

*Brian Haderspock

Introducción

El arbitraje, como método alternativo de resolución de controversias, viene utilizándose en la solución de conflictos desde las sociedades primitivas, antes de la existencia del Estado mismo, es decir, antes de surgir el proceso jurisdiccional ya había surgido el proceso arbitral, los ingleses por su lado también aplicaban este método para resolver disputas mucho antes del surgimiento del *common law* ingles¹.

Fue en Roma, donde la institución arbitral fue reconocida en la Ley de las XII Tablas, cuyos postulados disponían que las partes en disputa debieran someter sus discrepancias ante terceros. Fue en la época de Justiniano que por primera vez el laudo arbitral adquirió el carácter de cosa juzgada.

El arbitraje remonta desde el Derecho Romano, El Estado posteriormente vio la necesidad de crear su propio sistema de justicia, rechazando por tanto la jurisdicción arbitral e imponiendo la jurisdicción ordinaria por encima, creando un verdadero monopolio en la administración de justicia.

Hoy en día los procesos jurisdiccionales estatales se encuentran en desmedro, es decir, las personas ya no desean someter sus conflictos ante tribunales ordinarios del Estado por su extremada lentitud e ineficiencia. Lo que buscan es un proceso rápido y eficaz para las partes y sin trabas en el desarrollo del proceso ni recursos ulteriores al momento de dictar la sentencia.

Por tales motivos la gente ha empezado a buscar métodos alternativos de resolución de conflictos, es decir, mecanismos alternativos a las ofrecidas por la justicia ordinaria, que les otorgue seguridad en la resolución de las disputas en corto tiempo y con menor costo. Es por ello que hoy en día las personas buscan esta técnica hetercompositiva para la resolución de sus controversias denominada arbitraje.

*Licenciado en Derecho por la Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra (UPSA). Máster en Derecho Internacional Privado y Derecho de los Negocios Internacionales por la Escuela Europea de Negocios. Diplomado en Negociación, Conciliación, Mediación y Arbitraje por la Universidad Virtual. Especialidad (Certificación Profesional) en Arbitraje Internacional. Postitulo en Contratos Comerciales en el ámbito internacional. Miembro del Club Español del Arbitraje. Ejercicio de la profesión en el estudio jurídico Moreno Baldivieso Abogados-Attorneys at Law.

¹ "Arbitration is the most used form of ADR and was in existence long before the emergence of the English common law", ver: SCHUBERT A. Frank, **Introduction to Law and the Legal System**, Ed. Houghton Mifflin, 8th edition, 2004, Boston-USA, P.685.

1. Arbitraje

La palabra arbitraje deriva del latín *arbitrare*, juzgar como árbitro, que, a su vez, deriva de *arbiter*, el que asume el papel de juez entre las partes.

Según define Lorca Navarrete², el arbitraje es un sistema de garantías procesales con proyección constitucional que se proyecta sobre la resolución de cuestiones litigiosas que se hayan en el ámbito de la libre disposición de quienes, como personas físicas o jurídicas, les asiste el poder de solucionarlas cuando, previo convenio, se obliguen a nombrar y aceptar la resolución de uno o varios árbitros.

Para Caivano³, el arbitraje es-en una primera aproximación-un método, un sistema de resolución de conflictos. Es una herramienta mediante la cual se resuelven los conflictos por particulares que no revisten la calidad de jueces estatales.

Por último Gil Echeverri⁴ establece que el arbitraje es un procedimiento jurisdiccional sui generis, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se defiere la solución de conflictos privados transigibles a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros, los que transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos que una sentencia judicial.

Después de haber analizado las variadas definiciones sobre la materia, cabe extraer los siguientes elementos del arbitraje:

- Es un procedimiento jurisdiccional sui generis.
- Es un método heterocompositivo, porque existe un tercero imparcial que de manera independiente soluciona el conflicto.
- Es un método de solución de las controversias, presentes o futuras, que surgen en las relaciones privadas entre personas físicas y jurídica.
- Es fundado en el principio de la autonomía de la voluntad de partes, ya que son las partes, que voluntariamente, deciden someter a un particular, árbitro, sus diferencias.
- Es imprescindible que para que opere el arbitraje, las pretensiones que lo generaron deben derivar de derechos disponibles. Las partes no pueden pactar ni disponer sobre normas imperativas ya que pondrían en peligro el orden público.

² LORCA NAVARRETE Antonio María, **Derecho de Arbitraje Interno e Internacional**, Ed. Techno, Madrid-España, 1989.

³ CAIVANO Roque, **Arbitraje**, 2ª Edición, Ed. Ad-Hoc, 2000, p. Buenos Aires, p.47.

⁴ GIL ECHEVERRI Jorge Hernán, **Nuevo Régimen de Arbitramento**, Editorial Cámara de Comercio de Bogotá, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 3.

- El objeto del conflicto debe ser transable, no afectar más que al titular.
- Los árbitros tienen la facultad de juzgar (jurisdicción declarativa), fijando los derechos y deberes de las partes, aunque no de hacer ejecutar lo juzgado (jurisdicción ejecutiva), porque la coerción permanece siempre en manos de la jurisdicción Estatal.
- El laudo es vinculante para las partes, es decir, es de cumplimiento obligatorio, y tiene efecto de cosa juzgada, por tanto imposible de volver a ser enjuiciado en cuanto al fondo por otro órgano jurisdiccional.

2. Jurisdicción y Arbitraje

Para poder someter una controversia al arbitraje es necesario que ambas partes tengan las intenciones de acudir a tal procedimiento, es decir, no es posible acudir al arbitraje de manera unilateral (salvo el arbitraje forzoso, legal, obligatorio), sino que debe ser por acuerdo mutuo bajo el principio de la autonomía de la voluntad de partes. Ese acuerdo mutuo se manifiesta expresamente en el convenio arbitral.⁵

En ese sentido, debemos resaltar que la jurisdicción arbitral emana de la voluntad de partes quienes deciden someter la disputa ante un tribunal especial, neutral y temporal, cuya decisión final les garantizará una tutela jurídica efectiva.

Esa función jurisdiccional que en un principio pertenece al Estado como administrador de justicia mediante sus órganos jurisdiccionales, no es atributo exclusivo de los jueces estatales, sino que también pueden ejercer la actividad jurisdiccional los árbitros, ya sea convencional, es decir, cuando emana de la voluntad de partes, o, forzosa, cuando la Ley obliga el sometimiento de determinadas materias a la institución arbitral.

Sin embargo, cabe recalcar que la función jurisdiccional no puede ser ejercida de manera total por los árbitros, es decir, los árbitros ejercen únicamente la función declarativa, que implica juzgar y declarar los derechos, pero, la función ejecutiva no puede ser aplicada por los árbitros dado que la coerción pertenece al Estado únicamente, es por ello que se debe acudir al auxilio judicial a la hora de conseguir el cumplimiento forzosa del laudo final, así como de otras cuestiones inherentes al proceso arbitral.

⁵ HADERSPOCK GUTIERREZ Brian, *La Intervención Judicial en el Arbitraje según la Ley no. 1770*, www.aryme.com

3. Poder Judicial y Arbitraje

La institución del arbitraje no puede ser considerada independiente ni autónoma ya que deberán necesariamente intervenir los órganos judiciales en ciertos casos durante el procedimiento arbitral. Pero se debe aclarar que esta intervención por parte de los órganos judiciales no puede realizarse de oficio, es decir, los órganos judiciales no podrán prestar auxilio por voluntad propia, sino que esa asistencia debe ser requerida por las partes o el tribunal arbitral. Así establece el artículo 9 inciso I de la Ley 1770: I. *“En las controversias que se resuelvan con sujeción a la presente ley, solo tendrá competencia el tribunal arbitral correspondiente. Ningún otro tribunal o instancia podrá intervenir, salvo que sea para cumplir tareas de auxilio judicial.”*⁶

Si bien lo que buscan las partes al someterse a la institución arbitral es alejarse de los estrados judiciales, esa desvinculación no es posible. Si bien es cierto, los jueces estatales se encuentran prohibidos de inmiscuirse en las controversias sometidas al arbitraje, sin embargo, en el transcurso del proceso arbitral surge la necesidad de la colaboración por parte del órgano judicial sobre ciertas cuestiones como ser: conformación del tribunal arbitral, recusación, excepción de incompetencia, práctica de pruebas, adopción de medidas cautelares, anulación del laudo y por último la ejecución del laudo arbitral. Si nos fijamos nos daremos cuenta que dos de las siete cuestiones mencionadas hacen que la intervención judicial, mediante el auxilio judicial, sea inevitable, dada la necesaria utilización del *coercio* para cumplir la tarea del auxilio en cada cuestión⁷, y como todos sabemos ese *coercio* pertenece únicamente al Estado.

4. La interpretación errónea del Artículo 97

Recordemos que el art. 97 de la Ley 1770 establece:

ARTICULO 97o.- (Aplicación supletoria del Código Civil y de Procedimiento Civil)

*I. **El Tribunal Arbitral** podrá aplicar supletoriamente las normas del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil, cuando las partes, el reglamento institucional adoptado o el propio tribunal no hayan previsto un tratamiento específico de esta materia.*

De la sola lectura del artículo 97 observamos que está dirigido a los árbitros, sin embargo, lo usan los jueces ampliando su intervención conforme normas del Código Procesal Civil en vez de sujetarse a lo dispuesto por la ley marco del arbitraje: Ley No. 1770.

⁶ Ibidem

⁷ Una medida compulsoria puede ser solicitada por los árbitros pero no ejecutada por el mismo Tribunal Arbitral, lo mismo con la ejecución forzosa del laudo arbitral que necesariamente la debe cumplir la autoridad judicial competente.

Un ejemplo en ese sentido lo vemos en la **Sentencia Constitucional 0093/2004**: ...*“Cabe tener en cuenta, que de acuerdo con el art. 97 de la LAC, las normas del Código de Procedimiento Civil son supletorias.”...*

En este caso se pudo apreciar que la demanda de auxilio judicial, para la conformación del tribunal arbitral, radicó en el Juzgado Cuarto de Partido en lo Civil-Comercial (autoridad competente), sin embargo las otras partes deciden pedir la declinatoria. Con qué respaldo legal se animan a pedir la declinatoria del juez competente para conocer el auxilio judicial, si en nuestra Ley de Arbitraje y Conciliación no tiene artículo que mencione la declinatoria de la autoridad competente, no nos olvidemos que la Ley 1770 establece como autoridad competente el juez de lugar del arbitraje, por otro lado, no cabe razón para declinar al juez puesto que se trata de una simple colaboración que dan mediante el auxilio judicial y no es que entraran a tomar una decisión de fondo. Tampoco se encuentra la apelación como recurso tipificado en la Ley 1770. Y porqué entonces la Sala Civil Segunda de la Corte Superior de Justicia concede la apelación, ordenando la declinatoria del Juzgado Cuarto de Partido en lo Civil-Comercial, así ordenando también se remitan los obrados a la Cámara Nacional de Comercio. Por último todo ello genero otro recurso no previsto en la Ley 1770, el Recurso Directo de Nulidad, y esto ya fue algo totalmente fuera de la esfera arbitral.

Ante el rechazo del juez a esta declinatoria, lo que correspondía por parte de las partes que la habían planteado es formular una reserva para solicitar posteriormente la nulidad del laudo por “composición irregular el Tribunal Arbitral” (art. 63.II.5 Ley 1770), pero consideramos que no se debió habilitar la apelación, decidir la misma y tampoco aceptar el Tribunal Constitucional entender en el Recurso Directo de Nulidad, pues todo ello implicó entorpecer el funcionamiento del arbitraje innecesariamente.

Los artículos 9 inciso II; 22 inciso II; 36.I y 68 de la Ley 1770, los dos primeros antes descritos, establecen cuándo y qué autoridad judicial es competente para conocer del auxilio judicial. Y el artículo 23 inciso III de la misma Ley también establece que la decisión que tome la autoridad competente con referencia a la conformación del Tribunal Arbitral no admite recurso alguno.

Es clara la evidencia que demuestra como nuestra Ley de Arbitraje y Conciliación es violada, pisoteada por la extremada intervención judicial innecesaria e ilegal se podría decir por habilitar recursos e instancias no previstas expresamente en la Ley 1770. Se excusan con decir que la ley tiene vacíos y que lo que no esta prohibido expresamente en la Ley de Arbitraje y Conciliación serán utilizados las normas del código de procedimiento civil boliviano, donde **entran a una mala interpretación del artículo 97 de la Ley 1770.**

La jurisprudencia constitucional demuestra la frecuencia con que se acude a la utilización del artículo 97 como respaldo a la intervención excesiva demostrando la errónea interpretación sobre el procedimiento arbitral en Bolivia. Para citar algunos precedentes

tenemos, entre otras, a las Sentencias Constitucionales: SC 0622/2003; SC 0572/2003; SC 0093/2004; SC 0337/2004; SC 1892/2004; SC 0093/2004; SC 1538/2005; SC 00164/2005; SC 0456/2007; SC 0462/2007.

Conclusión

Con el análisis de la jurisprudencia podemos ver que con el auxilio judicial en varias ocasiones se habilitan los Recursos de Apelación y Casación donde vemos que el juez y la parte recusante no respeta la Ley de Arbitraje y Conciliación en cuanto expresa en varios artículos que ante la decisión tomada por el juez en el auxilio judicial no cabe recurso ulterior. También se evidencia una errónea interpretación de la Ley por parte de los Jueces Estatales en cuanto afirman que existen lagunas dentro de la Ley No. 1770 o justifican su intromisión apoyándose en el artículo 97 de la Ley No. 1770. Todo ello ha generado una violación continuo a la Ley de Arbitraje y Conciliación de modo que se han violado los principios fundamentales del arbitraje en Bolivia.

Recomendaciones⁸

Proponemos quitar de la Ley 1770 el texto del art. 97 de la Ley 1770 que afirma:

“El Tribunal Arbitral podrá aplicar supletoriamente las normas del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil, cuando las partes, el reglamento institucional adoptado o el propio tribunal no hayan previsto un tratamiento específico de esta materia.”

Las razones por las cuales creemos importante retirar este artículo de la Ley No. 1770 es justamente por la mala interpretación que genera. Es decir, con el análisis que hemos realizado respecto a la jurisprudencia nacional vemos que el Tribunal Constitucional tiende a avalar que los órganos jurisdiccionales estatales se atribuyan facultades en relación con el arbitraje, no previstas en la Ley de Arbitraje y Conciliación, partiendo de diversos argumentos, tales como el señalado en el artículo 97 de la Ley No. 1770.

Con el análisis comparativo⁹ que se realizó con distintas legislaciones sobre arbitraje se pudo rescatar que ninguna de las Leyes tiene previsto algo similar al artículo 97, ni siquiera la Ley Modelo CNUDMI.

Entonces consideramos que tal artículo es innecesario para la legislación arbitral y su modificación constituye un beneficio para los futuros arbitrajes en Bolivia.

⁸ El retiro del artículo 97 de la Ley 1770 constituye una de las recomendaciones propuestas en la tesis de grado del autor para frenar la excesiva intromisión judicial en los procesos arbitrales.

⁹ HADERSPOCK GUTIERREZ Brian, Análisis del Sistema de Control Judicial sobre el Arbitraje en la Ley No. 1770, Tesis de Grado, UPSA, 2007, pp. 124-158.

Bibliografía

- CAIVANO Roque, **Arbitraje**, 2ª Edición, Ed. Ad-Hoc, 2000, p. Buenos Aires, p.47.
- GIL ECHEVERRI Jorge Hernán, **Nuevo Régimen de Arbitramento**, Editorial Cámara de Comercio de Bogotá, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 3.
- LORCA NAVARRETE Antonio María, **Derecho de Arbitraje Interno e Internacional**, Ed. Techno, Madrid-España, 1989.
- SCHUBERT A. Frank, **Introduction to Law and the Legal System**, Ed. Houghton Mifflin, 8th edition, 2004, Boston-USA, p.685.
- TESIS DE GRADO, “**Análisis del Sistema de Control Judicial sobre el Arbitraje en la Ley 1770**”, Brian Haderspock Gutiérrez, U.P.S.A. 2007.
- www.servilex.com.pe MORENO BALDIVIESO Ramiro, **Medios Alternativos de Solución de Controversias**; MARCHESINI Gualtiero Martín **Arbitraje y Recurso Extraordinario**; MARCHESINI Gualtiero Martín, **Los medios de prueba en el arbitraje comercial y sus contingencias**; MARCHESINI Gualtiero Martín **Recurso de Casación en el Arbitraje**; CUEVAS MORALES Carlos **¿puede cuestionarse un laudo arbitral vía acción de amparo?**; BELANDRO SANTOS Rubén, **III Congreso Internacional de Arbitragem Comercial: Una nueva actitud de los Estados Latinoamericanos hacia el Arbitraje, 2003**; PÉREZ ROSAS Juan José **Poder Judicial y Arbitraje**; CANTUARIAS Fernando, **Razones por las cuales el arbitraje es inevitable**; GAMBOA Nicolás, **Asistencia Judicial en tribunales Arbitrales**; BRITTON Erick, **El rol del órgano judicial en los procesos arbitrales**
- www.aryme.com Brian HADERSPOCK GUTIERREZ **La Intervención Judicial en el Arbitraje según la Ley 1770**; Claudia Silva OROPEZA **Poder Judicial y Métodos Alternativos de Justicia**; Alberto Erubem MOLERO RENTERIA **¿Lo anulamos o no lo anulamos? Reflexiones acerca de la anulación de un laudo parcial**; Iago Pasaro Méndez **El Arbitraje en España. Un futuro alentador.**
- www.tribunalconstitucional.gov.bo