

El Arbitraje: *aspectos generales*

Brian Haderspock Gutierrez¹

¹ 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. Postítulo en Contratos Comerciales en el ámbito internacional. Miembro del Club Español del Arbitraje. Ejercicio de la profesión en el estudio jurídico Moreno-Baldivieso Abogados.

El Arbitraje: Aspectos Generales

Indice

Abstracto

Introducción

1. Naturaleza Jurídica del Arbitraje

- a. Teoría Contractualista
- b. Teoría Jurisdiccional
- c. Teoría Ecléctica
- d. Teoría Autónoma

1.2. Nuestra posición sobre la Naturaleza Jurídica en Bolivia

2. Principios del Arbitraje

3. Ventajas del Arbitraje

4. Materia Arbitrable

5. Concepto de Arbitraje

6. Tipología del Arbitraje

- a. Según los principios
- b. Por su origen
- c. Según la fuente
- d. Según el ámbito territorial
- e. De acuerdo con la forma de funcionamiento
- f. Desde el punto de vista de las reglas procesales
- g. Por los intereses objeto de la controversia
- h. Por la tecnología utilizada

7. Arbitraje Nacional y Arbitraje Internacional: *diferencias*

8. Arbitraje Comercial Internacional y Arbitraje Internacional: *¿son sinónimos?*

Bibliografía

El Arbitraje: *Aspectos Generales*

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* ingles².

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

² "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.

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.

Por lo expuesto anteriormente vemos la importancia que tiene esta institución llamada arbitraje en las sociedades hoy en día. A continuación expondré dos puntos importantes que darán una mejor explicación y conceptualización del arbitraje, como también llegare a explicar sus orígenes y naturaleza jurídica de esta extraordinaria institución.

1. Naturaleza Jurídica del Arbitraje

La naturaleza del arbitraje es controversial, debido a que no se puede situar específicamente en la tradicional división del derecho positivo, ya sea público o privado, por lo que su naturaleza atiende a diversas teorías.

La discusión conceptual sobre la naturaleza jurídica del arbitraje en la doctrina está marcada por tres corrientes:

a) Teoría Contractualista o Privatista Pura

La tesis contractualista es seguida por Merlin, Fuzier-Herman, Giovenda, Weiss, Brachet, Guasp, Herze y Ogayar entre otros.³

La teoría contractualista establece que el arbitraje consiste en un contrato basado en la voluntad de las partes, que delegan el arreglo de sus diferencias en un tercero neutral, árbitro. En ese sentido, el arbitraje tiene carácter contractual y, por tanto, privado.

³ MONROY CABRA Marco Gerardo, **Arbitraje Comercial** Editorial Temis, Bogota-Colombia, 1982 p. 6

Este principio contractual del pacto arbitral considera al árbitro como mandatario de las partes, donde el laudo arbitral que dicte no tiene carácter de sentencia, puesto que, viene a ser una simple ejecución del mandato por el compromisario.

Chiovenda y Betti⁴ afirman que los árbitros no ejercen funciones jurisdiccionales, entendiéndose por tales, la aptitud de juzgar y hacer justicia, por lo tanto, el laudo, aunque se asimile a sentencia, no es su equivalente.

Esta teoría parte de la premisa que la función jurisdiccional es considerada como propia de la esencia de la autoridad y el poder estatal, como una de las manifestaciones de los magistrados.⁵

Por lo expuesto anteriormente podemos llegar a la conclusión de que esta primera tesis sostiene que el árbitro no es juez ni forma parte de la jurisdicción y tampoco está facultado para ejecutar sus propias decisiones.

También podemos rescatar que el arbitraje contiene un doble convenio:

- Un contrato de compromiso, donde las partes deciden someterse al futuro laudo que se dicte. Podríamos considerarlo un compromiso de buena fe.
- Un contrato de mandato, donde al árbitro se le obliga a resolver bien con arreglo a derecho o bien con arreglo a equidad.

b) Teoría Jurisdiccional o Publicista Pura

Según esta corriente, el arbitraje es una institución de índole procesal, por lo tanto de orden público. Tiene carácter de juicio, por lo tanto el árbitro cumple

⁴ GIL ECHEVERRI Jorge Hernan, **Nuevo Régimen de Arbitramento**, Editorial Cámara de Comercio de Bogota, Santa Fe de Bogota, 1999, p. 24.

⁵ CAIVANO J. Roque, **Arbitraje**, Editorial Ad Hoc, segunda edición, Buenos Aires, 2000, p. 91.

la función de juez y su laudo se equipara a la sentencia, por ende tiene naturaleza jurisdiccional.

Podemos señalar entonces, que bajo este principio, se sostiene que la función jurisdiccional otorgada a los tribunales estatales instituido por ley, es ejercida de forma excepcional y temporal por los jueces privados que son los árbitros.

Laurent, Glasson, Tissiel, Morel, entre otros justifican esta posición cuando advierten que *“si bien es cierto que el arbitraje deriva su poder del compromiso de las partes en lo que pudiera asimilarse al mandatario, sin embargo desempeña su función como juez, y como tal, es independiente y autónomo. Solo tiene en cuenta los intereses de la justicia y dicta su fallo en derecho o en equidad; y, sin otras consideraciones que su conciencia y la ley, desempeñan en tal carácter su función jurisdiccional, lo cual da lugar a que las resoluciones tengan el carácter de verdaderas sentencias”*.⁶

Autores como Fenech, Alcalá Zamora, Carreras, Serra y Montes argumentan que la decisión arbitral ostenta todas las notas esenciales de la cosa juzgada, obligatoriedad, ejecutoriedad, imperatividad y que además la excepción procesal para hacerla valer es la de cosa juzgada, además aluden que los árbitros gozan de *“autoritas”* no de *“potestas”*.⁷

Para concluir diremos que el arbitraje para la tesis jurisdiccional no es en sentido estricto un juicio sino que es un proceso que se equipara al juicio ya que el árbitro cumple la función de juez al decir el derecho (*ius decire*), y por tanto ejerce una función jurisdiccional, función que tiene similares características a la de los órganos jurisdiccionales estatales.

⁶ MONROY CABRA Marco Gerardo, **Arbitraje Comer...**ob. cit., p. 6.

⁷ www.pablomendietapazs.blogspot.com

c) Teoría Ecléctica o Mixta

La tesis mixta es defendida por Carnelutti y Prieto Castro. Según Carnelutti el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional” ya que a través de él se pueden obtener los mismos objetivos que por la jurisdicción civil.

Dalloz y Mongalvy a su vez definen el arbitraje como jurisdicción y califican a los árbitros de jueces.⁸

Para la Dra. María de los Ángeles Nahid Cuomo⁹, la teoría mixta o también llamada conciliadora considera el arbitraje como una institución *sui generis*, de naturaleza mixta o híbrida, en la que conviven, como un todo indisoluble, el origen contractual del mismo y la teología jurisdiccional que explica su aparición, institución contractual por su origen, procesal por sus efectos.

Por lo expuesto anteriormente diremos que para la tesis mixta el arbitraje y los actos que lo rodean son un verdadero proceso, ya que se trata de una contienda entre partes sometidas a la resolución de un tribunal, pero también tiene un origen contractual dado que las partes suscriben un convenio donde manifiestan su renuncia a someter un conflicto surgido o por surgir ante los tribunales ordinarios, y por tanto someterla a la decisión de un tribunal creado por la institución jurídica del arbitraje.

d) Teoría Autónoma

Para el autor peruano Ulises Montoya, existiría una cuarta teoría que la desarrollo la autora francesa Madame Rubellin Deviche, y que la denomina la Teoría Autónoma, por la cual el arbitraje es autónomo por el uso y su propósito, por lo que no puede ser considerado como contractual,

⁸ MONROY CABRA Marco Gerardo, **Arbitraje Comer...**ob. cit., p. 7.

⁹ CUOMO Maria de los Ángeles Nahid, **Apuntes de Derecho Internacional Privado**, de la Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra (U.P.S.A.), Santa Cruz-Bolivia, 2005, (*mimeo*).

jurisdiccional y menos mixto por no estar de acuerdo con la realidad, pues al arbitraje hay que mirarlo *per se*, es decir cómo es, en qué consiste, la forma y modo como funciona, las leyes que se han dictado para ayudar y facilitar su desenvolvimiento.¹⁰

Caivano establece que esta cuarta teoría, denominada autónoma, observa el arbitraje desde una óptica diferente admitiendo que ninguna de las tres anteriores brinda una explicación satisfactoria al problema, capaz de aprehenderlo con carácter universal; sostiene que en definitiva, la naturaleza depende en gran medida del sistema legal bajo el que se analiza la cuestión.¹¹

1.2. Nuestra posición sobre la naturaleza jurídica del arbitraje en Bolivia

Después de haber examinado las distintas teorías que la doctrina observa y la interrelación entre ellas, se puede afirmar que el arbitraje en la legislación boliviana se funda en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes para resolver las controversias o diferencias que surgen o pueden surgir de las relaciones comerciales, por tanto podemos rescatar su carácter contractual y privada. Por otro lado, una vez suscrito el convenio entre las partes y surgida la contienda, entran en un verdadero proceso jurisdiccional, ya que tal contienda es resuelta por un tribunal arbitral, que va a "decir el derecho" de manera obligatoria para las partes, siendo el laudo el equivalente a una sentencia, y por ende, ejecutable.¹²

¹⁰ MORENO BALDIVIESO Ramiro, **El Arbitraje Comercial en Bolivia**, La Paz-Bolivia, año 2000, p.12.

¹¹ CAIVANO J. Roque, **Arbitraje**, 2da Edición, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 92.

¹² LEY DE ARBITRAJE Y CONCILIACION, Ley No. 1770, en su artículo 60 inciso II "*El laudo ejecutoriado tendrá valor de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y será de obligatorio e inexcusable cumplimiento desde la notificación a las partes con la resolución que así lo declare*".

Por lo expuesto anteriormente podemos afirmar que en Bolivia el arbitraje goza de una naturaleza jurídica mixta, sin embargo, nuestra Ley de Arbitraje y Conciliación, Ley No. 1770, establece, irónicamente, que la naturaleza jurídica del arbitraje en Bolivia es contractual. Discrepamos con dichas afirmaciones por las consecuencias que pudiera traer, a nuestro entender si bien el arbitraje es contractual por su origen, debe ser a la vez jurisdiccional para que el laudo arbitral pueda ser eficazmente cumplido, de lo contrario sería un simple mandato que no puede ser impuesta por la fuerza mediante una ejecución forzosa.

A pesar de todo ello, el Dr. Rodríguez Mendoza dio a conocer una nueva tendencia sobre la clasificación de la naturaleza jurídica del arbitraje y manifestó que las tres o cuatro teorías que han sido debatidos por mucho tiempo ya no se aplican. El jurista boliviano asevera que la naturaleza del arbitraje es justamente “el arbitraje”, señala que nace de la libertad (autonomía de la voluntad).¹³

2. Principios del Arbitraje

La institución del arbitraje lleva consigo ocho principios fundamentales a través de los cuales la institución arbitral ha ido destacándose como método alternativo de solución de conflictos en el mundo litigante ganando preferencia sobre los procesos judiciales ordinarios. Es a través de estos principios que llegaremos a distinguir al arbitraje de los demás sistemas ordinarios estatales.

La Ley de Arbitraje y Conciliación, Ley No. 1770, cita en su artículo segundo los principios que regirán al arbitraje y la conciliación.¹⁴

i) Principio de Libertad

¹³ **El Procedimiento Arbitral**, ponencia preparada por el Dr. Fernando Rodríguez Mendoza para el Primer Ciclo de Conferencias de Arbitraje Comercial, organizado por la CAINCO y la UPSA, noviembre 2008.

¹⁴ LEY DE ARBITRAJE Y CONCILIACION, Ley No. 1770, artículo 2 “**PRINCIPIOS**”

El pilar fundamental de la institución arbitral es el principio de la voluntad de partes. El principio de libertad implica el *“reconocimiento de facultades potestativas a las partes para adoptar medios alternativos al proceso judicial para la resolución de sus controversias.”*¹⁵ Las partes tienen la libertad, de común acuerdo, a través del pacto arbitral suscrito entre ellas, someter sus litigios presentes o futuros al arbitraje.

A diferencia del proceso ordinario, las partes tienen la libertad de escoger cierta forma de sus propios jueces, bajo criterios de fiabilidad, en contraposición al esquema de obligatoriedad de la esfera judicial. Las partes también pueden acordar el procedimiento arbitral que será aplicado por los árbitros durante el proceso. En los arbitrajes internacionales las partes pueden decidir la sede, el idioma, entre otras cosas, libremente, pero siempre de mutuo acuerdo.

Por medio de la justicia arbitral pueden resolverse todo tipo de conflictos, es universal, con la condición de que estos sean transigibles. Lo anterior indica que, perfectamente, un tribunal de arbitramento puede conocer y decidir lo referente a controversias que, de ser sometidas a la justicia ordinaria, desencadenarían un proceso ordinario, abreviado, verbal o especial, pues todos ellos son fácilmente sustituibles por el proceso arbitral.

ii) **Principio de Flexibilidad**

Tanto el proceso como el procedimiento arbitral se caracterizan por ser irrituales, en el sentido que puedan adaptarse de acuerdo a las necesidades de las partes.

¹⁵ RODRIGUEZ MENDOZA Fernando, **Procedimiento Arbitral**, Primera Edición, Editorial El País, Santa Cruz-Bolivia, 2004, p.

Las normas procesales que rigen el arbitraje tienen mayor funcionalidad y flexibilidad que las que se aplican en los procesos ante la justicia ordinaria, caracterizados por su lentitud y formalismo. Este informalismo y simplicidad permite mayor eficiencia, celeridad y adecuación a los casos concretos.

iii) Principio de Privacidad

A través del arbitraje se resuelven litigios de carácter privado, y la relación entre las partes y los árbitros es también privada, por lo tanto, el proceso arbitral y la decisión final de los árbitros se mantiene en reserva entre las partes y el tribunal arbitral.

Implica la obligación, tanto de los árbitros como de las partes, de mantener la necesaria reserva y confidencialidad de todo lo llevado a cabo en el proceso arbitral. Ofrece privacidad para las partes, ya que no implica el cumplimiento de requisitos de publicidad propios de los procesos judiciales. Esto permite que el buen nombre de las partes intervinientes no se vea afectado por el hecho del litigio, lo que no acontece en la justicia ordinaria, especialmente cuando las partes son muy conocidas. Este principio es muy importante para las empresas comerciales en el sentido de que, en un juicio ordinario, como es público, puede llegar a dañar la imagen o reputación, perjudicando a la empresa, es por ello que las empresas prefieren acudir al arbitraje por ser más reservado, no permitiendo la divulgación del litigio al público.

iv) Principio de Idoneidad

Aparte de poder elegir el número de árbitros, que necesariamente deberá ser un número impar, las partes pueden tomar en cuenta los

conocimientos de los árbitros en la materia objeto de arbitraje para recibir un mejor juicio por parte de los árbitros, o sea, las partes al designar al arbitro o tribunal arbitral encargados de llevar adelante el proceso arbitral, se fijaran en los conocimientos de ellas sobre la materia en contienda para que de ese modo tengan la confianza de que los árbitros elegidos son los mas calificados para dirimir la contienda.

Al momento de elegir el o los árbitros, que necesariamente deberá ser un numero impar, las partes pueden tomar en cuenta los conocimientos de los árbitros en la materia objeto de arbitraje para recibir un mejor juicio por parte de los árbitros, asegurando la calidad del fallo, o sea, las partes al designar al arbitro o tribunal arbitral encargados de llevar adelante el proceso arbitral, se fijaran en los conocimientos de ellas sobre la materia en contienda para que de ese modo tengan la confianza de que los árbitros elegidos son los mas expertos y calificados para dirimir la contienda, conocimientos técnicos y especializados de los que usualmente carecen los jueces, por tanto, el fallo de un arbitro idóneo equivale por lo general a un laudo justo, y equitativo.

En cuanto a los efectos del fallo arbitral, los laudos arbitrales producen los mismos efectos que las sentencias proferidas por los jueces de la Republica, con la ventaja de que no están sometidos a apelación y casación. El laudo adquiere por tanto el valor de cosa juzgada.

v) **Principio de Celeridad**

Consiste en la continuidad de los procedimientos para la solución de las controversias de manera ininterrumpida, sin trabas ni más dilaciones que acostumbramos presenciar en los juicios ordinarios.

Una vez aceptado el cargo por los árbitros, o desde el día de la última sustitución, los árbitros tienen 180 días para dictar el laudo, prorrogable por 60 días más, y en el transcurso de ese tiempo no se admitirá recurso alguno, durante el proceso, que atrase, haciendo más lento el proceso arbitral.

El arbitraje es una opción rápida para resolver cualquier conflicto de intereses, si se tiene cuenta que el término para producir el fallo es el que las partes prevean; subsidiariamente, el término será el que establezca la ley de arbitraje y conciliación (180 días) prorrogable por acuerdo de partes por sesenta días más y en el transcurso de ese tiempo no se admitirá recurso alguno, durante el proceso, que atrase, haciendo más lento el proceso arbitral, por ende, garantizando la continuidad en la solución del litigio. Esta ventaja se presenta tanto para asuntos sencillos o complejos, que perfectamente podrían agotar la vida útil de un abogado, como ocurre en algunos procesos ordinarios.

De la celeridad surge la economía del proceso arbitral, si se tiene en cuenta que resulta más oneroso para las partes el transcurso del tiempo que los costos y gastos procesales que se ocasionen con motivo del proceso arbitral. Es decir, generalmente los procesos judiciales ordinarios son menos costosos que los procesos arbitrales, sin embargo, dada la lentitud del juicio ordinario y sus complicaciones que genera en el transcurso del proceso, al final resultan más onerosas para las partes.

vi) Principio de Igualdad

El principio de igualdad pertenece al ámbito del orden público nacional. Esto quiere decir que, ya sea que se someta el pleito a juicio ordinario o a juicio arbitral, la igualdad no puede ser inobservada. Implica dar a cada parte las mismas oportunidades de hacer valer sus derechos, evitando cualquier tipo de parcialidad asegurando por tanto la independencia en el juzgador.

vii) Principio de Audiencia

El principio de audiencia se refiere a la oralidad de los procedimientos alternativos. Es decir, el procedimiento arbitral se caracteriza por ser oral, permitiendo una interacción más directa entre los árbitros y las partes.

viii) Principio de Contradicción

Consiste en dar a cada parte litigante la oportunidad de confrontación entre ellas. Poder negar las afirmaciones de la otra parte, contradecir las alegaciones de manera que ambas partes puedan defenderse en igualdad de condiciones.

Cabe resaltar que los últimos tres principios¹⁶ van ligados, es decir, se aplican de manera conjunta puesto que ambas partes tienen el derecho a la defensa en juicio y a ser oído en audiencia de manera equitativa resguardando la igualdad de partes. Constituyen por tanto principios procesales generales.

¹⁶ Igualdad, Audiencia y Contradicción

3. Ventajas del Arbitraje

Comparado con la justicia que imparten jueces y tribunales estáticos, el arbitraje presenta, sin duda, ventajas que justifican su utilización en alza.¹⁷

Para empezar diremos que el arbitraje tiene como ventaja el proporcionar una justicia rápida en contra de la justicia ordinaria que usualmente es lenta y complicada. Se agrega, además, que los árbitros tienen conocimientos técnicos y especializados de los que usualmente carecen los jueces. Por ultimo, se dice que el proceso arbitral esta animado de principios democráticos, esto por la libertad que tienen las partes de elegir a su propio árbitro y de indicar el procedimiento a seguir.

Sin embargo, no son las únicas ventajas que trae el arbitraje, a continuación cito nueve ventajas, que según el tratadista Jorge Hernán Gil Echeverri¹⁸, son las ventajas que brinda el instituto del arbitraje.

a) Celeridad

El arbitraje es una opción rápida para resolver cualquier conflicto de intereses, si se tiene cuenta que el término para producir el fallo es el que las partes prevean; subsidiariamente, el término será el que establezca la ley de arbitraje. Esta ventaja se presenta tanto para asuntos sencillos o complejos, que perfectamente podrían agotar la vida útil de un abogado, como ocurre en algunos procesos ordinarios o liquidaciones, tramitados ante la justicia ordinaria.

¹⁷ LORCA NAVARRETE Antonio Maria, **Derecho de Arbitraje Interno e Internacional**, Edit. Techno, Madrid-España, 1989, p. 31.

¹⁸ GIL ECHEVERRI Jorge Hernán, **Curso Practico de Arbitraje**, Editorial Librería del Profesional Santa fe de Bogota, 1993, p. 13.

Se puede afirmar que es una de las mejores ventajas que tiene el arbitraje ya que, como ya se dijo en el párrafo anterior, el proceso arbitral no puede durar más del plazo justo, y además, no existe apelación alguna al laudo dictado, esto también ayuda a preservar este principio.

A pesar de la ventaja que implica resolver una contienda en tiempo corto, existen tratadistas que aseguran que en el arbitraje internacional esta ventaja no se aplica estrictamente. Según DeVries *“Las ventajas que se atribuyen al arbitraje domestico (celeridad, economía, informalidad) son reversas en los conflictos internacionales. Los atrasos son mayores dado los problemas del idioma, distancia y dificultad en la comunicación. Los costos son mayores en cuanto a los honorarios de los árbitros, la institución arbitral, abogados extranjeros, los viajes, y por ultimo señala que en el arbitraje internacional, a diferencia del local, encuentra reglas procedimentales muy dispersas y de mucha complejidad.”*¹⁹

b) Economía

De la celeridad surge la economía del proceso arbitral, si se tiene en cuenta que resulta más oneroso para las partes el transcurso del tiempo que los costos y gastos procesales que se ocasionen con motivo del proceso arbitral.

Es decir, generalmente los procesos judiciales ordinarios son menos costosos que los procesos arbitrales, sin embargo, dada la lentitud del juicio ordinario y sus complicaciones que genera en el transcurso del proceso, al final resulta más oneroso para las partes.

c) Universalidad

¹⁹ DEVRIES Henry P., **International Commercial Arbitration: A Transnational view**, Journal of International Arbitration, 1984, p. 9

Por medio de la justicia arbitral pueden resolverse todo tipo de conflictos, con la condición de que estos sean transigibles. Lo anterior indica que, perfectamente, un tribunal de arbitramento puede conocer y decidir lo referente a controversias que, de ser sometidas a la justicia ordinaria, desencadenarían un proceso ordinario, abreviado, verbal o especial, pues todos ellos son fácilmente sustituibles por el proceso arbitral.

Es importante resaltar que el arbitraje solo puede llevarse a cabo cuando el litigio versa sobre materia disponible, y no así sobre normas imperativas que vayan en contra del orden público.

d) Eficacia

Los laudos arbitrales producen los mismos efectos que las sentencias proferidas por los jueces de la República, pero no están sometidos a apelación y casación.

Los laudos adquieren el valor de cosa juzgada y no están sujetas a apelación alguna.

e) Reserva

El desenvolvimiento del proceso arbitral se mantiene dentro de la más estricta reserva. Esto permite que el buen nombre de las partes intervinientes no se vea afectado por el hecho del litigio, lo que no acontece en la justicia ordinaria, especialmente cuando las partes son muy conocidas.

Este principio es muy importante para las empresas comerciales en el sentido de que, en un juicio ordinario, como es público, puede llegar a dañar la imagen o reputación, perjudicando a la empresa, es por ello que las

empresas prefieren acudir al arbitraje por ser más reservado, no permitiendo la divulgación del litigio al público.

La confidencialidad tanto en el ámbito nacional como en los conflictos surgido de los negocios jurídicos (internacional) no implica necesariamente encerrarse entre paredes, sino que, y como señala la Dra. Feldstein de Cárdenas, “la confidencialidad, implica que las partes en ciertas ocasiones, si lo desean, pueden inclinarse como cuando las desavenencias se presentan en el área de la tecnología, de la propiedad intelectual, por resultarles no solamente interesante sino hasta justificado, intentar mediante la recurrencia al arbitraje, proteger los secretos, las formulas, los inventos, los diseños industriales, en suma ciertos conocimientos tecnológicos que pueden percibir como mas vulnerables en otros ámbitos.”²⁰

f) Idoneidad

Con el arbitraje se asegura la calidad del fallo por las especiales calidades morales y profesionales de los árbitros, quienes son expertos en la materia decidida.

Generalmente los árbitros son elegidos dependiendo de la materia en la cual se desenvuelven mejor, donde los árbitros son mas experimentados, y esto asegura la calidad del fallo, situación que no se da con los jueces ordinarios, ya que los jueces ordinarios no llegan a ser expertos en todas las materias.

José Domingo Ray²¹ considera que mediante el arbitraje se puede obtener calidad en el servicio, en razón de que el caso será resuelto por quienes las

²⁰ FELDSTEIN DE CARDENAS Sara L., **Los beneficios del arbitraje comercial internacional**, www.camsantiago.com

²¹ DOMINGO RAY José, **Justicia y Arbitraje**; Conferencia pronunciada en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, el 29 de Junio 1982.

partes o sus abogados consideran que son las personas mas calificadas para ello en función de las características que presente el diferendo.

g) Equidad

Árbitros idóneos producen fallos justos.

Reitero que mientras más experto sea el árbitro en una determinada materia, mejor será el fallo emitido.

h) Inmediación

La interrelación de los árbitros con las partes es permanente, lo que sin duda conduce más fácilmente a la verdad. Los árbitros decretan y practican directamente las pruebas, con la colaboración de las partes y sus apoderados, lo que redundo a favor de la lealtad procesal; por otra parte, los árbitros disponen de ánimo y tiempo suficientes para realizar una valorización probatoria minuciosa y acertada, situación que por causas variadas difiere frente a la justicia ordinaria.

i) Informalidad

Pese a la legalidad del arbitraje, a los árbitros se les reviste de suficiente discrecionalidad para la instrucción del proceso arbitral. Por otra parte, las normas procesales que rigen el arbitraje tienen mayor funcionalidad y flexibilidad que las que se aplican en los procesos ante la justicia ordinaria.

Las ventajas descritas anteriormente se aplican tanto al arbitraje local como al internacional, sin embargo, en el ámbito internacional cabe mencionar otra ventaja importante que implica el acudir al arbitraje en la esfera internacional.

i. La Neutralidad

Cuando hablamos de neutralidad, estamos hablando del foro arbitral, es decir, una de las grandes ventajas del arbitraje internacional es la posibilidad que tienen las partes contendientes de elegir un foro neutral para la resolución de la controversia.

De esta manera evitan el sometimiento al foro local de la otra parte, que desde luego implica una desventaja, dado que la otra parte puede estar en grados de desequilibrio, parcialidad y sentirse inseguros por la desconfianza que tienen hacia los jueces-arbitros locales, por ello es que para lograr mantener la equidad, imparcialidad y abordaje del proceso arbitral, resulta óptimo determinar un foro neutral.

ii. Elección del Derecho adjetivo y sustantivo

En el arbitraje, a diferencia de los conflictos resueltos por el derecho internacional privado (ante jueces ordinarios del Poder Judicial), existe la libertad de elección del procedimiento arbitral, es decir, las partes pueden determinar las reglas procedimentales preexistentes de alguna institución administradora (arbitraje institucional) o crear ellos mismos el procedimiento (arbitraje ad hoc) a través de la cuales será conducido el desarrollo del proceso arbitral.

Por otro lado, las partes están en plena libertad de elegir el derecho que regirá el fondo de la controversia, en otras palabras, las partes tiene la posibilidad de preseleccionar la Ley llamada a regular sus pretensiones. Con esto las partes conocerán de antemano el régimen jurídico al que están sujetas sus negociaciones internacionales.

Cabe recalcar la importancia de determinar a priori la ley adjetiva y la ley sustantiva, dado que una vez surgido la disputa, se tronara mas difícil ponerse de acuerdo, y por lo general, cuando se trata de la ley de fondo, existe la tendencia en los arbitrajes internacionales de laudar tomando en cuenta los usos y costumbre, o sea, el *ius mercatorum*. Sin embargo esto puede atraer complicaciones a la hora de ejecutar el laudo arbitral, dado que, y como señala Feldstein, “la parte que ha perdido el litigio cuestionara ante los tribunales estatales el laudo dictado”²², aquel dilema se puede apreciar en diversos laudos internacionales ya que la parte perdidosa supuestamente desconoce la Ley Mercantil.

4. Materia Arbitrable

Prácticamente todos los conflictos pueden ser sometidos al arbitraje, sin embargo, el Estado, a través de la legislación establece las materias o los conflictos que quedan excluidos de este procedimiento.²³

Como regla general, el arbitraje ha de recaer sobre cuestiones litigiosas que se hallen dentro de la esfera de la libre disposición de los sujetos interesados en el mismo y que por lo tanto no afectan al orden publico. Pueden someterse a arbitraje todas las cuestiones que pueden ser objeto de transacción.

El tratadista Lorca Navarrete²⁴ caracteriza al objeto sobre el que recae el arbitraje con las siguientes notas: le da su carácter potestativo; el que recae sobre cuestiones litigiosas ya sean presentes o futuras, y que; la materia ha de

²² FELDSTEIN DE CARDENAS Sara Lidia, **Los beneficios en el arb...**

²³ FERNANDEZ ROZAS José Carlos, ARENAS GARCIA Rafael, DE MIGUEL ASENSIO Pedro Alberto, **Derecho de los Negocios Internacionales**, Madrid, Primera Edición, 2007, Editorial Iustel, p. 628

²⁴ LORCA NAVARRETE Antonio Maria, **Derecho de Arbitraje...**ob. cit., p.24.

ser de las que puedan disponer los interesados en el arbitraje conforme el Derecho.

Nuestra Ley de Conciliación y Arbitraje boliviana, en su artículo tercero establece lo siguiente: “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 este, extinguiéndolo o evitando el que podría promoverse”.

Sabemos que la decisión final de un procedimiento arbitral, solo daña o produce efectos para las partes litigantes.

Al hablar de materia arbitrable, estamos refiriéndonos a las materias que se encuentran dentro de la libre disposición de las partes, ya sean contractuales o extracontractuales de naturaleza privada, fuera del orden público.

Lo que se busca proteger es al Orden Público Nacional, es decir, los principios fundamentales sobre los cuales se apoya un Estado para el desarrollo de su Ordenamiento Estatal.

Por tal motivo, las partes no pueden versar sobre normas imperativas, por ser estas exclusivamente del Estado Nacional.

Sara Feldstein y Hebe Leonardi²⁵ establecen que no pueden ser materia arbitrable las cuestiones que versen sobre el estado civil, y capacidad de las persona; las referidas a la validez o nulidad de matrimonio a no ser que la transacción sea favorable del matrimonio; las cosas que están fuera del

²⁵ FELDSTEIN DE CARDENAS Sara Lidia y LEONARDI DE HERBON Hebe Mabel, **El Arbitraje**...ob. cit., p. 16.

comercio y los derechos que no son susceptibles de ser materia de una convención; no se puede transigir sobre contestaciones relativas a la patria potestad, o a la autoridad del marido, ni sobre el propio estado de la familia, ni sobre el derecho a reclamar el estado que corresponda a las personas, sea por filiación natural o filiación legítima.

En la Ley 1770, Ley de Conciliación y Arbitraje boliviano, su artículo sexto²⁶ hace referencia a las materias excluidas del arbitraje.²⁷

5. Concepto de Arbitraje

Se debe tomar en cuenta las diversas conceptualizaciones que sostienen distintos autores, para que así podamos llegar a definir de una forma completa y precisa al arbitraje.

Antes de entrar a los diversos conceptos que tiene el arbitraje debemos mencionar la etimología de la palabra arbitraje. El 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 Navarrete²⁸, 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

²⁶ Ley no.1770, Ley de Conciliación y Arbitraje, art. 6 (Materias Excluidas del Arbitraje)

²⁷ No podrán ser objeto de arbitraje: I. Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución. II. Las cuestiones que versen sobre el estado civil y la capacidad de las personas III. Las cuestiones referidas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial. IV. Las cuestiones concernientes a las funciones del Estado como persona de derecho público.

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.

²⁸ www.pablomendietapazs.blogspot.com

cuando, previo convenio, se obliguen a nombrar y aceptar la resolución de uno o varios árbitros.

Para Caivano²⁹, 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.

El arbitraje es un método de solución de controversias mediante el cual, en ciertas ocasiones, la ley permite a las partes sustraerse de la intervención de los órganos judiciales estatales.³⁰

El jurista peruano Fernando Vidal Ramírez³¹ expone que el arbitraje tiene como supuesto un conflicto ínter subjetivo de intereses que resulta de una pretensión a la que se le opone rechazo. Así planteado el conflicto se hace necesario solucionarlo y para esta solución el Estado otorga directamente la tutela jurisdiccional o la delega, a fin de que las mismas partes del conflicto nominen al árbitro o árbitros a los que confieren la facultad de dirimir la controversia. De este modo, el arbitraje se constituye en un medio de solución de conflictos alternativo al Poder Judicial y con características muy propias y diferenciales de otros medios de solución.

Debemos recalcar, de lo expuesto anteriormente, para el Dr. Fernando Vidal, el arbitraje es un medio de solución de conflictos alternativo al Poder Judicial, es decir, alternativa a los tribunales ordinarios de justicia, en cambio, el jurista boliviano Fernando Rodríguez Mendoza³² es contradictorio en ese aspecto, el establece que la figura jurídica del arbitraje no debe concebirse como una

²⁹ SALAZAR PAREDES Fernando, **Derecho Internacional Privado Boliviano, Editores Plural/CERID, La Paz-Bolivia, 2004** p.546.

³⁰ FELDSTEIN DE CARDENAS Sara Lidia y LEONARDI DE HERBON Hebe Mabel, **El Arbitraje**...ob.cit., p.12.

³¹ VIDAL RAMIREZ FERNANDO, www.amcham.org.pe

³² RODRÍGUEZ MENDOZA Fernando, **Procedimiento Arb...** ob. cit., p.18.

alternativa a la justicia ordinaria, porque justicia no hay mas que una, sino como un mecanismo que viene a complementarla o incluso a facilitarla.

El arbitraje es un procedimiento jurisdiccional sui generis, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se defiende 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.³³

El tratadista Patricio Aylwin Azocar³⁴ define el arbitraje como “aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones”.

Para dar un último concepto, debo citar a la Dra. Maria de los Ángeles Nahid Cuomo³⁵, quien considera que “el arbitraje es un medio de resolver conflictos o, como preferimos decir, de administrar justicia, elegido por las partes de una controversia actual o eventual, en relación a derechos disponibles, mediante una o más personas imparciales, privadas, quienes dictarán un laudo obligatorio para ellas”.

El arbitraje³⁶, como uno de los medios privados de solucionar conflictos entre partes, es el que más se ha desarrollado, en especial en el campo comercial; no así en otras materias como la penal, porque el principal obstáculo es el carácter moral, el objeto social de la materia, o sea, en otras materia como la penal, no

³³ GIL ECHEVERRI Jorge Hernán, **Nuevo Régimen de Arbi...** ob. cit., p. 3.

³⁴ MONROY CABRO Marco Gerardo, **Arbitraje Comer...** ob.cit., p.3.

³⁵ CUOMO Maria de los Ángeles Nahid, Investigación Jurídica, **La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Boliviano en materia de Arbitraje**, Revista Docente, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.P.S.A., año V, No.5, mayo 2005, , p. 115

³⁶ SALAZAR PAREDES Fernando, **Derecho Internacional Pri...**ob.cit., p. .545.

se puede dejar al campo privado la regulación del procedimiento penal, la pena y su sanción; son actos de autoridad que solo corresponde al Estado.

Con los diversos conceptos, de distintos autores, expuestos, y con todos los elementos extraídos, nos animamos a destacar los elementos o características más esenciales 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.
- El objeto del conflicto debe ser transable, no afectar más que al titular.
- Los árbitros tienen la facultad de juzgar, fijando los derechos y deberes de las partes, aunque no de hacer ejecutar lo juzgado, 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.

6. Tipología del Arbitraje

El arbitraje, recibe varias denominaciones y se clasifica de distintas maneras, teniendo en cuenta factores que están relacionados con una serie de características que presenta, a continuación expondremos cada una de ellas.

a) Por la Naturaleza del Arbitraje o según los Principios

De acuerdo con los principios en que se fundamentan los árbitros para proferir su decisión, el arbitraje puede ser:

a.1. En Derecho

También denominado Arbitraje *luris*, es aquel en el cual los árbitros deben fundamentar su laudo teniendo en cuenta las normas sustantivas vigentes y la tarifa legal probatoria.³⁷

La controversia se resuelve aplicando un Sistema Jurídico previsto por las partes en el acuerdo arbitral, sin embargo, en la actualidad se puede apreciar una tendencia a aplicar la *lex mercatoria* para resolver litigios de derecho mercantil internacional.

En esta clase de arbitraje, para empezar, los árbitros deberán necesariamente ser abogados de profesión. La decisión final que tomen los árbitros deberán fundamentarse tomando en cuenta las normas vigentes, es decir, los árbitros toman en cuenta las normas sustantivas vigentes y las reglas del derecho probatorio al momento de dictar el laudo. En este caso el laudo debe ser motivado y fundamentado.

³⁷ GIL ECHEVERRI Jorge Hernan, **Curso practico de Arbi...**ob. cit., p. 11.

La característica obligatoria de los árbitros que necesariamente deben ser abogados de profesión se aplica únicamente en el arbitraje nacional, ya que, en el arbitraje internacional las partes pueden determinar libremente la sede arbitral y a su vez elegir árbitros expertos en determinadas materias no siendo necesaria la calidad de jurista. Por otro lado, los abogados de las partes pueden ser de cualquier nacionalidad y asesorar a las partes en cualquier lugar donde se este llevando a cabo el proceso arbitral, o sea, nos referimos a que un arbitraje llevado a cabo en Canadá con partes de Bolivia y México, las partes pueden ser defendidos por sus abogados personales de sus respectivos países sin que esto los perjudique por no estar (abogados) inscrito en el Bar (colegio de abogados) del país sede del arbitraje.³⁸

a.2. En Equidad o Conciencia

Es aquel arbitraje en el cual los árbitros profieren su fallo sin la sujeción a las reglas del derecho probatorio ni al derecho sustantivo vigente. Aquí los árbitros toman su decisión final de acuerdo a lo que para ellos es justo, según su leal saber y entender, aplicando los principios de la equidad, el sentido común y la verdad sabida y buena Fe guardada. El laudo no es motivado pero si fundamentado o argumentado y los árbitros no tienen que ser necesariamente abogado de profesión sino que esta capacitado para ser árbitro cualquier persona que, al momento de aceptar el cargo, no se encuentra inhabilitada para el ejercicio de sus derechos.

a.3. Técnico

Es aquel en el cual los árbitros pronuncian su fallo con fundamento en especiales conocimientos que deben tener sobre determinada ciencia o

³⁸ *"A party can be represented by counsel not admitted to the Bar of the place of arbitration."* Ver: DEVRIES Henry P., **International Comm...**ob. cit., p. 11

profesión, los que deberán aplicar para resolver un conflicto de índole técnica, cuya solución se les difiere en el pacto arbitral.

Por tanto podemos decir que en el arbitraje técnico, los árbitros no están sujetos al derecho sustantivo ya que su fallo esta sujeta a los conocimientos que tienen en una determinada profesión, arte u oficio.

En relación al procedimiento, este es libre y se somete a los usos y costumbres que al respecto hayan venido imponiéndose.

b) Por su origen

b.1. Voluntario

En el arbitraje voluntario las partes voluntariamente y libremente, suscriben un pacto arbitral con el fin de resolver sus conflictos de intereses presentes o futuros.

Vale decir tiene su origen en el pacto arbitral.

b.2. Forzoso

Se habla de arbitraje forzoso, necesario, obligatorio o legal, cuando en determinadas materias, por disposición de la ley, las partes deben someter las controversias a la jurisdicción arbitral.³⁹

Tiene su origen en la ley, como instancia obligatoria en la solución de conflictos.

³⁹ NOODT TAQUELA Maria Blanca, **El Arbitraje en Argentina**, Montevideo Uruguay, Editorial Astrea, 2000, p.172

Si analizamos el arbitraje forzoso, podemos ver que las partes ya no son quienes deciden, mediante pacto arbitral, solucionar sus diferencias ante terceras personas, sino más bien se encuentran obligadas a someter sus controversias a un proceso arbitral.

Entonces podemos ver que el arbitraje forzoso es contrario al principio de la autonomía de la voluntad de partes.

c) Según la fuente

c.1. Contractual

Es el acuerdo entre dos o más personas que deciden someter sus diferencias ante uno o más terceros.

c.2. Testamentario

Arbitraje instituido por la sola voluntad del testador. Resuelve las controversias que se presentan entre herederos y legatarios.

El arbitraje testamentario no puede ser rechazado por las partes, es decir, las partes (herederos y legatarios) están obligadas a someter cualquier conflicto de índole hereditario a tribunales arbitrales.

Podríamos decir que el arbitraje testamentario viene a ser un arbitraje forzoso.

d) Según el ámbito territorial

d.1. Nacional o doméstico

El arbitraje nacional es aquel que se desarrolla en un país con sujeción a las leyes de ese país, para resolver litigios sobre derechos y obligaciones que producen efectos jurídicos en territorio de ese país. En nuestro caso Bolivia.

Para el Dr. Ramiro Moreno, el arbitraje nacional es aquel celebrado de acuerdo a normas bolivianas, acomodado a la realidad boliviana y destinada a que surta efectos y que tenga eficacia legal en Bolivia.⁴⁰

d.2. Internacional

El arbitraje internacional es aquel que produce efectos en diferentes estados, y se rige de conformidad con el derecho internacional público, cuando las partes son sujetos de ese derecho, o por el derecho internacional privado, del arbitraje comercial internacional, cuando las partes son personas privadas.

A su vez, Moreno Baldivieso advierte que se debe tomar en cuenta varios elementos conformadores de carácter jurídico: el acuerdo celebrado en un Estado distinto al del domicilio de las partes o que el objeto de la controversia se encuentre situado fuera del domicilio de las partes.⁴¹

e) De acuerdo con la forma de funcionamiento u organización del arbitraje

e.1. Arbitraje Ad Hoc o Independiente

En el arbitraje ad hoc, las partes tienen la libertad de estipular el procedimiento a la cual será sometido el desarrollo del proceso arbitral, y por tanto, son las partes quienes van a constituir por ellas solas el tribunal arbitral

⁴⁰ MORENO-BALDIVIESO Ramiro, **El Arbitraje Comercial en Bolivia**, Moreno-Baldivieso Abogados, 2000, p. 31.

⁴¹ Ibidem p. 31.

que solucionara su controversia o en su defecto, pactan la forma de designación por un tercero. Esta clase de arbitraje es fácilmente modulable por las partes.

Las partes podrán redactar su propio reglamento que sustanciara el procedimiento arbitral, sin embargo también están en su derecho de elegir un reglamento de arbitraje modelo, por ejemplo, el reglamento de arbitraje de la CNUDMI, utilizados en los arbitraje ad hoc, y por ultimo pueden las partes adoptar un reglamento de arbitraje de cualquier Cámara o Institución encargado del arbitraje sin que ello sea considerado un arbitraje institucional puesto que las partes únicamente adoptaran el reglamento pero no requerirán de las asistencia o administración de la Institución.

Por otra parte, la intensidad o amplitud del arbitraje independiente podrá ser total o parcial. Total, cuando se señalen en el pacto arbitral la totalidad del procedimiento que deben aplicar los árbitros; parcial, cuando solamente se fijen una o varias reglas de procedimiento.⁴²

En este caso, cuando algunas cuestiones no pueden ser resueltas por las partes, por ejemplo, si no se ponen de acuerdo en la elección de los árbitros, la autoridad competente del lugar del arbitraje resolverá la cuestión, por eso es importante tener en cuenta el lugar del arbitraje cuando la forma de funcionamiento del arbitraje es ad hoc.

“Sin embargo, no puede olvidarse que para maximizar este beneficio, resulta imprescindible contar con la cooperación entre las partes como la de sus asesores. De modo que, acordadas las reglas como lograda la instalación del tribunal arbitral, este tipo de arbitraje puede alcanzar

⁴² GIL ECHEVERRI Jorge Hernán, **Nuevo Rég...** ob. cit., p. 9.

*la fluidez adecuada, constituyéndose en una suerte de traje a medida para quienes lo eligen.*⁴³

De todas maneras es recomendable para las partes redactar la cláusula compromisoria en su totalidad, es decir, de manera completa, clara y precisa, evitando de esa manera complicación una vez surgida la controversia, ya que resultara más difícil que las partes se pongan de acuerdo en las estipulaciones de la cláusula o compromiso arbitral.

e.2. Arbitraje Institucional o Administrado

En el arbitraje institucional las partes deciden sustanciar el proceso arbitral bajo las reglas de procedimiento establecidos por un centro de arbitraje. El proceso arbitral es sometido a un centro especializado que administrara el proceso y proveerá servicios de arbitraje. El Tribunal Arbitral deberá funcionar en ese centro. Es importante señalar que el centro de arbitraje encargado de administrar el proceso, en ningún momento toma conocimiento del fondo de la controversia., es decir, el centro no participa en la decisión final que adopte el Tribunal Arbitral.

No es considerado un arbitraje institucional cuando las partes únicamente recurren a un centro para la conformación del tribunal arbitral, o aquellos eventos en que simplemente se alquilen los servicios de administración del centro, ya que al no acogerse el procedimiento institucional del centro, el arbitraje será ad hoc o legal según el caso. Ahora, en caso de que las partes o un tercero diferente del centro nombran al tribunal arbitral, el arbitraje sigue siendo institucional siempre y cuando se estipuló que se regirá por las reglas del respectivo centro de arbitraje.

⁴³ FELDSTEIN DE CARDENAS Sara Lidia, **Los beneficios del arb...**

Una de las instituciones arbitrales más reconocidas por su destacada labor como institución administrativa de arbitrajes internacionales es la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París-Francia.

f) Desde el punto de vista de las reglas procesales

f.1. Formal o Ritual

En el arbitraje formal, las partes no pueden escoger sus propias reglas procesales, ya que están obligadas, ellas y los árbitros, a sujetarse a las reglas procesales consagradas por el legislador.

Cabe destacar que el arbitraje formal es un tipo de arbitraje legal.

f.2. Informal o Irritual

Cuando hablamos de arbitraje informal, también nos estamos refiriendo al arbitraje ad hoc, porque en ambas, las partes están habilitadas para establecer libremente las reglas aplicables al caso, y los árbitros deben fallar de conformidad con lo previsto en el pacto arbitral.

g) Por los intereses objeto de la controversia

g.1. Arbitraje de Derecho Privado

Es aquel que conoce de controversias que tienen su causa en normas de Derecho Civil o Mercantil.

g.2. Arbitraje de Derecho Público

Aquel en el que al menos una de las partes representa intereses públicos o nacionales que prevalecen en el proceso.

h) Por la tecnología utilizada

h.1. Arbitraje *On-Line*

Es aquel procedimiento que se desarrolla a través de Internet, mediante el uso de plataformas digitales o cibernéticos o por medios telemáticos o similares. En estos casos es imprescindible el uso de la firma electrónica además del certificado digital necesario. Las eventuales audiencias serán virtuales.⁴⁴

h.2. Arbitraje Tradicional

Como su nombre indica, es el arbitraje que existe desde tiempos remotos, llevada a cabo mediante audiencias presenciales en alguna institución y no en plataformas cibernéticas, aunque hoy en día son utilizadas y reconocidas la tecnología que nos brinda el Internet como ser los correos electrónicos, también el facsímil, fax, entre otras, que facilitan la comunicación entre las partes.

7. Arbitraje Nacional y Arbitraje Internacional: *diferencias*

Nuestra legislación boliviana ha logrado promulgar una ley reglamentaria uniforme o unificadora del arbitraje interno y arbitraje internacional tomando como base la Ley Modelo UNCITRAL de 1985. Con esta Norma procesal arbitral estamos logrando evitar una regulación dualista, en otras palabras, estamos unificando los preceptos diferenciados que antes existía entre el arbitraje

⁴⁴ ROCA AYMAR José Luís, **El Arbitraje Comercial Internacional**, ICEX, primera edición, Madrid, 2006, p.34

Nacional y el Internacional, por ende, logrando con ello que el arbitraje nacional y el arbitraje internacional descansen sobre los mismos preceptos.

La Ley No. 1770 establece en su artículo 71 cuándo un arbitraje es Internacional; **Artículo 71 (Caracterización).**- *I. A los efectos de la presente Ley, un arbitraje será de carácter internacional, en los casos siguientes: 1. Cuando al momento de celebrar el convenio arbitral, las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes; 2. Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto de la controversia tenga una relación mas estrecha se encuentra fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos; 3. Cuando las partes hubieren convenido expresamente que la materia arbitrable esta relacionada con mas de un Estado. II. A los efectos de determinar el carácter internacional de un arbitraje, cuando una de las partes tenga más de un establecimiento para el ejercicio de sus actividades principales, se considerará aquel que guarde relación el convenio arbitral. Cuando una parte no tenga ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.*

Sin embargo, a parte de las características que conlleva un arbitraje internacional, el jurista español José Carlos Fernández Rozas⁴⁵ añade también que para determinar si un arbitraje es internacional, basta simplemente con que el negocio del que la controversia deriva implique desplazamiento de bienes, servicios o pagos a través de las fronteras.

Cabe destacar ciertas ventajas del arbitraje internacional con el nacional. Para empezar, las normas internacionales son más liberales y evitan la interferencia judicial para cada cuestión como sucede en el arbitraje local. Por ejemplo, existe lo que se denomina entidad nominadora, que puede ser cualquier centro o corte de arbitraje, elegido por las partes para resolver cuestiones sobre el

⁴⁵ FERNANDEZ ROZAS José Carlos, ARENAS GARCIA Rafael, DE MIGUEL ASENSIO Pedro Alberto, **Derecho de los Negocios Inter...**ob. cit., p. 631

nombramiento de árbitros o también para resolver el incidente de recusación del árbitro, que desde luego es definitiva, salvo el arbitraje ad hoc unipersonal.⁴⁶

En el arbitraje comercial internacional, se debe tener muy en cuenta el lugar de ejecución forzosa del laudo extranjero, es decir, al pactar un acuerdo arbitral, uno debe tomar en cuenta el lugar o sede, y demás Estados que estén vinculados con el contrato internacional, puesto que a la hora de surgir un conflicto las partes deben tener la seguridad de que la sentencia arbitral pueda ser ejecutado eficazmente y sin dilaciones y demás trabas, por eso es que los asesores de las partes deben verificar la suscripción y entrada en vigor de los tratados internacionales como ser la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros o la Convención de Panamá sobre arbitraje comercial internacional, con esto las partes tiene la obtienen una certeza jurídica de que sus pretensiones serán satisfechas y no quedaran como simple declaración de derechos por los árbitros.

“The effectiveness of arbitration in providing a final and binding resolution of international commercial disputes depends upon a legal framework for court enforcement if a party defaults.”⁴⁷

Todo laudo extranjero que pretenda ser reconocido y/o ejecutado en otros Estado deberá pasar por un proceso de homologación denominado exequátur. No es requisito indispensable que el laudo que se pretenda su reconocimiento y ejecución haya sido admitido por el Estado donde fue dictado el laudo arbitral, es

⁴⁶ Fernando Cantuarias afirma que según la legislación arbitral peruana, la institución administradora esta facultada para resolver la recusación de manera definitiva, en los arbitraje ad hoc, de tres árbitros, la recusación es resuelta por el mismo tribunal arbitral, solamente en un arbitraje ad hoc unipersonal deberá interferir el poder judicial. Ver: CANTUARIAS SALAVERRY Fernando, **¿Cuándo estamos ante un arbitraje nacional o internacional conforme a la LGA?**, Revista Peruana de Arbitraje, ED. Grijley, I-2005, p. 210

⁴⁷ DEVRIES Henry P., **International Comm...**ob. cit., p. 10

decir, si un laudo arbitral es anulado por un Estado, no impide su reconocimiento y ejecución en un tercer Estado.⁴⁸

8. Arbitraje Comercial Internacional y Arbitraje Internacional: ¿son sinónimos?

En un principio, el arbitraje internacional se distinguía con el arbitraje comercial internacional, en cuanto el primero se aplicaba a las controversias surgidas entre Estados u Organizaciones Gubernamentales, por otro lado, el arbitraje comercial internacional era utilizada únicamente como método de solución de controversias entre personas físicas o jurídicas, dentro del ámbito del Derecho Internacional Privado.

Sin embargo, y según lo establecido por Jordi Sellares, *“en el fondo, el arbitraje internacional es uno, y no importa si lo adjetivamos como comercial o no.”*⁴⁹ En ese sentido, entendemos que el arbitraje dejara de ser nacional cuando al momento de surgir un conflicto, a parte de la existencia de un convenio arbitral⁵⁰, existan elementos extranjeros que lo someten al ámbito internacional, ya sea, al Derecho Internacional Privado cuando se trate de personas físicas o jurídicas de derecho privado o al Derecho Internacional Público cuando estamos ante conflictos inter estatales.

Desafortunadamente la Ley Modelo no define lo que se debe entender por comercial, y esto ha generado que cada Estado lo define a su manera. No

⁴⁸ “La moderna practica del derecho arbitral admite la posibilidad de laudos anulados en el país donde se dictaron que puedan ser, sin embargo, reconocidos y ejecutados por tribunales estatales de otro país extranjero.” Ver: ROCA AYMAR José Luis, **El Arbitraje C...**ob. Cit., p. 187

⁴⁹ SELLARES CERRA Jordi, **Es el arbitraje comercial internacional tan distinto del arbitraje internacional?** Anuario de Justicia Alternativa, No. 3, 2002, www.vlex.com.

⁵⁰ En el arbitraje privado los sujetos de derecho privado deben pactar antes o una vez surgida la contienda el convenio arbitral, por otro lado, cuando surgen conflictos a nivel Estatal, los Estados se someterán al arbitraje internacional siempre y cuando exista algún convenio o tratado suscrito entre ellos, de lo contrario deberán someterse a los Tribunales Internacionales.

obstante, nuestra legislación boliviana (Art. 71), entre otras más⁵¹, tuvo la iniciativa de no insertar la palabra “comercial” en su texto legal. *“De esta manera, se ha eliminado una potencial fuente de discusión acerca del ámbito de aplicación de las normas sobre arbitraje internacional que genera la Ley Modelo UNCITRAL, ante la inexistencia de una definición precisa de lo que se entiende por comercial”*⁵²

Con esta aclaración que acabamos de exponer sobre el termino comercial internacional y simplemente internacional el jurista Sellares añade otra problemática dado que asevera la existencia de un arbitraje mixto⁵³, es decir, cuando los sujetos controvertidos no pertenecen a la misma rama del derecho ya que por un lado tenemos al Estado como sujeto de derecho publico y por el otro a las empresas privadas (o individuos) como sujetos de derecho privado, por lo tanto y recalcando lo dicho por Sellares, estamos en este caso ante un arbitraje mixto o mejor dicho internacional mixto.

Para Mann⁵⁴, no existe un verdadero arbitraje comercial internacional, dado que todo sistema de derecho internacional privado se constituye en derecho privado, asevera que todo arbitraje es local ya que el derecho aplicable al fondo elegido por las partes pertenece a un ordenamiento jurídico nacional.

Quisiéramos resaltar que el Derecho Internacional Publico regula las relaciones entre los sujetos de derecho internacional (Estados, Organizaciones Internacionales, los beligerantes, etc...). Pero que ocurría cuando se entablaban relaciones mixtas, entre un Estado y una persona física o jurídica? Cuando un Estado incumplía con las normas de derecho internacional causándole daño al particular, causado por ejemplo por una expropiación sin previo justiprecio, el

⁵¹ El Salvador, Honduras Perú, Suiza, Holanda, Alemania, Canadá, Bulgaria, Egipto y Florida (EEUU)

⁵² CANTUARIAS SALAVERRY Fernando, *¿Cuándo estamos ante un arb...*ob. cit., p. 214

⁵³ Ibidem

⁵⁴ MANN F.A., *Lex Facit Arbitrum*, 1967, p.159

individuo afectado deberá accionar contra el Estado ante el Derecho interno del mismo (Estado infractor), en caso de quedar insatisfecha la reclamación del sujeto privado, podrá ejercer la protección diplomática, generando un conflicto entre Estados, quienes tendrán que resolver la controversia mediante negociaciones previas entre gobiernos nacionales, en su defecto, mediante arbitraje internacional o ante los tribunales internacionales. Posteriormente, se creo la clausula calvo, la cual iba inserta en los contratos internacionales de construcción, que consistía en pactar la prohibición de ejercer la protección diplomática para evitar el enfrentamiento de los Gobiernos nacionales, sino que en caso del surgimiento de diferendos, las partes se sometían al arbitraje.

Hoy en día, con el arbitraje internacional mixto, mas conocido como arbitraje de inversión, como método de resolución de conflictos entre un particular (inversor) y un Estado (receptor), se ha creado el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a inversiones, como instancia internacional para reclamar el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado receptor, ante tribunales internacionales (árbitros). Se puede afirmar que la creación del CIADI constituye una verdadera protección del inversor extranjero y al mismo tiempo sustituye la protección diplomática.

En fin, la discusión sobre si existe una distinción entre el arbitraje internacional y el arbitraje comercial internacional no lo discutiremos en profundo ya que por ahora no es este el asunto que nos ocupa, simplemente terminaremos diciendo que el arbitraje al que nos referimos en esta tesis, es el arbitraje internacional privado.

Bibliografía

- BELANDRO SANTOS Rubén, III Congreso Internacional de Arbitragem Comercial: Una nueva actitud de los Estados Latinoamericanos hacia el Arbitraje, 2003, www.servilex.com.pe
- CUOMO Maria de los Ángeles Nahid, **Apuntes de Derecho Internacional Privado**, de la Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra (U.P.S.A.), Santa Cruz-Bolivia, 2005, (*mimeo*).
- CUOMO Maria de los Ángeles Nahid, **La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Boliviano en materia de Arbitraje**, Investigación Jurídica, Revista Docente, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Privada de Santa Cruz (U.P.S.A.), año V, No.5, Editorial U.P.S.A., Santa Cruz-Bolivia, mayo 2005
- CAIVANO J. Roque, **Arbitraje**, Editorial Ad Hoc, segunda edición, Buenos Aires, 2000
- CANTUARIAS SALAVERRY Fernando, **¿Cuándo estamos ante un arbitraje nacional o internacional conforme a la LGA?**, Revista Peruana de Arbitraje, ED. Grijley, I-2005
- DEVRIES Henry P., **International Commercial Arbitration: A Transnational view**, Journal of International Arbitration, 1984
- DOMINGO RAY José, **Justicia y Arbitraje**, Conferencia pronunciada en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, el 29 de Junio 1982.
- FELDSTEIN DE CARDENAS Sara Lidia y LEONARDI DE HERBON Hebe Mabel, **El Arbitraje**, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires-Argentina, 1998
- FELDSTEIN DE CARDENAS Sara L., **Los beneficios del arbitraje comercial internacional**, www.camsantiago.com
- FERNANDEZ ROZAS José Carlos, **Ius Mercatorum, autorregulación y unificación del Derecho de los Negocios Transnacionales**, Editorial Colegio Notarial de España, Primera Edición 2003, Madrid-España

- FERNANDEZ ROZAS José Carlos, ARENAS GARCIA Rafael, DE MIGUEL ASENSIO Pedro Alberto, **Derecho de los Negocios Internacionales**, Madrid, Primera Edición, 2007, Editorial Iustel
- GIL ECHEVERRY Jorge Hernán, **Curso Practico de Arbitraje**, Editorial Librería del Profesional, Santa Fe de Bogota, DC Colombia, 1993
- GIL ECHEVERRY Jorge Hernán, **Nuevo Régimen de Arbitramento**, Editorial Cámara de Comercio de Bogota, Santa Fe de Bogota, 1999
- LORCA NAVARRETE Antonio Maria, **Derecho de Arbitraje Interno e Internacional**, Editorial Techno, Madrid-España, 1989
- MANN F.A., **Lex Facit Arbitrum**, en *Internacional Arbitration Liber Amicorum Martin Domke*, ED. P.Sanders, 1967
- MONROY CABRO Marco Gerardo, **Arbitraje Comercial**, Editorial Temis, Bogota-Colombia, 1982
- MORENO BALDIVIESO Ramiro, **El Arbitraje Comercial en Bolivia**, La Paz-Bolivia, 2001
- MORENO BALDIVIESO Ramiro, **Medios Alternativos de Solución de Controversias**, www.servilex.com.pe
- NOODT TAQUELA Maria Blanca, **El Arbitraje en Argentina**, Montevideo-Uruguay, 2000
- ROCA AYMAR José Luís, **El Arbitraje Comercial Internacional**, ICEX, Madrid, 2006
- RODRÍGUEZ MENDOZA Fernando, **Procedimiento Arbitral**, Editorial El País, Santa Cruz-Bolivia, 2004
- RODRIGUEZ MENDOZA Fernando, **El Procedimiento Arbitral**, ponencia preparada para el Primer Ciclo de Conferencias de Arbitraje Comercial, organizado por la CAINCO y la UPSA, noviembre 2008.
- SALAZAR PAREDES Fernando, **Derecho Internacional Privado Boliviano**, Editores Plural/CERID, La Paz-Bolivia, 2004
- SCHUBERT A. Frank, **Introduction to Law and the Legal System**, Ed. Houghton Mifflin, 8th edition, 2004, Boston-USA

- SELLARES CERRA Jordi, **Es el arbitraje comercial internacional tan distinto del arbitraje internacional?** Anuario de Justicia Alternativa, No. 3, 2002
- VIDAL RAMIREZ Fernando, www.amcham.org.pe