural.

Estos son los actos también llamados mixtos, porque son al mismo tiempo civiles para un contratante y mercantiles para el otro¹⁵⁰.

Al respecto, el Código de Comercio tipifica lo que se conoce como actos mercantiles mixtos, al señalar que cuando el acto u operación es comercial para una de las partes, dicho acto u operación se rige por las disposiciones del Código de Comercio¹⁵¹. Lo que permite establecer que aún no siendo un acto comercial para una de las partes, el solo hecho que lo sea para la otra, hace que nos encontremos ante un acto mercantil mixto, lo que nos lleva a aterrizar en el espíritu

149 Artículo 5 Código de Comercio: Pueden ser comerciantes: 2) Las personas jurídicas constituidas en sociedades comerciales (...).

150 Garrigues, Joaquín (1987). CURSO DE DERECHO MERCANTIL, Tomo I. Bogotá, Ed. Temis. Página 154.

151 Artículo 9. Actos mercantiles mixtos: Si el acto es comercial para una de las partes, se rige también por las disposiciones de este Código.

y alcance del Código de Comercio, que no es otro que regular las relaciones jurídicas derivadas de la actividad comercial¹⁵².

Por tanto, en la celebración de un contrato de seguro, estamos frente a un acto mercantil mixto, considerando que uno de los contratantes – la entidad aseguradora – es una persona jurídica constituida en sociedad comercial, que de manera habitual, se dedica a realizar una actividad comercial y a ejercer el comercio por tener capacidad para contratar y obligarse, y el otro contratante, habitualmente, es una persona natural no comerciante y, por tanto, no matriculada para el efecto.

III. Contrato de seguro.

A. Concepto y características.

Dice Garrigues¹⁵³:

“El seguro es un producto del riesgo. Todo riesgo engendra una preocupación y un deseo de seguridad. La finalidad del seguro consiste en dar seguridad contra el riesgo. Pero esta seguridad no puede alcanzarse por la supresión directa del acaecimiento temido (fuego, granizo, enfermedad, muerte, etc), sino tan solo por la certeza de que al sobrevenir la situación temida tendremos a nuestra disposición un valor económico que la compense. Este valor seguro que se espera, sustituye al valor cuya pérdida se teme; por eso se llama valor de sustitución o de reemplazo. El seguro pone lo seguro en lugar de lo inseguro; esta es la esencia de la institución”.

152 Artículo 1. Alcance de la ley: El Código de Comercio regula las relaciones jurídicas derivadas de la actividad comercial.

153 Garrigues, Joaquín (1987). CURSO DE DERECHO MERCANTIL (...) op. Cit. Página 251.

En el comercio de hoy, es impensable que la actividad ejercida por los comerciantes, dado su amplio espectro, esté desvinculada de un elemento de la trascendencia de un contrato de seguro que se materializa en la póliza que emite una Compañía Aseguradora.

Trasladar el riesgo es tanto o más importante que el buen término del contrato que se pacte, v.gr., de compra venta, transporte, etc, si consideramos que el evento de no contratar una póliza, deja latente la posibilidad que cualquiera de las partes – según el caso – sea la que asuma las consecuencias de naturaleza económica derivadas del factor generador del daño que pudiera presentarse.

De ahí que, el objeto del contrato de seguro, de acuerdo a la legislación boliviana¹⁵⁴, sea toda clase de riesgos en los que exista un interés asegurable, y aquí nos referimos al seguro de accidentes, a los de caución, de personas o los generales. El interés asegurable, además, no es restrictivo a comerciantes, todo lo contrario; hoy, la universalidad de las relaciones interpersonales están sujetas a factores vinculantes a posibles hechos dañosos susceptibles de riesgo y cobertura, lo que hace que la dinámica impuesta fruto de la evolución y crecimiento constante de las relaciones económicas, sin importar los sujetos que intervienen en las mismas, traiga consigo la necesidad de trasladar el riesgo a terceros a través del uso de instrumentos como el contrato de seguro.

154 Artículo 980 Código de Comercio.

Dicho esto, Garrigues dice con magistral solvencia que el contrato de seguro es un¹⁵⁵:

“Contrato de contenido heterogéneo, imposible de reconducir a un concepto válido para todos los posibles tipos de seguro. Las peculiaridades de cada tipo son tan acusadas que no se puede hablar de un contrato único, sino de un semillero de contratos diversos sometidos a normas jurídicas radicalmente distintas. No basta decir que asegurar a alguien contra un acontecimiento significa comprometerse a una prestación para el caso de realizarse el acontecimiento previsto como futuro e incierto, porque semejante contenido abarca desde la obligación condicional hasta la fianza, pasando por el seguro estricto. La definición unitaria del contrato de seguro tropieza con grandes obstáculos, supuesta la gran diversidad de contenido de los distintos tipos de seguro”.

Añade indicando que¹⁵⁶:

“Seguro es un contrato sustantivo y oneroso por el cual una persona – el asegurador – asume el riesgo de que ocurra un acontecimiento incierto, al menos en cuanto al tiempo, obligándose a realizar una prestación pecuniaria cuando el riesgo se haya convertido en siniestro”.

En cambio, Messineo da una noción más elástica al señalar que es el contrato por el cual el asegurador, mediante el pago de una prima, se obliga a reintegrar al asegurado, dentro de los límites convenidos, del daño producido al mismo por un siniestro, o bien a pagar un capital o una renta a la verificación de un evento atinente a la vida humana¹⁵⁷.

El Código de Comercio Boliviano lo ha conceptualizado señalando que por medio de éste (el contrato de seguro), “(...) el asegurador se obliga a indemnizar un daño o a cumplir la

155 Garrigues, Joaquín (1987). CURSO DE DERECHO MERCANTIL (...) op. Cit. Páginas 257 y 258.

156 Ídem.

157 Messineo, Francisco (1979). MANUAL DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL, Tomo I. Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa – América. Página 329.

prestación convenida al producirse la eventualidad prevista y el asegurado o tomador, a pagar la prima”.

Dos elementos centrales hacen a la naturaleza del contrato de seguro. Uno de ellos, el riesgo, que es la posibilidad de que por azar ocurra un hecho que produzca una necesidad patrimonial¹⁵⁸, donde no es posible determinar el momento en que el evento puede acaecer ni tampoco las consecuencias dañosas del hecho; el otro, la prima, que es el pago en forma de contraprestación que efectúa el asegurado como parte del contrato de seguro, a fin que el asegurador se haga cargo de riesgo.

Uno de los rasgos fundamentales del contrato de seguro es que se perfecciona únicamente por el consentimiento de las partes que lo suscriben, lo que importa que a partir de ese momento, se tornen exigibles recíprocamente los derechos y obligaciones que atañan a cada cual¹⁵⁹.

Conjuntamente con aquél, sobre el contrato de seguro pesa, como caracteres centrales vinculados a su naturaleza, entre otros, el hecho de ser un contrato *bilateral* al establecer de manera general obligaciones para las partes que lo suscriben, o como dice Escriche¹⁶⁰, la convención en que ambos contrayentes quedan obligados recíprocamente el uno al otro; *oneroso*, porque a partir de su nacimiento, genera en el asegurado la obligación de pago de una prima y, en el asegurador, el de un futuro y posible pago de una indemnización; *de ejecución continuada*

158 Garrigues, Joaquín (1987). CURSO DE DERECHO MERCANTIL (...) op. Cit. Página 251.

159 Artículo 982 Código de Comercio: “El contrato de seguro se perfecciona por el consentimiento de las partes. Los derechos y obligaciones recíprocos empiezan desde el momento de su celebración”.

160 Escriche, Joaquín (1888). DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA. México D. F., Librería de Ch Bouret. Página 507.

o trato sucesivo, habida cuenta que, la prestación, al ser única, se la efectúa sin interrupción y periódicamente; *de uberrimae fidei*, considerando que como marco rector en el vínculo entre asegurador y asegurado, debe primar la buena fe en el cumplimiento del contrato, esto es, para el asegurador, cuando sea exigible la cobertura del siniestro y, para el asegurado, en la declaración (fase precontractual) de todos los componentes del riesgo y en el pago reglado de la prima y, *nominado o típico*, porque tiene una regulación propia establecida y regulada en el Código de Comercio.

Ahora bien, el contrato de seguro se prueba por escrito a través de la póliza de seguro. Así lo determina el artículo 1006 del Código de Comercio, modificado por el artículo 58 de la Ley de Seguros 1883, que añadió al texto original del código, lo que debe entenderse por la póliza, esto es, las condiciones generales, las condiciones particulares y los anexos.

En la materia, existe la discusión respecto a la categoría que se presenta ante la naturaleza del “contrato de adhesión” implícito en el contrato de seguro, más concretamente en el condicionado general de la póliza, que no puede ser objeto de modificación por el asegurado -- a diferencia del condicionado especial-- y de las consecuencias jurídicas y económicas que se presentan para aquél (el asegurado) frente a este escenario.

El contrato de adhesión, es “*aquel en que una de las partes fija las condiciones uniformes para cuantos quieran luego participar en él, si existe mutuo acuerdo sobre la creación y el vínculo dentro de las inflexibles cláusulas*”¹⁶¹, o como manifiesta Ossorio¹⁶²:

“Esta modalidad constituye una de las típicas y más frecuentes formas de contratación, donde una parte establece las condiciones contractuales, a efecto que la otra se adhiera o no a los términos contractuales preestablecidos, sin que exista la posibilidad de discutir su contenido”.

El Código de Comercio no da un concepto de lo que es el contrato de adhesión. A diferencia de ello, lo que hace en el artículo 817, es hacer referencia al contrato suscripto mediante formularios.

En su desarrollo sigue tres reglas. La primera, que en caso de duda, el contrato debe entenderse en el sentido menos favorable para quien hubiera preparado el formulario; la segunda, que cualquier renuncia a algún derecho, solo será válida si apareciere expresa, clara y concretamente y, la tercera, que las cláusulas mecanográficas prevalecerán en relación con las impresas, aún cuando éstas no hubieran sido dejadas sin efecto.

Evidentemente, un claro ejemplo de contrato de adhesión, es el contrato de seguro donde el asegurado exterioriza frente a las normas generales que contiene la póliza de seguro --- ésta última instrumentalizada por aquél — la voluntad y libertad de contratar aceptando los términos propuestos, bajo la alternativa, en caso de no hacerlo, de no suscribir el contrato.

161 Cabanellas, Guillermo (1993). DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL. Buenos Aires, Ed. Heliasta SRL. Página 93.

162 Ossorio, Manuel (1996). DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES. Buenos Aires, Ed. Heliasta. Página 234.

La discusión ha partido por poner de relieve, ante un escenario como éste, la probable desigualdad en la que se colocan las partes una frente a la otra, sin considerar, que en todo caso, bajo esta modalidad contractual y ante un rubro sujeto a fiscalización, el Estado a través de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, ejerce la supervisión, fiscalización, control y regulación de las personas colectivas que se desenvuelven en el mercado de seguro¹⁶³.

Al respecto, Stiglitz enuncia una serie de características a lo que denomina cláusulas abusivas.

Las fundamenta en sentido de no haber existido una negociación individual, lo que acontece:

“Única y necesariamente en los contratos por adhesión a condiciones generales como el contrato de seguro, dado que se hallan suprimidas las tratativas y, con ellas, la negociación individual de cada cláusula y, en el hecho que el asegurado no haya podido participar (o influir) en su contenido”.

Señala categóricamente que:

“La circunstancia de que el adherente participe en la redacción, o influya en el contenido de una o más condiciones particulares, no altera la caracterología del contrato por adhesión, integrado siempre por condiciones generales. Las particulares tienen otras funciones, pues más allá de que se refieren al contenido específico de cada contrato de seguro, importan, ocasionalmente, alguna excepción (modificación) o derogación a lo acordado a través de las cláusulas predispuestas (condiciones generales)”¹⁶⁴.

163 Artículo 41 Ley 1883: “La Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros (...) tiene los siguientes objetivos: (...) c) proteger a los asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros.

164 Stiglitz, Rubén (2001). DERECHOS DE SEGUROS. Tomo I. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot. Página 389.

Por ello es que para el autor, las condiciones particulares tienen una peculiaridad diversa que no le quita el carácter adhesivo del contrato de seguro, habida cuenta que su alcance, incluso al estar circunscripto a establecer en el marco de una negociación *inter partes*, aspecto tales como el plazo de vigencia del contrato o la delimitación de riesgos individualizados frente a la póliza, no deja de estar disciplinado a las condiciones generales.

En todo caso, en la legislación boliviana, tal como establece la Ley de Seguros 1883, es obligatorio que toda entidad aseguradora y reaseguradora registre ante el ente regulador todo servicio, seguro o plan de seguros, lo que importa que toda póliza, incluido el condicionado general, esté sujeto a aprobación previa por parte de la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros, entidad que bajo el mandato de dicha ley debe, además, con carácter imperativo y mandatorio, supervisar las pólizas de seguro y los contratos en general, realizados (léase suscriptos) por las entidades bajo control regulatorio¹⁶⁵.

Adicionalmente a lo anotado, se ha establecido legalmente como principio rector en las relaciones entre asegurados, tomadores y beneficiarios de seguros con el asegurador, la equidad expresada en la regulación del contrato de seguro.

Como consecuencia de ese hecho, la Ley de Seguros 1883 ha tipificado una serie de causas para la declaratoria de nulidad de cláusulas o estipulaciones que contravengan determinados aspectos vinculados a la relación entre asegurado y asegurador. Por ejemplo, será

165 En el DS 25317 de 12/03/99 se dispuso como finalidad de la actual APS, vigilar la correcta prestación de los servicios y venta de productos por parte de las personas y entidades reguladas, y proteger a las personas individuales y colectivas que tomen los servicios, compren los productos o se relacionen con las actividades y operaciones sectoriales de las personas y entidades sujetas a regulación.

nula la cláusula que limite o suponga la renuncia al ejercicio de derechos sinalagmáticos reconocidos a los tomadores o beneficiarios de seguros por la norma sustantiva y adjetiva, o aquellas que impongan condiciones que provoquen su indefensión¹⁶⁶.

Existe claramente una tendencia proteccionista en la ley sectorial respecto al asegurado, tomadores y beneficiarios del seguro, y así queda reflejado en regulaciones que establecen la rigurosidad en el cumplimiento de la oferta en función al acto publicitario que no puede inducir a confusión o engaño; en el hecho que el alcance del contrato de seguro en caso de duda o discrepancia, será interpretado favorablemente para aquellos, o a la ineficacia de cláusulas que subordinen la efectividad del pago o del servicio a la aceptación de otras prestaciones.

Más allá de lo anotado, lo que cabe subrayar es el hecho que en la póliza de seguro concurren formularios e incluso cuestionarios que son proporcionados por el asegurador, lo que configura el tipo de contrato de adhesión donde claramente se distinguen dos eventos, el primero, la fase de elaboración previa del contrato y, el segundo, la etapa en la que dicho contrato expuesto como formulario preimpreso, ha merecido su aceptación, lo que importa, técnica y legalmente, su perfeccionamiento.

En síntesis, el asegurador exterioriza a través de actos propios una oferta, que es la que recoge el contenido del formulario que, el asegurado, en el ejercicio de su libre autonomía, puede o no aceptarla. De hacerlo, opera la adhesión al condicionado general que forma parte de la póliza de seguro, que no puede ser objeto de negociación entre las partes. De ahí que en todos los eventos que se produzcan fruto de una negociación dirigida a dar nacimiento a un contrato

¹⁶⁶ Se sugiere la lectura del artículo 38 de la Ley 1883.

de seguro, prima la autonomía de la voluntad, materializada por el consentimiento que está sujeto a un acto de libre determinación de una de las partes que, dando su asentimiento, se convierte en asegurado.

B. La cláusula arbitral.

El arbitraje en materia de seguro es de antaño. La Ley de Entidades Aseguradoras – hoy abrogada – que fuera promulgada el 2 de junio de 1978 bajo Decreto Ley 15516, la contemplaba en su artículo 165, cuando en el listado de las atribuciones de lo que se conocía como la Superintendencia Nacional de Seguros y Reaseguros¹⁶⁷, establecía que una de ellas era la de *“conocer e intervenir, en la vía de conciliación y arbitraje, en las controversias y procedimientos suscitados entre asegurados y aseguradores, y entre éstos y los reaseguradores”*.

Actualmente, la Ley de Seguros 1883 prescribe con toda claridad en su artículo 39 dos eventos para la materia arbitral.

El primero, que las controversias de hecho sobre las características técnicas de un seguro, se resolverán por la vía del peritaje conforme a las regulaciones insertas en la póliza de seguro, y si acaso a través de ese mecanismo no se llegara a un acuerdo que ponga fin a la controversia, las mismas deberán definirse por la vía del arbitraje.

¹⁶⁷ Era la entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, que se encargaba de ejercer el control, regulación, y fiscalización de las entidades de seguros y reaseguros, de sus intermediarios y auxiliares, así como de las operaciones del ramo que se efectuaban en el país. Funcionaba bajo la jurisdicción del Ministerio de Finanzas.

El segundo, que toda controversia de derecho que pudiera surgir entre las partes respecto a la naturaleza y alcance del contrato de seguro, reaseguro o planes de seguro, se resolverán en única instancia por la vía del arbitraje.

El carácter dispositivo de la norma es obligatorio. Construye a las partes suscriptoras de un contrato de seguro, a resolver sus diferencias por la vía arbitral. El mecanismo y la ruta es única. La salvedad surge, claro está, si acaso una de las partes, por la razón que fuere, acude a entablar un proceso judicial y la otra, citada legalmente con la demanda, opta, aún conociendo de la existencia del sometimiento al procedimiento arbitral, por responderla sin oponer excepción de arbitraje.

En cambio, si un juez civil y comercial conociera de una controversia sujeta a cláusula arbitral, debe inhibirse de aprehender conocimiento del caso únicamente si la parte demandada así lo solicita utilizando el remedio procesal establecido, lo que importa, en los hechos, que ante cualquier controversia de naturaleza de seguro, amparada consensualmente a la esfera del arbitraje, su uso y aplicabilidad en caso de diferencias se resuelven en sede arbitral, salvando lo antes señalado.

Dicho esto, corresponde subrayar que la única manera de renunciar al arbitraje es cuando existe i) una renuncia expresa que pudiera ser efectuada por asegurador y asegurado, en nota dirigida al Tribunal Arbitral o al Árbitro Único según sea el caso, donde se deje constancia de ese aspecto, lo que habilita acudir a las partes al uso de algún otro mecanismo alternativo de solución de controversias o a sede judicial y, ii) una renuncia tácita en la que – ya fue señalado *ut-supra* – no se oponga la excepción de arbitraje de rigor.

Más allá del carácter obligatorio del arbitraje en esta materia, el espíritu del legislador ha ido más allá en la línea de fortalecer el uso de mecanismos que sean alternativos al tradicional formato establecido por la justicia ordinaria. Demás está señalar que su acceso y el hecho de acudir a esa instancia, genera un sin fin de dificultades por el estigma que persigue a la administración de justicia en Bolivia, y por razones vinculadas particularmente a un rubro como el asegurador, por su naturaleza técnica y su grado de especialidad.

La justicia ordinaria no constituye ser una garantía que resuelva en derecho y bajo niveles de credibilidad, conflictos gestados a la luz de la vigencia de un contrato de seguro y la aplicación, ejecución o interpretación de la póliza que le corresponda. Un juez ordinario, sin que exista margen a duda, no cuenta, ni con los conocimientos necesarios que le permitan conocer la materia considerando el texto regulado en el Código de Comercio y, menos aún, en la ley especial, ni con el apoyo logístico y de recursos humanos que garantice, medianamente, un manejo serio y responsable -- en estrados judiciales-- de un expediente donde se traten aspectos relacionados al carácter, alcance y contenido de una póliza de seguro, su cobertura y todo lo inherente a la concurrencia de un siniestro.

La sola eventualidad que un juez ordinario deba merituar y valorar prueba vinculada verbigracia, a una siniestralidad acaecida en una planta generadora de electricidad, por colocar un dato no menor y totalmente posible en nuestro medio, para luego proferir una sentencia que determine la situación jurídica de las partes respecto al contrato de seguro y su póliza, evidencia, aun a costa de los más incrédulos, la importancia de fortalecer el instituto arbitral como remedio expedito y altamente calificado para conocer controversias en este rubro.

Ahora bien, Ley de Seguros No 1883 ha abierto la posibilidad de acudir a la vía conciliatoria asignándole a la Autoridad de Fiscalización y Control de Pensiones y Seguros el papel de conciliador en controversias vinculadas a siniestros cuya cuantía no supere el monto de Cien mil 00/100 Unidades de Fomento a la Vivienda, e incluso ante situaciones que se presenten bajo ese parámetro, en caso de no arribarse a un acuerdo conciliador, se le faculta a conocer y resolver la controversia a través de una resolución administrativa que cuente con la motivación que se exige para todo acto de naturaleza similar.

Dos apuntes al respecto. El primero, que la norma hace uso del tiempo verbal “podrá”, lo que importa el carácter condicionado de la acción a ser ejecutada, que no es otra cosa que el ser conciliador. El segundo, que no deja ser un exceso, que ante la imposibilidad de arribar a un acuerdo conciliatorio, aun bajo el formato intransitivo del verbo “podrá”, el regulador tenga la facultad sin que exista acuerdo entre las partes, de resolver la controversia en sede administrativa, sin que éstas puedan acudir a la vía del arbitraje.

Más allá de ese apunte, cabe se repare en el propósito de buscar mecanismos y escenarios de solución de conflictos diferentes al uso de la justicia tradicional. De ahí, la obligatoriedad del arbitraje, en la perspectiva de generar certeza a los actores en la materia de seguro, cuando deban enfrentar controversias vinculadas a una póliza. Dicha obligatoriedad, trae consigo, consecuentemente, que acudir a sede arbitral no es una facultad potestativa para los suscriptores del contrato, habida cuenta que la ley es clara cuando imperativamente manda a utilizar el mecanismo arbitral en caso de conflicto.

No es desconocido, por tanto, el hecho que:

“La profesionalización del oficio asegurador, la estandarización de clausulados en pólizas, la intervención del tercero en el contrato, el principio del no abuso de la posición dominante, entre otros, son aspectos del seguro que ofrecen relaciones interesantes con el arbitraje”¹⁶⁸.

Así las cosas, existen razones fundadas para aseverar que la vinculación – en el caso boliviano, obligatoria -- del rubro asegurador con el arbitraje, trae una serie de ventajas para los actores que intervienen en este campo. Jaramillo¹⁶⁹, al respecto, enfatiza en:

«i) El insoslayable componente técnico del que está investido el contrato de seguro, circunstancia que lo hace realmente complejo e intrincado para el juzgador o hermeneuta neófito, máxime cuando en la ciencia del seguro confluyen múltiples disciplinas;

ii) su arraigado cometido social, el cual supone o, por lo menos debería suponer, la adopción de herramientas que garanticen a los beneficiarios del seguro la solución expedita, calificada y alternativa de las controversias suscitadas alrededor de la indemnización o la suma asegurada debidas;

iii) su carácter típicamente internacional, el cual contribuye a la creciente globalización e intercambio de los mercados, hecho que exige contar con un mecanismo apropiado para solucionar las inevitables controversias que su “internacionalización” supone;

iv) la invariable presencia de empresarios o profesionales en la categoría reservada al asegurador, circunstancia que, por la dinámica asegurativa propia del contrato de seguro, favorece la adopción del mecanismo arbitral, en orden a dirimir las eventuales controversias que, en un plano diverso al primario (asegurador y tomador-asegurado), se susciten entre ellos, en desarrollo del ejercicio de la función

168 Aljure, Antonio (2008). EL ARBITRAJE Y EL CONTRATO DE SEGUROS EN EL DERECHO NACIONAL E INTERNACIONAL, inserto en la obra EL CONTRATO DE ARBITRAJE. Bogotá, Ed. Legis. Página 361.

169 Jaramillo, Carlos Ignacio (2010). DERECHO DE SEGUROS, Tomo I. Buenos Aires, Ed. Temis SA. Páginas 521 y 522.

empresarial en comento, signada por la competencia —o concurrencia—, pero también —en determinados proyectos o actividades especiales— por la colaboración o asociación, v. gr., en materia del seguro de automóviles».

Para el autor, en una tesis que ha sido ampliamente recogida cuando de la materia arbitral debe tratarse, el acudir a este expediente o, en su caso, a cualquier otro mecanismo de solución de controversias como métodos alternos, genera una serie de ventajas y más aun cuando de la disciplina de seguro y/o del coaseguro se trata. Las razones son fundadas. Entre ellas, una solución pronta al conflicto y la confidencialidad que es muy propia del instituto arbitral.

Por ello es que dentro el concierto e intercambio comercial, donde el contrato de seguro juega un rol predominante, es habitual y está aceptado uniformemente, acudir a sede arbitral para resolver controversias gestadas a la luz de la vigencia de una póliza de seguro, frente a posturas que hablan del derecho de legibilidad que debería otorgarse a las partes para acudir, si acaso así lo estimaren, a sede ordinaria abstrayéndose de la arbitral.

En la dirección arbitral, en la Ley de Seguro de Fianzas para Entidades y Empresas Públicas y del Fondo de Protección del Asegurado 365 de 23 de abril de 2013, que tiene por objeto establecer la característica de la Póliza de Seguro de Fianzas en la que el beneficiario sea una entidad o empresa pública o sociedad donde el Estado Boliviano cuente con participación accionaria mayoritaria, se ha establecido con absoluta rigurosidad, que en la señalada póliza debe estipularse la cláusula arbitral¹⁷⁰.

170 Artículo 7 Controversias y Cláusula Arbitral: “La entidad aseguradora que como consecuencia de la ejecución de la Póliza de Seguro de Fianza indemnice a la entidad beneficiarla y considere a su juicio que existen aspectos controversiales de hecho o de derecho no resueltos, podrá recurrir al proceso de resolución

En efecto, la norma prevé que la entidad aseguradora, que como consecuencia de la ejecución de una Póliza de Seguro de Fianza deba indemnizar a la beneficiaria, y que a raíz de ello, considere que existen temas controvertidos tanto de hecho como de derecho que deban ser dilucidados y que no estén resueltos, podrá acudir al proceso de resolución de controversias estipulado en la Ley de Conciliación y Arbitraje 708 al amparo de la aplicación de la cláusula arbitral que -- lo anoté -- deberá estar inserta en la póliza.

Repárese en primer término que, se deja al libre albedrío de la compañía de seguro, optar por el mecanismo alternativo de resolución de conflictos establecido en la ley especial y, en segundo término, se impone la obligatoriedad de estipular cláusula arbitral en la póliza. Ante esa contradicción fruto de una inadecuada técnica legislativa, es evidente que el espíritu del legislador no ha sido otro que definir como única vía para la solución de controversias, la enmarcada en la actual Ley de Conciliación y Arbitraje 708, lo que refuerza la postura de fortalecer el instituto arbitral como remedio exclusivo para la solución de conflictos en materia de seguro.

Para cerrar el tema, cabe la referencia nuevamente a Jaramillo, quien señala que¹⁷¹:

“La constante es la aceptación del mecanismo arbitral, mediante la previsión anticipada de carácter contractual orientada a sustraer del conocimiento de la justicia ordinaria o estática, el examen de las controversias que se lleguen a suscitar, en un momento determinado, entre tomador y asegurador (cláusula compromisoria), por estimarse que es no solamente útil, sino además ajustado a definidos

de controversias regulado por (...) la Ley de Arbitraje y Conciliación, en aplicación de la cláusula arbitral que deberá estipular la Póliza de Seguro de Fianza”.

171 Ídem.

criterios jurídicos (normativos y axiológicos). De allí que no se les deba catalogar, ni stricto, ni lato sensu, como arquetípicas y forzosas cláusulas abusivas, vejatorias, lesivas, leoninas, gravosas, desequilibradas, sorpresivas, insólitas, draconianas, etc., habida cuenta de que su abstracta inclusión, en un plano rigurosamente teleológico, no persigue conculcar derecho alguno, menos del asegurado adherente, ni tampoco introducir, como corolario del mayor poder de negociación ordinariamente radicado en cabeza del asegurador-predisponente (posición dominante), un desequilibrio manifiesto o una ventaja unilateral excesiva en la relación asegurativa, llamada a eclipsar el sublime axioma de la buena fe”.

Finalmente, diré que dado el carácter obligatorio del arbitraje, una faceta que fortalece su aplicabilidad es precisamente la posibilidad cierta de que las partes en disputa tengan la alternativa de elegir dentro del listado de árbitros que integra el Centro de Arbitraje acordado – de tratarse de un arbitraje institucional — e incluso si se tratara de un arbitraje Ad-hoc – al que escogieren-- a árbitros con experiencia, conocimiento y trayectoria en el campo del seguro.

Esta posibilidad, que solo la brinda el instituto arbitral, es excluyente de la órbita ordinaria, lo que de suyo hace, sin hesitación alguna, al arbitraje acordado dentro un contrato de seguro, incluso por imposición de la ley, la mejor y más seria alternativa para encontrar una respuesta que otorgue certeza y seguridad jurídica cuando se está frente a un conflicto en este campo.

IV. Conclusiones.

El arbitraje es una institución del derecho que continuará formando parte de nuestro ordenamiento en procura de dotar, a los actores del comercio y de la sociedad en general, de un mecanismo alternativo de solución de controversias diverso al que brinda el Estado a través de los tribunales ordinarios.

En materia de seguro, el legislador instituyó su aplicabilidad incluso desde la primigenia Ley de Entidades Aseguradoras de 1978. De ahí que el carácter obligatorio del arbitraje impuesto en la ley y trasladado a los contratos de seguro, permite a los signatarios otorgar certeza al manejo de probables controversias que pudieran suscitarse como consecuencia de un siniestro bajo cobertura, o a raíz de los innumerables e incontables eventos que pueden presentarse y que son inherentes a esta materia.

Es evidente, también, que más allá de la naturaleza del contrato de seguro y de la adhesión que importa para el asegurado la mayoría de sus articulados, lo que en algunos casos ha desatado críticas por considerar que existe una posición dominante del asegurador en lo que consideran imposiciones de cláusulas abusivas, bajo nuestra legislación, el ente regulador juega un rol esencial de protección y de vigilancia al cumplimiento riguroso de normas, principios y ofertas a la luz de una póliza de seguro.

Las entidades aseguradoras, por tanto, al ejercer actos de comercio, están sujetas no solo al cumplimiento de disposiciones propias de las sociedades anónimas dentro el contexto de la normativa comercial, sino, al estar su actividad principal del giro que desarrollan bajo el paraguas de una actividad regulada, son también objeto de celosas fiscalizaciones. El propósito no es otro

que garantizar que las relaciones creadas bajo actos de liberalidad expresadas por quienes pactan un contrato de seguro, en pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad, cuenten con las garantías suficientes que garanticen que las relaciones creadas no generen desequilibrios contractuales en desmedro de alguna de las partes.

Frente a estas circunstancias, también queda clara la postura que exterioriza el futuro asegurado, quien tiene la libertad de no pactar si acaso considera que alguna cláusula podría serle perjudicial o no estar conforme a sus expectativas o intereses, ya sea porque esté en desacuerdo con algunos términos del condicionado general o incluso del particular, o porque sencillamente, no esté de acuerdo con acordar el arbitraje como método de resolución de probables controversias.

Las variantes, en todo caso, plantean un escenario con múltiples posibilidades, donde en todo momento, tanto asegurador como un potencial asegurado, tienen derecho, en el marco de la ya señalada autonomía de la voluntad, a celebrar o no el contrato.

Por lo demás, considero que el arbitraje ha nutrido al campo del seguro, a su aplicabilidad, uso y fortalecimiento, dando cuenta que ambos, se necesitan mutuamente y son útiles.

BIBLIOGRAFÍA.

Aljure, Antonio (2008). EL ARBITRAJE Y EL CONTRATO DE SEGUROS EN EL DERECHO NACIONAL E INTERNACIONAL, inserto en la obra EL CONTRATO DE ARBITRAJE. Bogotá, Ed. Legis.

Cabanellas, Guillermo (1993). DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL. Buenos Aires, Ed. Heliasta SRL.

Colaiacovo, Juan Luis (1991). NEGOCIACIÓN Y CONTRATACIÓN INTERNACIONAL. Buenos Aires, Ed. Macchi.

De Sola Cañizares, Felipe (1963). TRATADO DE DERECHO COMERCIAL COMPARADO, Tomo I. Barcelona, Ed. Montaner y Simon.

Driskill SA (1989). ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo IV. Buenos Aires, Ed. Driskill SA.

Escrache, Joaquín (1888). DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA. México D. F., Librería de Ch Bouret.

Garrido R.F. y Zago J.A. (1998). CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES, Tomo I. Buenos Aires, Ed. Universidad de Bs. As.

Garrigues, Joaquín (1987). CURSO DE DERECHO MERCANTIL, Tomo I. Bogotá, Ed. Temis.

Jaramillo, Carlos Ignacio (2010). DERECHO DE SEGUROS, Tomo I. Buenos Aires, Ed. Temis SA.

Messineo, Francisco (1979). MANUAL DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL, Tomo I. Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa - América.

Morales Guillén, Carlos (1994). CÓDIGO CIVIL CONCORDADO Y ANOTADO, Tomo 1. La Paz, Ed. Gisbert y Cia.

Ossorio, Manuel (1996). DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES. Buenos Aires, Ed. Heliastra.

Pothier (1993). TRATADO DE LAS OBLIGACIONES. Buenos Aires, Ed. Heliasta SRL.

Spota, Alberto G. (1996). INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL - CONTRATOS, 5ta. Reimpresión, volúmen I. Buenos Aires, Ed. Depalma.

Stiglitz, Rubén (2001). DERECHOS DE SEGUROS. Tomo I. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot.

CUESTIONES LEGALES SOBRE CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON LA EXPLOTACIÓN E INDUSTRIALIZACIÓN DE LITIO EN BOLIVIA

*Iver von Borries Antezana**

Resumen: I. Obertura. II. Primer Recitativo. III. Segundo Recitativo. IV. Tercer Recitativo. V. Aria. VI. Finale.

De alguna manera, las óperas, aquellas formas teatrales que narran historias a través de la música y el canto, han servido, más allá de tener un fin de entretenimiento, permitir expresar a sus autores pensamientos y transmitir mensajes necesarios para las autoridades y la sociedad civil que las presenciaban.

Licénciese a este autor, a fin de que, con fines estrictamente didácticos, genere un paralelismo entre este tipo de género musical (respetando las partes que componen una ópera) y un tema trascendental para la economía boliviana, como es la extracción e industrialización del litio, bajo el advertido que, de no aprovecharse en la coyuntura actual del cambio de la matriz

* Iver von Borries es abogado. Se graduó con máximos honores (*summa cum laude*) de la Universidad Privada de Santa Cruz (UPSA). Tiene especialidades en Derecho Corporativo por la Universidad Católica Boliviana y el Instituto HARVARD para el Desarrollo, en Arbitraje Comercial Internacional y Arbitraje de Inversión por la Cámara de Comercio de Bogotá (Colombia), así como en *Law & Digital Business* por la Universidad de Salamanca (España). Es Máster en Derecho Internacional Privado por la Universidad Complutense de Madrid (Mención de Honor, 1er lugar). Fue becario del 39 Programa Externo de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Distinguido por el H. Senado de Bolivia por sus contribuciones al Derecho de Hidrocarburos en Bolivia. Nombrado por el *International Gas & Energy Forum* – IGEF como “Abogado del Año del Sector Hidrocarburos y Energía en Bolivia” por dos años consecutivos (2020 y 2021). Es Presidente de la Cámara de Industria y Comercio Boliviano – Peruana (CABOLPE). Es árbitro en los Centros de Arbitraje de la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz (CAINCO), Cámara Nacional de Comercio, Cámara Boliviana de Hidrocarburos, Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima) y Cámara Argentina de Comercio (Buenos Aires). Presidió el Centro de Arbitraje de la Cámara Boliviana de Hidrocarburos y actualmente preside el Centro de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz. Es socio del Estudio Jurídico Wayar & von Borries Abogados S.C.

energética mundial (a eléctrica) y sobre todo, apuntalárselo adecuadamente –desde la perspectiva de la seguridad jurídica– podría terminar convirtiéndose en una oportunidad desaprovechada para la recuperación económica post pandemia y afectando la calidad de vida de las generaciones bolivianas venideras.

I. Obertura.

A lo largo de su historia, Bolivia ha destacado a nivel mundial por sus vastas riquezas naturales, que van desde la explotación irracional, abusiva e ilegal de la colonia española –a partir del siglo XVI– de las riquezas minerales (especialmente de plata en Potosí), pasando por el guano y salitre que desencadenaron la Guerra del Pacífico, en la cual se nos cercenó el único acceso al océano, hasta la exportación, hoy en día, de vastas cantidades de gas natural a los vecinos países de Argentina y Brasil (por supuesto –en esta última ocasión– bajo contratos de compra venta que incluyen términos y condiciones comerciales, si bien no ideales, cuando menos convenientes para el erario nacional).

Necesario mencionar que, ante la falta de reposición oportuna de reservas de gas natural (debido a la escasa exploración hidrocarburífera realizada durante las dos últimas décadas), todo apunta a que los ingresos por concepto de venta de gas para exportación, disminuirán irremediablemente los años venideros.

A pesar de ello, hoy nuestro país vuelve a llamar la atención a nivel global; esta vez por sus reservas de litio, contenidas –principalmente– en los salares de Uyuni y Coipasa, sitios en los departamentos de Potosí y Oruro, respectivamente.

En la actualidad, el litio es un mineral que se ha vuelto esencial para la transición energética mundial. El proceso de descarbonización del planeta, junto a los objetivos alcanzados en el Acuerdo de París (en vigor desde el año 2016) para contrarrestar el cambio climático, van de la mano con las ventajas que el litio ofrece, principalmente aplicables a la creciente industria de la electromovilidad.

Es así que la Agencia Internacional de Energía señaló que la demanda de litio aumentará 42 veces para 2040 y esto resulta –si bien llamativo– bastante lógico, si tomamos en cuenta que las grandes empresas fabricantes de vehículos y medios de transporte a nivel mundial planean dejar de producir motores de combustión (que requieren hidrocarburos fósiles) en el mediano plazo, para pasar a una matriz eléctrica en su totalidad.

II. Primer Recitativo.

Del régimen normativo de los recursos naturales en general y del litio, en particular.

Por mandato constitucional¹⁷², los recursos naturales son de propiedad del pueblo boliviano. Aun cuando lo anterior se torne más declarativo y con escasa utilidad práctica (pues la titularidad sin la capacidad de gestionar por sí mismo su aprovechamiento, resulta nula), el mismo apartado constitucional aclara posteriormente que dichos recursos naturales serán administrados por el Estado boliviano.

Asimismo, la “norma suprema” boliviana señala que son recursos naturales los minerales en todos sus estados, resaltando que estos tienen carácter estratégico y son de interés público para el desarrollo del país.

¹⁷² Numeral 2, párrafo II del Artículo 311 de la Constitución Política del Estado boliviana.

De forma reiterativa, el artículo constitucional 349 establece que los recursos naturales son de propiedad y dominio directo, indivisible e imprescriptible del “pueblo boliviano” y que corresponde al Estado su administración, en función al interés colectivo.

Por su parte y respecto del marco competencial, la norma constitucional indica que el Estado asume el control y la dirección respecto de toda la cadena de aprovechamiento de los recursos naturales, esto es, desde la exploración hasta su comercialización, pasando por la explotación, transporte y eventual industrialización. Asimismo, resulta importante resaltar que el texto constitucional “abre la puerta” a que dichas actividades sean realizadas mediante entidades públicas, cooperativas o comunitarias, las que tienen la facultad de (i) contratar a empresas privadas (se entendería, en calidad de contratistas) y (ii) constituir empresas mixtas.

A mayor abundamiento, se establece que el Estado podrá suscribir contratos de asociación con personas jurídicas bolivianas o extranjeras para el aprovechamiento de los mismos; no obstante, el mismo párrafo aclara que debe asegurarse “la reinversión de las utilidades económicas en el país”. Es menester señalar, respecto de este último requisito, que resulta concordante –en su carácter nacionalista y restrictivo¹⁷³– con el artículo constitucional 355 II, que establece –de forma mandatoria– la reinversión de las utilidades obtenidas por la explotación e industrialización de los recursos naturales.

¹⁷³ Tal como sucede con el artículo constitucional 362.I que señala que los contratos suscritos por Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos – YPF, no podrán significar en ningún caso pérdidas para YPF o para el Estado, lo cual desde la perspectiva técnica en la industria del gas y petróleo, es por decir lo menos (especialmente en cuanto a actividades exploratorias y de perforación de pozos se refiere), extremadamente difícil de cumplir.

Si bien el texto constitucional omite especificar que dicha obligación aplica únicamente a la parte pública de la asociación con privados, el inciso b) del artículo 15 de la Ley No. 516 de Promoción de Inversiones, aclara que las transferencias al exterior de las utilidades netas generadas –en Bolivia– por empresas privadas estarán gravadas impositivamente.

Finalmente, respecto de los recursos naturales no renovables, el texto constitucional señala que todas las actividades destinadas a su aprovechamiento (esto es, exploración, explotación, refinación, industrialización, transporte y comercialización) tienen carácter de necesidad estatal y utilidad pública, aclarando que el Estado es responsable de las riquezas mineralógicas del suelo y subsuelo, incluyendo los recursos no metálicos existentes en salares, salmueras, evaporíticos, otorgándoles el carácter de “estratégicos” para el país¹⁷⁴.

Con relación a la normativa especial que rige la materia, la Ley Minera No. 535, de forma reiterativa señala el carácter estratégico, de utilidad pública y necesidad nacional de la riqueza mineral contenida en el territorio boliviano.

Desde la perspectiva competencial, dicha ley establece que la definición de las políticas mineras corresponde al nivel central del Estado, así como la creación de entidades y empresas públicas relacionadas con la actividad minera en Bolivia.

En cuanto a la legitimación, la normativa vigente prevé que pueden ser sujetos de derechos mineros tanto personas individuales, como colectivas, nacionales o extranjeras, exigiendo como requisito indispensable que todas estas tengan personalidad jurídica propia. Con relación a los actores privados en la minería, estos pueden estar constituidos por empresas

¹⁷⁴ Artículo 369 de la Constitución Política del Estado boliviana.

nacionales o extranjeras, siempre y cuando consideren uno de los tipos societarios previstos en la normativa comercial boliviana, lo cual incluye, además a las empresas unipersonales y a las sociedades de economía mixta.

Importante mencionar adicionalmente, que la Ley Minera No. 535 faculta a los actores productivos mineros privados a participar en la constitución de sociedades de economía mixta, empresas estatales mixtas y empresas mixtas, con actores productivos mineros estatales.

Referente a la institucionalidad del sector minero, la Corporación Minera de Bolivia – COMIBOL, en su condición de empresa pública estratégica corporativa¹⁷⁵, dirige y administra la industria minera estatal, así como realiza todos los eslabones de la cadena productiva minera (prospección, exploración, explotación) además de concentrar, fundir, refinar, comercializar e industrializar minerales y metales.

Respecto de los recursos evaporíticos, la Ley Minera No. 535 inicialmente señalaba que la COMIBOL sería la entidad responsable de todas las actividades mineras vinculadas a dichos recursos, incluyendo la operación de complejos de química inorgánica. Adicionalmente, la normativa le confirió la facultad, a la luz de lo establecido en la Ley de la Empresa Pública No. 466 de crear una filial como responsable de la ejecución de todas estas actividades. No obstante lo anterior, en virtud a lo dispuesto en la Ley No. 928 de 27 de abril de 2017, se creó la empresa pública nacional estratégica Yacimientos de Litio Bolivianos – YLB, la cual paso a “heredar” la responsabilidad sobre las actividades relacionadas con recursos evaporíticos en el país.

¹⁷⁵ Con patrimonio propio, autonomía técnica, administrativa, jurídica y económica.

Llama poderosamente la atención, que se le asigne a YLB el desarrollo de los procesos de química básica de sus recursos evaporíticos, con una participación del 100% estatal para la producción de (i) Cloruro de Litio, (ii) Sulfato de Litio, (iii) Hidróxido de Litio y (iv) Carbonato de Litio; dejando únicamente para procesos posteriores de semi-industrialización, industrialización y procesamiento de residuos la posibilidad de asociarse con empresas privadas nacionales o extranjeras (con la condicionante de retener la participación mayoritaria del Estado en todos los casos).

Frente a lo anterior y ante el inminente interés que podrían tener empresas nacionales y/o extranjeras, no solamente de participar en la fase de extracción de litio, sino además en los procesos de química básica (para la obtención de Cloruro de Litio, Sulfato de Litio, Hidróxido de Litio y Carbonato de Litio), surge una primera posibilidad, a la luz de la normativa pre existente, que consiste en modificar la normativa vigente a fin de que YLB pueda suscribir contratos de asociación minera para dichos fines. Bajo este formato, YLB, de todas maneras, se haría cargo – de forma privativa– de su comercialización.

Como es de rigor normativo, dichos contratos deberán cumplir la aprobación de la Asamblea Legislativa Plurinacional, como requisito previo para su entrada en vigor y posterior ejecución.

Respecto de este tipo contractual, los contratos de asociación mineros son aquellos en virtud a los cuales el Estado Plurinacional de Bolivia, a través de –en el caso que nos ocupa– YLB, acuerda con un actor productivo minero privado, nacional o extranjero, la realización asociada de actividades mineras en toda o en parte de la cadena productiva, dentro de sus áreas mineras.

Una de las principales características de este tipo de contratos, es que no se crea una nueva personalidad jurídica y deberán ser suscritos previa licitación o invitación pública, a fin de pretender la mayor transparencia posible.

La ventaja, a todas luces de este tipo de contratos, es que la Ley Minera No. 535 prevé la posibilidad –a través de su artículo 147– que las partes, tanto pública como privada, pacten una cláusula arbitral (con arbitraje nacional) como la vía para resolver las eventuales controversias que puedan suscitarse respecto de la interpretación, ejecución o terminación del contrato.

Asimismo, la Ley Minera No. 535 señala, respecto de las participaciones que, para el caso de la empresa estatal, esta en ningún caso será inferior al 55% de las utilidades¹⁷⁶.

Finalmente, mencionar que otra característica de este tipo de contratos asociativos es que se conforma un Directorio, de paritaria participación. En dicho órgano colegiado, la presidencia es ejercida por un representante de la empresa estatal y las decisiones, según la norma, se toman por consenso.

III. Segundo Recitativo.

Del régimen normativo de las inversiones y el arbitraje en Bolivia.

El régimen jurídico de las inversiones en Bolivia, ha sufrido severos cambios los últimos quince años. Recordemos que en 2007 el gobierno del –entonces– presidente Evo Morales Ayma

¹⁷⁶ Con referencia a esta condicionante, creemos que lo que la ley intentó regular es que el porcentaje de participación no sea inferior al 55% y no así el de las utilidades (que de todas maneras iría en directa relación con la participación societaria en la empresa).

denunció el Convenio CIADI¹⁷⁷ y sistemáticamente los años posteriores, desmanteló el andamiaje jurídico de tratados en materia de inversiones¹⁷⁸. A la fecha, Bolivia aún no ha suscrito ningún tratado –nuevo– para garantizar las inversiones foráneas en el país.

En cuanto a cifras se refiere, acorde al informe de la CEPAL¹⁷⁹, del 2005 al 2020, Bolivia es uno de los países que menos Inversión Extranjera Directa – IED ha recibido comparado con los demás países en Sudamérica.

Respecto al tema normativo, la CPE en su artículo 320 regula los aspectos concernientes a la inversión, señalando como precepto constitucional que “*La inversión boliviana se priorizará frente a la inversión extranjera*”. Con relación a este criterio “heredado” de Carlos Calvo¹⁸⁰, atípico en el Derecho de Inversiones a nivel global (puesto que, a manera de atracción de las inversiones extranjeras, los Estados más bien garantizan un trato justo y equitativo a los inversionistas extranjeros y nacionales), probablemente el precepto bajo análisis sería dable en un país cuya industria nacional ha alcanzado estándares altos en cuanto a tecnología, innovación y sofisticación.

¹⁷⁷ El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (ICSID por sus siglas en inglés) es un organismo dependiente del Banco Mundial cuyo foro se usa para arbitrar controversias entre Estados e inversionistas que invirtieron en dichos Estados.

¹⁷⁸ Se trata de los Tratados Bilaterales de Inversión – TBIs (o *BITs* por sus siglas en inglés), son instrumentos jurídicos internacionales, suscritos entre dos Estados cuyos principales objetivos son garantizar a los inversores un trato justo y equitativo por parte del país receptor de la inversión y protegerlos antes eventuales expropiaciones, confiscaciones o nacionalizaciones de sus activos.

¹⁷⁹ Naciones Unidas (2021). «LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE».

¹⁸⁰ Redfern, Alan y Hunter, Martin con Blackaby, Nigel y Partasides, Constantine (2007). «TEORÍA Y PRÁCTICA DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL», 4ta. Edición. Buenos Aires, Ed. La Ley. Párrafo 11.01.

En el caso boliviano, por razones históricas, el país se ha convertido en un exportador de materias primas, lo cual si bien es reprochable y perjudicial desde todo punto de vista (puesto que la riqueza en los países se logra a través de agregarle valor a las materias primas), no podemos desconocer nuestra realidad industrial y capacidad de producción. En conclusión, crearles a los inversionistas extranjeros disparidades, desigualdades y asimetrías respecto de los inversionistas nacionales, genera como único efecto restarle competitividad a nuestro país y hacer que los primeros opten por invertir en cualquier tercer país que brinde un trato igualitario, respecto de sus inversionistas locales.

Asimismo, se establece que toda inversión extranjera queda sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas, quedando prohibida toda invocación de situación excepcional, así como realizar reclamaciones diplomáticas tendientes a la obtención de tratamientos más favorables.

Finalmente, el texto constitucional establece que no se podrá otorgar a Estados o empresas extranjeras “condiciones más beneficiosas que las establecidas para los bolivianos”.

Por su parte, concerniente a la normativa especial, la Ley No. 516 de Promoción de Inversiones define a la inversión como:

“Toda colocación de aportes de inversión en los diferentes mecanismos de inversión de acuerdo a lo señalado en la presente Ley, destinados al desarrollo permanente de actividades económicas y a la generación de rentas que contribuyan al crecimiento y desarrollo económico y social del país”.

Asimismo, reconoce que un inversionista puede ser cualquier persona natural, jurídica, nacional o extranjera y que cuando la inversión boliviana se realiza con recursos públicos y con recursos privados nacionales o extranjeros, esta se considerará “inversión mixta”.

Con relación a los mecanismos de inversión, su artículo 9 señala que la colocación de aportes de inversión puede realizarse a través de (i) Sociedades comerciales; (ii) Empresas públicas; (iii) Empresas de capital mixto donde el Estado tenga participación accionaria mayoritaria o (iv) Contratos u otros instrumentos de inversión conjunta.

Finalmente, dicha norma faculta al Estado a asociarse con inversionistas para el desarrollo de las actividades económicas calificadas como “inversión preferente”, especialmente para aquellas relacionadas con actividades del denominado “circuito productivo de los recursos naturales estratégicos”, entendido como aquellas actividades económicas que contribuyen al cambio de la matriz productiva del país, entre las cuales se encuentran comprendidas – cabalmente– las actividades mineras.

En lo concerniente al arbitraje, la Ley No. Ley 708 de Conciliación y Arbitraje establece, a través de su artículo 4, de forma taxativa, las materias excluidas del arbitraje. A los fines del presente trabajo y para un análisis posterior, cabe resaltar las siguientes: (i) la propiedad de los recursos naturales y (ii) los contratos administrativos, salvo lo dispuesto en la misma ley.

Asimismo, el contenido de su artículo 6 es llamativo al establecer que las empresas estatales pueden resolver sus controversias por medio del arbitraje en caso de suscripción de contratos de compra de bienes, obras o servicios, en tanto la empresa contratada no tenga domicilio legal en Bolivia y el contrato se hubiese suscrito en el extranjero, lo que deriva de la

supina importancia del pacto arbitral para los proveedores en el marco del comercio internacional¹⁸¹.

Finalmente, la norma señala que, para el caso de entidades y empresas públicas, éstas podrán aplicar su normativa específica respecto de contrataciones en el extranjero.

Con relación a las condiciones del arbitraje en materia de inversiones, la Ley No. 708 de Conciliación y Arbitraje indica sometimiento a (i) jurisdicción, (ii) leyes y (iii) autoridades bolivianas.

Para los casos de controversias en materia de inversión mixta y extranjera (casos en los que quedan comprendidas controversias al interior de una empresa estatal mixta y empresa mixta), las características del arbitraje son las siguientes:

1. Tribunal Arbitral compuesto por tres (3) árbitros.
2. La Autoridad Nominadora será elegida por acuerdo de las partes; a falta de acuerdo, la Autoridad Nominadora será el Secretario General o autoridad similar del Centro de solución de controversias en materia de inversiones de un organismo del que el Estado Plurinacional de Bolivia forme parte, en el marco de procesos de integración. A falta de este último, la Autoridad Nominadora será el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya.
3. Legislación boliviana aplicable como norma sustantiva.
4. Reglamento o procedimiento de Arbitraje a ser elegido por las partes; a falta de acuerdo, el Reglamento o procedimiento de Arbitraje será el del Centro de solución de

¹⁸¹ Cuomo, Nahid (2019). «EL ESTADO BOLIVIANO Y EL ARBITRAJE: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL N°0554/2019». Bolivia, Artículo a ser publicado por el CCAC-CAINCO. Página 4.

controversias en materia de inversiones de un organismo del que el Estado Plurinacional de Bolivia forme parte, en el marco de procesos de integración.

5. La duración del arbitraje podrá extenderse hasta seiscientos (600) días calendario, adicionales.

6. El Tribunal Arbitral deberá decidir sobre la excepción de incompetencia, como cuestión previa y de especial pronunciamiento.

7. El Laudo Arbitral será definitivo e inapelable, y deberá ser dictado en un plazo de noventa (90) días calendario, computables a partir de la última actuación procesal (prorrogable en un plazo similar por una sola vez).

8. Arbitraje en derecho.

Cuando la inversión es únicamente nacional, el artículo 130 de la Ley No. 708 requiere el cumplimiento de las siguientes condiciones:

1. Que el Arbitraje sea administrado por un Centro nacional.

2. El Reglamento de Arbitraje aplicable, será el del Centro elegido por las partes.

3. La Autoridad Nominadora será la persona designada por el Centro elegido por las partes.

4. Legislación boliviana aplicable como norma sustantiva.

5. El Arbitraje será en derecho.

Un hecho que amerita ser analizado en detalle y que formará parte de nuestras recomendaciones, es aquel contenido en la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley No. 708, que establece que las Empresas Públicas (según la definición que da de estas la Ley No. 466) pueden

incorporar en sus contratos administrativos cláusulas de solución de controversias a través del Arbitraje, en tanto tengan como sede al Estado Plurinacional de Bolivia, la legislación boliviana como ley de fondo y sean arbitrajes en derecho.

Finalmente y a efectos de cerrar el acápite correspondiente al arbitraje en Bolivia, corresponde mencionar la prohibición –a nivel constitucional– contenida en su artículo 366, el cual establece que las empresas extranjeras que realicen actividades “*en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado*” quedan sometidas a la soberanía del Estado, a la dependencia de las leyes y de las autoridades del Estado. Asimismo, indica que no se les reconocerá –sin excepción alguna– tribunal ni jurisdicción extranjera y además que no podrán invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional, ni recurrir a reclamaciones diplomáticas.

En opinión del autor, imponer restricciones jurisdiccionales o territoriales al arbitraje, no hacen sino constituirse en óbices a momento que un inversionista deba decidir invertir en un país.

IV. Tercer Recitativo.

El caso *sui generis* de las Empresas Públicas y las Alianzas Público–Privadas. ¿“Panacea” para la reactivación de la inversión privada en Bolivia?

La Ley de Empresas Públicas No. 466, fue promulgada el 26 de diciembre de 2013, esto es aproximadamente un año y medio antes que la Ley No. 708 de Conciliación y Arbitraje.

Esta ley, tiene por objeto establecer el régimen de las empresas públicas, a nivel central del Estado y las clasifica de la siguiente manera:

(i) Empresa Estatal, cuyo patrimonio pertenece en un 100% (cien por ciento) al nivel central del Estado.

(ii) Empresa Estatal Mixta, cuyo patrimonio está constituido por aportes del nivel central del Estado mayores al 70% (setenta por ciento) y menores al 100% (cien por ciento), y aportes privados de origen interno y/o aportes de empresas públicas o privadas extranjeras.

(iii) Empresa Mixta, cuyo patrimonio está constituido por aportes del nivel central del Estado desde el 51% (cincuenta y uno por ciento) y hasta el 70% (setenta por ciento), y aportes privados de origen interno y/o aportes de empresas públicas o privadas extranjeras.

(iv) Empresa Estatal Intergubernamental, cuyo patrimonio está constituido por aportes del nivel central del Estado desde el 51% (cincuenta y uno por ciento) y menores al 100% (cien por ciento).

Una novedad que esta norma trajo consigo, es la posibilidad para las empresas públicas de suscribir contratos para establecer alianzas estratégicas de inversión conjunta, tanto con empresas públicas o privadas constituidas en el país, como con empresas públicas o privadas extranjeras, en tanto estas últimas cumplan los requisitos legales para el ejercicio habitual de actos de comercio en Bolivia.

Asimismo, la norma señala que las alianzas estratégicas que involucren inversiones para el desarrollo de sectores estratégicos, deben garantizar que el control y dirección de la actividad sea asumida por la empresa pública boliviana, en tanto y en cuanto ésta tenga participación mayoritaria en el tipo asociativo, constituyéndose un tipo de alianza estratégica, la asociación accidental. Acorde a esta norma, las asociaciones accidentales tienen carácter transitorio y serán

utilizadas para el desarrollo o ejecución de una o más operaciones específicas a cumplirse mediante inversiones conjuntas.

Al respecto los únicos requisitos que la norma establece, son (i) que el documento constitutivo se celebre mediante escritura pública y (ii) se inscriba en el Registro de Comercio.

Con relación al régimen de solución de controversias, la Ley No. 466 establece que aquellas controversias que surjan entre los socios de la empresa estatal mixta, empresa mixta, estatal intergubernamental respecto de la interpretación, aplicación y ejecución de decisiones, actividades y normas, se solucionarán *“en el ámbito de la legislación boliviana, en las instancias arbitrales y/o jurisdiccionales del Estado Plurinacional de Bolivia, de conformidad a lo establecido en la Constitución Política del Estado”*.

Adicionalmente, la misma norma señala que aquellas controversias que se susciten al interior y entre las empresas estatales, estatales mixtas, mixtas y estatales intergubernamentales, deberán sujetarse a regulaciones específicas a ser establecidas en la normativa de Conciliación y Arbitraje (entendida esta, como la Ley No. 708).

A fin de realizar un recorrido por toda la normativa que prevé alianzas de una parte pública con una privada, no podemos dejar de mencionar al Decreto Supremo No. 3469 de fecha 24 de enero de 2018 y que norma a los Contratos de Alianzas Estratégicas de Inversión Conjunta, en el marco de lo establecido en el artículo 8 de la Ley No. 466.

Al respecto, este Decreto Supremo faculta a las empresas públicas a suscribir contratos para generar alianzas estratégicas de inversión conjunta con empresas públicas o privadas constituidas en el país y/o con empresas públicas o privadas extranjeras.

Finalmente, corresponde mencionar, respecto a la casuística de este tipo de género asociativo que en fecha 07 de diciembre de 2018, en virtud al Decreto Supremo No. 3738 se creó la Empresa Pública YLB ACISA – E.M. cuyo objeto estaba relacionado con la industrialización del litio y la cual estaba conformada por YLB (con un 51% de participación) y la empresa –con casa matriz alemana– ACI Systems Alemania GmbH Sucursal Bolivia (con el restante 49% de participación).

Producto de la presión y descontento social, principalmente por los pobladores del departamento de Potosí, dicho Decreto Supremo fue abrogado y la sociedad mixta nunca entró en funcionamiento.

V. Aria.

Expertos en economía y finanzas han señalado que Bolivia no cuenta con los recursos monetarios suficientes para desarrollar, por sí misma, la industria del litio a gran escala. La historia mundial, por su parte, ha demostrado que la inversión extranjera directa – IED, con reglas del juego claras, tanto para el Estado receptor de la inversión, como para el inversionista foráneo, genera resultados de beneficio mutuo. Es así que el país receptor de la inversión tiene un impacto directo en su desarrollo económico, productividad local, en ingresos fiscales y capacitación de mano de obra calificada.

Sin embargo lo anterior, a efectos de ser atractivos –como país– para captar la IED, hace falta no solamente contar con recursos naturales, sino además con seguridad jurídica¹⁸². Para

¹⁸² Nieto Navia, Rafael (2007). «LA PARADOJA DEL AUGUE DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN: ¿ESTÁN LOS ESTADOS CONSIDERANDO SU APOYO AL ARBITRAJE? EL CASO ARGENTINO». *Arbitraje Internacional. Tensiones Actuales*. Colombia, Ed. Legis S.A. Página 37.

ello y desde la perspectiva de cualquier inversionista, el Derecho de las Inversiones, entendido como el conjunto de instrumentos legales (a nivel de tratados internacionales y normas locales pro inversión) que brindan las garantías necesarias a fin de que el dinero invertido pueda ser recuperado, en caso de una nacionalización, expropiación o confiscación, cobra una singular relevancia.

Y es precisamente en este estadio que Bolivia pierde competitividad. La denuncia del Convenio CIADI y la denuncia de la totalidad de los TBIs (hace varios años atrás) sin que estos hubieran sido suscritos nuevamente, lejos de sumar, restan interés en quienes disponen de liquidez o tienen un especial interés en algún nicho de mercado en el que nuestro país, sea por sus recursos naturales, condiciones de mercado y geolocalización, pueda representar algún atractivo singular. Frente a lo anterior, quedan identificadas dos problemáticas que podrían, con cambios normativos, ser superadas fácilmente.

La primera es la restricción a empresas privadas de participar en la fase de extracción de evaporíticos, así como en el desarrollo de los procesos de química básica.

Al respecto, nos surgen dos interrogantes:

¿Cuán desalentador puede resultarle a una empresa interesada en el litio boliviano, no poder participar en su proceso de extracción? ¿Acaso no se estarían desaprovechando técnicas de última tecnología que optimicen y hagan más eficaz la extracción del litio?

La recomendación entonces, va en sentido de permitir a empresas extranjeras y/o nacionales –mediante tipos asociativos con YLB– participar de las fases iniciales para la explotación, dejando en claro que la propiedad de los recursos producidos y su comercialización

estarían a cargo únicamente de YLB y que la contraparte privada percibirá un porcentaje de las utilidades que se generen.

Si lo anterior no fuese realizable por algún criterio político, la segunda opción versa por suscribir contratos de servicios con empresas privadas, nacionales o extranjeras (similares a los que actualmente Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos – YPFB suscribe con empresas petroleras para la exploración y explotación de hidrocarburos) en virtud a los cuales se subcontrate a dichas empresas, para que estas, con sus técnicas extractivas y su propia tecnología, extraigan litio y desarrollen procesos de química básica.

A efectos de ser atractivos, la condición indispensable sería que dichos contratos, a pesar de ser administrativos, contengan una cláusula de arbitraje (nacional) como el medio para resolver cualquier controversia.

Al respecto, si bien resulta plausible que la Ley No. 708 establezca la posibilidad para las Empresas Públicas (como el caso de YLB) de incluir cláusulas compromisorias en sus contratos administrativos, el hecho que dicha facultad se encuentre inserta como una Disposición Transitoria, no hace sino desincentivar la inversión extranjera en el país. El sólo hecho de pensar que una empresa extranjera deba enfrentar un proceso contencioso administrativo, en el que – en virtud de las cláusulas exorbitantes del Derecho Administrativo, se parte de la premisa de superioridad del Estado, respecto de la contraparte, es motivo suficiente para desanimar a la suscripción de cualquier contrato¹⁸³ con Empresas Públicas bolivianas, por más estratégico que el recurso a producir pudiera ser.

¹⁸³ González de Cossío, Francisco (2014). «ARBITRAJE». 4ta. Edición, México, Ed. Porrúa. Página 1250.

VI. Finale.

Siguiendo la dinámica heterodoxa de escribir un artículo de carácter jurídico, creando un paralelismo con las fases de una ópera, con la intención de desenmarañar a través de su desarrollo el vasto conjunto de normas (con aristas de índole constitucional, de Derecho Minero, Derecho Societario, Derecho Administrativo y Derecho Arbitral o de Solución Alternativa de Controversias) que regulan la extracción e industrialización del litio en Bolivia (un metal que, sin lugar a equívocos, será el más demandado de los últimos siglos a nivel global), no queda más que concluirlo dejando un final abierto (cuando no menos incierto).

Dependerá pues, únicamente de las autoridades del gobierno boliviano, que, en el marco de sus competencias, analicen si el conjunto de recomendaciones que se vierten en este trabajo mejorará la percepción de seguridad jurídica por parte de inversionistas extranjeros interesados en invertir en Bolivia y de esta manera apoyar la tan ansiada reactivación económica post pandemia. De ser así, esta “obra” tendrá, a criterio del autor, un final feliz.

Por el contrario, desoír cambios normativos simples pero trascendentales, tendientes a mejorar la percepción que dichos inversores extranjeros pueden tener sobre nuestro país, implicaría dejar pasar una coyuntura histórica; entonces, el final de la “obra” quedaría irremediabilmente marcado por un sinsabor de otra oportunidad desperdiciada, en el que el telón cierre con la imagen –propia del género dramático– del mendigo de siempre, sentado sobre la silla de siempre, sólo que esta vez, en vez de oro, esté hecha de litio.

BIBLIOGRAFÍA

Cuomo, Nahid (2019). «EL ESTADO BOLIVIANO Y EL ARBITRAJE: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL N°0554/2019». Bolivia, Artículo a ser publicado por el CCAC-CAINCO.

González de Cossío, Francisco (2014). «ARBITRAJE». 4ta. Edición, México, Ed. Porrúa.

Naciones Unidas (2021). «“LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE»”. Naciones Unidas, 2021.

Nieto Navia, Rafael (2007). «LA PARADOJA DEL AUGE DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN: ¿ESTÁN LOS ESTADOS CONSIDERANDO SU APOYO AL ARBITRAJE? EL CASO ARGENTINO». Arbitraje Internacional. Tensiones Actuales. Colombia, Ed. Legis S.A.

Redfern, Alan y Hunter, Martin con Blackaby, Nigel y Partasides, Constantine (2007). «TEORÍA Y PRÁCTICA DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL», 4ta. Edición. Buenos Aires, Ed. La Ley.

ASPECTOS
RELEVANTES DEL

ARBITRAJE EN BOLIVIA

CONFORME A LA LEY NO. 708