



ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

Procuraduría General del Estado

DICTAMEN GENERAL

002/2016

EL ALTO - BOLIVIA
2016

**PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
PLURINACIONAL DE BOLIVIA**

Dr. Héctor Enrique Arce Zaconeta
Procurador General del Estado

Dr. Pablo Menacho Diederich
**Subprocurador de Defensa y
Representación Legal del Estado**

Dra. Leny Érika Chávez Barrancos
Subprocuradora de Supervisión e Intervención

Dr. Javier Fernando Moncada Cevallos
**Subprocurador de Asesoramiento,
Investigación y Producción Normativa**

EL ALTO, BOLIVIA
2016

Distribución gratuita



ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

Procuraduría General del Estado

DICTAMEN GENERAL

002/2016



ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

Procuraduría General del Estado

El Procurador General del Estado, Dr. Héctor Enrique Arce Zaconeta, en uso de las atribuciones y funciones conferidas constitucional y legalmente, a los veintitrés días del mes de diciembre de 2016, emite:

DICTAMEN GENERAL 002/2016

Las Unidades Jurídicas de las entidades de la Administración Pública y empresas estatales, al momento de realizar contrataciones en países extranjeros, deberán asesorar adecuadamente a la Máxima Autoridad Ejecutiva de su institución, respecto a los elementos jurídicos que mínimamente deben considerarse respecto a la cláusula arbitral en defensa de los intereses del Estado.

La Paz – Bolivia



DICTAMEN GENERAL 002/2016

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I.1. COMPETENCIA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO PARA LA EMISIÓN DE DICTÁMENES PROCURADURIALES

1. El 7 de febrero de 2009, la Constitución Política del Estado (CPE), dio origen a un nuevo modelo de Estado, en cuya impronta se concibe la creación de la Procuraduría General del Estado (PGE), como una institución de representación jurídica pública del Estado, cuya principal función es promover, cautelar y defender los intereses estatales (Artículo 229 CPE), norma constitucional desarrollada por el Artículo 2 de la Ley N° 064 de la Procuraduría General Estado de 5 de diciembre de 2010. Es así, que la PGE interviene como sujeto procesal de pleno derecho en acciones judiciales y administrativas, sea en resguardo de la soberanía, de los bienes del patrimonio e intereses del Estado, en particular en materia de inversiones, derechos humanos y medio ambiente.
2. El Artículo 8. Numeral 9) de la Ley N° 064 señala que son funciones de la PGE: *“Emitir dictámenes, informes, recomendaciones y análisis jurídicos en el ámbito de su competencia”* y el Artículo 18, Numeral 8) de la citada norma dispone: *“Dictaminar sobre las directrices generales que deberán seguir los abogados del Estado, en resguardo del interés nacional. Los dictámenes generales emitidos sobre esta materia serán vinculantes para los abogados del Estado,*



quienes excepcionalmente podrán apartarse de los mismos, bajo su responsabilidad y mediante observación fundada jurídicamente”.

3. Es así que el Procurador General del Estado, cuenta con plena competencia a efectos de emitir el presente Dictamen Procuradurial, en resguardo de los intereses del Estado, con el fin último que todas las Unidades Jurídicas (UJ) de las entidades y empresas públicas brinden un adecuado asesoramiento a las Máximas Autoridades Ejecutivas (MAE) a fin de cautelar el patrimonio de sus instituciones; y en consecuencia, del Estado boliviano.

II. ANTECEDENTES Y MARCO NORMATIVO

4. El Parágrafo V del Artículo 14 de la CPE dispone que: *“Las leyes bolivianas se aplican a todas las personas, naturales o jurídicas, bolivianas o extranjeras, en el territorio boliviano”.* La norma precitada determina la vigencia del principio de territorialidad en Bolivia¹, por el cual, la CPE y las leyes son de aplicación en todo su territorio a todas y todos sus ciudadanos por imperio de la soberanía y el Estado de Derecho que le reconocen sus normas internas y el derecho internacional.

¹ La Sentencia Constitucional Plurinacional N° 1369/2013, de 16 de agosto, establece que: *“Ciertamente, el parágrafo V del citado art. 14 de la CPE, al referirse a que: “Las leyes bolivianas se aplican a todas las personas, naturales o jurídicas, bolivianas o extranjeras, en el territorio boliviano”, exime por su claridad, toda explicación. No obstante, habrá que tomar en cuenta que bajo el principio de territorialidad las leyes obligan a todos los que se hallen dentro del territorio; es decir, allá a donde se extiende el territorio nacional, lo que incluye éste en el ámbito del derecho internacional”.*



5. No obstante a lo expresado precedentemente, en ejercicio de la soberanía, el Estado en reciprocidad² con sus pares, consiente la posibilidad de realizar actos jurídicos en territorio extranjero, como ser la contratación de bienes y servicios. En ese marco, el Estado Plurinacional de Bolivia, al igual que todos los países del orbe al no disponer de todos los bienes y servicios necesarios para satisfacer las necesidades de su población, requiere a través de las instituciones y empresas públicas, realizar contrataciones en países extranjeros.
6. El 20 de junio de 1990 fue promulgada la Ley N° 1178 de Administración y Control Gubernamentales (Ley N° 1178), cuyo objeto, establecido en su Artículo 1, es regular los Sistemas de Administración y de Control de los recursos del Estado, y en su Artículo 10 dispone que el Sistema de Administración de Bienes y Servicios establecerá la forma de contratación, manejo y disposición de bienes y servicios. En dicho contexto, desde la publicación de la Ley N° 1178, se promulgaron varias Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios (NB-SABS), en las que se identifica como factor común, la presencia de disposiciones referidas a contrataciones internacionales y contrataciones en el extranjero.
7. Cada una de las NB-SABS respondía a un marco político y normativo propio de coyuntural; tal es el caso de la Resolución

² La Reciprocidad es un principio universalmente aceptado del derecho internacional de indispensable aplicación en las relaciones internacionales, en virtud del cual, en ausencia de norma aplicable a una materia, o como complemento a una norma existente, un Estado adopta una determinada conducta en respuesta simétrica a la adoptada por otro Estado. (M. Morcillo /A. Plantey).



Suprema N° 216145, de 3 de agosto de 1995, que en su Artículo 23 regulaba la participación de proponentes extranjeros, conforme al siguiente texto: *“I. Los proponentes extranjeros presentarán documentos similares o equivalentes a los exigidos en estas Normas Básicas. La documentación que resulte probatoria de su constitución legal en su país de origen, deberá ser acreditada conforme a disposiciones legales vigentes. Los proponentes extranjeros, deberán acreditar un representante legal domiciliado en Bolivia. II. Las empresas extranjeras estarán sometidas a la legislación y jurisdicción boliviana (...).”*

8. Posteriormente, mediante el DS N° 25964 de 21 de octubre de 2000, se aprobaron las NB-SABS, abrogando a su vez la Resolución Suprema N° 216145. El referido DS N° 25964, establecía en su Artículo 24 que: *“I. Los proponentes extranjeros presentarán documentos similares o equivalentes a los exigidos por las presentes Normas Básicas. La documentación que resulte probatoria de su constitución legal en su país de origen, deberá ser acreditada conforme a disposiciones legales vigentes. Los proponentes extranjeros, deberán acreditar un representante legal domiciliado en Bolivia, lo que será exigido como requisito indispensable para la suscripción del contrato. II. Las empresas extranjeras estarán sometidas a la legislación y jurisdicción boliviana. (...).*
9. Por más de doce (12) años en Bolivia, desde la publicación de la Ley N° 1178, no se reconocía normativamente la posibilidad de que se realicen contrataciones en el extranjero, por el contrario se exigía que los proponentes foráneos, acrediten un representante legal domiciliado en nuestro país, hasta el año 2002, cuando se establece



de forma expresa la posibilidad de que el Banco Central de Bolivia (BCB) y otras entidades estatales puedan realizar contrataciones directas en países extranjeros. En ese sentido, el DS N° 26688 de 5 de julio de 2002; tiene por objeto normar las contrataciones de bienes y servicios especializados que las entidades del sector público deben realizar en el extranjero.

10. En base a las nuevas necesidades del Estado, las instituciones y empresas públicas han revelado la necesidad de contratar en el extranjero, por lo que, el Artículo 4, del DS N° 26688, ha sido objeto de una serie de complementaciones y modificaciones para realizar contrataciones directas, por comparación de ofertas o cuando reporte mayor beneficio para la entidad.
11. El Artículo 5 del DS N° 26688, dispone que para efectuar las contrataciones especializadas en el extranjero, las instituciones públicas elaborarán su Reglamento Específico que contendrá las modalidades, procedimientos, plazos, criterios de evaluación y demás características de los procesos de contratación que realicen, velando en todos los casos por la competitividad, eficiencia y transparencia de los mismos.
12. Por otra parte, el Artículo 6 de la Ley N° 708 de Conciliación y Arbitraje de 25 de junio de 2015, dispone que: *“Las entidades o empresas estatales podrán aplicar la conciliación y el arbitraje, en controversias que surjan de un contrato de adquisición de bienes, obras o provisión de servicios, con entidades o empresas extranjeras sin domicilio legal en Bolivia suscrito en el extranjero, en el marco de lo estipulado en el contrato correspondiente”*.



13. Resulta necesario también precisar que el DS N° 1740 de 25 de septiembre de 2013 determina autorizar al Tribunal Supremo Electoral, la contratación directa de bienes y servicios en el exterior para la ejecución del registro, empadronamiento y voto de las bolivianas y bolivianos en el exterior, necesarios para la ejecución de los procesos electorales en los países donde el Estado Plurinacional de Bolivia cuente con representación diplomática y consular permanente.
14. En base a lo señalado precedentemente, se ha identificado la necesidad que en las contrataciones en el extranjero, las y los servidores públicos de las Unidades Jurídicas, deban realizar un análisis previo del proyecto de cláusula arbitral a la que se verán sometidos, velando porque no se genere algún tipo de riesgo al patrimonio e intereses nacionales, por lo que, se considera apropiada la emisión de directrices generales que deberán seguir las y los abogados del Estado, en resguardo del interés nacional.

III. MOTIVACIÓN Y ANÁLISIS

III.1. CLÁUSULA ARBITRAL COMO MODO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MARCO ESTABLECIDO EN CONTRATOS EMERGENTES DE CONTRATACIONES EN PAÍSES EXTRANJEROS

15. La suscripción de un contrato en el cual intervienen dos o más personas con domicilios en distintos países, establece la posibilidad de que confluyan en el mismo contrato dos o más legislaciones u ordenamientos jurídicos aplicables a las obligaciones y derechos de



las partes, consecuentemente, en previsión del posible surgimiento de una controversia, las partes suelen adoptar medidas que tienden a la solución de éstas.

16. Inicialmente corresponde realizar una diferenciación entre contratos de adhesión y contratos administrativos. Ossorio define al contrato de adhesión de la siguiente manera: *“Constituye una típica y cada vez más frecuente modalidad de contratación, que se caracteriza por el hecho de que es una de las partes la que fija las cláusulas o condiciones, iguales para todos, del contrato, cuya celebración se propone sin que quienes quieran participar en él tengan otra alternativa que aceptarlo o rechazarlo en su totalidad, sin posibilidad de discutir su contenido”*. Por otra parte, el diccionario jurídico OMEBA nos dice respecto a los contratos administrativos: *“Contrato administrativo es el celebrado entre la administración, por una parte, y un particular o empresa o por la otra, para realizar una obra pública, explotar un servicio público u obtener la concesión de alguna fuente de riqueza dependiente de la entidad de derecho público. Esta contratación de voluntades desiguales por su calidad pública y aún soberana a la una, y privada y aun sometida en aspectos generales la otra, revela la flexibilidad de los vínculos contractuales, y anticipa la singularidad de esta contratación. Aún siendo teoría en la cualidad declinante, uno de los criterios para caracterizar los contratos administrativos consiste en recurrir a la doble personalidad de la administración”*.

³ OSSORIO. “Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales”, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1974.

⁴ Enciclopedia Jurídico OMEBA, tomo IV, p.120.



17. Hecha la diferenciación previa, resulta oportuno señalar que si dentro del contrato al que la entidad pública pretende adherirse se encontraran disposiciones que impliquen el posible allanamiento de las entidades a arbitraje internacional o jurisdicción extranjera, la existencia de una permisión de la norma para realizar la adhesión no implica excusa para no analizar las posibles consecuencias negativas de someter una posible controversia a normas de Derecho Internacional, la jurisdicción del país de origen del proveedor, o a la jurisdicción de un tercer país.
18. En las convocatorias públicas nacionales o internacionales que se tramitan en nuestro país, el Estado a través del DS 181 Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios (NB-SABS) y los Documentos Base de Contratación, define a través de un modelo de contrato, que será de conocimiento del potencial proponente, los mecanismos de solución de controversias que estarán sometidas a la jurisdicción coactiva fiscal del Estado Plurinacional de Bolivia.
19. Ahora bien, las contrataciones en el extranjero, carecen de un modelo de contrato prestablecido por el Órgano Rector del Sistema de Administración de Bienes y Servicios⁵ (Ministerio de Economía y

⁵ El Artículo 20 de la Ley N° 1178, establece las atribuciones básicas de los órganos rectores, entre las cuales se encuentra la de emitir las normas y reglamentos básicos para cada sistema. El Decreto Supremo N° 29894, de 7 de febrero de 2009, Organización del Órgano Ejecutivo, dispone que es atribución del Ministro de Economía y Finanzas Públicas ejercer las facultades de autoridad fiscal y Órgano Rector de las normas de gestión pública, consecuentemente tiene como atribución actualizar, de manera integral, los sistemas de administración gubernamental y las Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios.



Finanzas Públicas); por lo que, las entidades públicas se encuentran en la posibilidad de pactar la cláusula de solución de controversias por otros medios distintos a la vía judicial.

20. Conforme se indicó el Artículo 6.I de la Ley N° 708, determina que las entidades o empresas estatales podrán aplicar la conciliación y el arbitraje⁶, en controversias que surjan de un contrato de adquisición de bienes, obras o provisión de servicios, con entidades o empresas extranjeras sin domicilio legal en Bolivia suscrito en el extranjero, en el marco de lo estipulado en el contrato correspondiente.
21. El Artículo 39.I de la Ley N° 708, define al arbitraje como *“un medio alternativo a la resolución judicial de las controversias entre las partes, sean éstas 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”*. El Parágrafo II dispone que: *“El arbitraje Ad Hoc es una modalidad arbitral no institucional, en el cual las partes establecen procedimientos, efectos, nombramiento de árbitros y cualquier otra cuestión relativa al proceso arbitral, en el marco de la presente Ley”*.

⁶ En el contexto de la apertura económica mundial, el arbitraje comercial internacional ha adquirido un amplio reconocimiento que se extiende hoy en día por distintas regiones del planeta. Lo anterior ha impulsado una armonización de las legislaciones nacionales en materia de arbitraje. Con ello, el análisis de este fenómeno se torna más fácil, pues pueden desarrollarse conclusiones generalizadas, válidas para un número alto de ordenamientos jurídicos. APUNTES DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL - Dra. Elina Mereminskaya



22. En cuanto a la conciliación, el Artículo 20 de la citada Ley N° 708 determina que: *“La conciliación es un medio alternativo de solución de controversias al que las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, acceden libre y voluntariamente, antes o durante un proceso judicial o arbitral, con la colaboración de una o un tercero imparcial denominado conciliador, que se ejercerá en el marco de la presente Ley”*. Esta permisibilidad de la normativa vigente, da lugar a la posibilidad de que las empresas y entidades públicas concluyan con la suscripción de un contrato allanándose a tribunales arbitrales extranjeros u otros medios alternativos de solución de controversias.
23. A propósito de lo señalado anteriormente, es pertinente aclarar que en materia de inversiones, la CPE en su Artículo 320 determina que: *“Toda inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción, leyes y a las autoridades bolivianas, y nadie podrá invocar situación de excepción, ni apelar a reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable”*. Por su parte, el Artículo 366 de la CPE establece 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. 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”*.
24. En este ámbito, el Parágrafo I del Artículo 127 de la Ley N° 708, dispone que las controversias en materia de inversiones estarán



sometidas a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas. Así también, el Inciso a) del Artículo 4 de la Ley N° 516 de 4 de abril de 2015, de Promoción de Inversiones, prevé que se entenderá por inversión: *“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”*, y el Parágrafo I del Artículo 9 de la precitada Ley dispone que la colocación de aportes de inversión se realiza a través de: a) Sociedades comerciales; b). Empresas públicas; c). Empresas de capital mixto donde el Estado tenga participación accionaria mayoritaria; d). Contratos u otros instrumentos de inversión conjunta.

25. En base a la normas transcritas precedentemente, se concluye que la provisión de bienes obras y servicios establecidos en el DS N° 26688 no constituye un mecanismo de inversión, lo cual implica que las previsiones del Artículo 320 de la Constitución, Ley N° 708 y de la Ley N° 516 respecto a la señalado precedentemente no son de aplicación a los contratos administrativos emergentes de dicha contrataciones en el extranjero, ya que el texto constitucional se refiere a inversiones realizadas en territorio nacional.
26. La diferenciación antes señalada es de suma importancia a tiempo de definir el método de solución de controversias en aquellos contratos suscritos al amparo de las normas sobre contrataciones en el extranjero, que como se señaló anteriormente, carecen de un modelo de contrato. En efecto,



el análisis de las condiciones de los contratos de adhesión muy posiblemente implica el allanamiento de una institución o empresa del Estado Plurinacional de Bolivia a las reglas de interpretación de derecho internacional o de otros países, lo que requiere que las UUJJ realicen un estudio de la jurisdicción a la que pretenden, ya que el allanamiento al que hicimos referencia anteriormente, implica también la imposibilidad de que las entidades o empresas públicas, tal y como sucede en los contratos administrativos, puedan invocar el fin público de la contratación, quedando la institución suscribiente en condiciones de igualdad frente al proveedor.

27. Asimismo, al decidirse en favor del arbitraje, resulta necesario elegir el momento apropiado para negociar el acuerdo de arbitraje, e incluirlo dentro del conjunto de las cláusulas contractuales, sin tener que quebrar por ello un equilibrio alcanzado durante una negociación ya avanzada⁷.
28. No obstante; de la existencia de la permisibilidad antes citada, resulta pertinente aclarar que la misma no desliga a las UUJJ de las entidades estatales de la responsabilidad y deber de emitir un informe de análisis legal pormenorizado y preciso de alcance la cláusula arbitral como a continuación se desarrollará.

⁷ Sobre el valor monetario de las cláusulas de elección de foro véase O'Hara, Erin Ann, Exploring The Need For International Harmonization: The Jurisprudence And Politics Of Forum-Selection Clauses, Chicago Journal of International Law, Vol. 3, 2002, pp. 301-316.



III.2. CLÁUSULA ARBITRAL COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LAS CONTRATACIONES REALIZADAS POR ENTIDADES PÚBLICAS DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA EN PAÍSES EXTRANJEROS

29. Con el fin de sobrellevar las muy comunes objeciones que surgen en la negociación de una cláusula de solución de controversias, nacen los medios alternativos a la solución de controversias, es decir, aquellos medios auto-componedores o hetero-componedores, que no requieren de la intervención de las autoridades del Órgano Judicial para alcanzar una solución.
30. En efecto, ya que el conflicto es inherente a la naturaleza humana, e inclusive anterior al surgimiento del Estado como forma de organización, se conocen incontables formas de solución de controversias. En ese marco, el método alternativo de más fácil y simple construcción, mínimamente en la parte logística es la negociación directa entre las partes, que como requisito exige únicamente que éstas tengan la intención de solucionar la controversia. A partir de éste primer paso, se conforman otros métodos en los que las partes aportan la solución de la controversia, por lo cual son llamados autocomponedores⁸

⁸ La autocomposición necesita la cooperación de las partes, de modo que ambas ganen y pierdan algo, para resolver su conflicto. Esto permite que terminado el litigio, las partes puedan mantener una mejor relación entre ellas, al haber pactado su propio acuerdo, lo que llevará mayoritariamente a una ejecución voluntaria de la transacción. ***Sobre las ventajas de los sistemas autocompositivos Vid. BELLOSO MARTÍN, N., “Un paso más hacia la desjudicialización. La directiva europea 2008/52/ce sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, Revista electrónica de Direito Processual, vol. II.***



(negociación, conciliación y mediación⁹), pese a que en ellos intervengan terceros ajenos al debate, que sin aportar la solución contribuyen a acercar las posiciones de las partes en el marco de la equidad.

31. A su vez, cuando las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad acuerdan encargar a un tercero ajeno a las partes, la potestad de solucionar la controversia, nos encontramos ante una

⁹ En las últimas décadas se ha producido una búsqueda de alternativas no jurisdiccionales para la resolución de conflictos, que fundamentalmente tuvieron su origen en los sistemas anglosajones, y en especial en los EEUU, y que se denominaban ADR (Alternative Dispute Resolution), si bien en los últimos años han perdido el sentido alternativo a los tribunales, para actuar en ciertos sectores del ordenamiento de forma complementaria, cambiando su denominación (Adequated Dispute Resolution), pero no las siglas.

Dentro de la tutela extrajurisdiccional podemos distinguir dos clases: Las ADR (Alternative Dispute Resolution, o Adequated Dispute Resolution): que engloban: la negociación; la mediación; la conciliación, y el arbitraje.

Las ODR (Online Dispute Resolution) pensadas para ser utilizadas en un entorno electrónico, suponen la aplicación de las nuevas tecnologías en la resolución de los conflictos derivados de transacciones electrónicas, incluyendo el llamado arbitraje electrónico o en línea, así como las restantes modalidades de resolución extrajudiciales en cuya realización tenga lugar el uso de medios electrónicos con la finalidad de agilizarlos, flexibilizarlos y abaratarlos.

Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLVI (2013) 39-62 / ISSN: 1133-3677 - Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil - Dra. Susana SAN CRISTÓBAL REALES - Universidad Antonio de Nebrija Madrid. Pg. 43 a 44.



solución hetero-componedora¹⁰. La mejor expresión de este medio alternativo de solución de controversias es el arbitraje, que debe tener como fuente un acuerdo de voluntades, el cual en el marco del tema abordado en el presente documento debe siempre ser expresado a través de una cláusula dentro de un contrato que refleja la voluntad de las partes de someter su controversia a este medio¹¹.

32. Por este motivo, con carácter previo a la aceptación o negociación de la cláusula arbitral, las UUJJ deben efectuar un informe jurídico en relación a los siguientes elementos que mínimamente el contrato debería considerar:

¹⁰ Los sistemas heterocompositivos, se caracterizan porque una persona individual (juez o árbitro), o colegiada (tribunal o colegio arbitral), e imparcial, va a resolver el conflicto planteado entre las partes por medio de una resolución con efecto de cosa juzgada (sentencia o laudo). Por tanto, son sistemas heterocompositivos tanto el arbitraje como la jurisdicción. En ellos, el tercero imparcial, actúa supra partes, imponiendo su decisión.

Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLVI (2013) 39-62 / ISSN: 1133-3677 - Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil - **Dra. Susana SAN CRISTÓBAL REALES** - *Universidad Antonio de Nebrija Madrid.Pg. 48.*

¹¹ En el derecho internacional, la equidad tiene una triple función porque su acción frente al derecho puede ser correctiva, supletoria o derogatoria. (...) Esta función se realiza, por lo general, insertando en los compromisos de arbitraje o en los convenios de reclamaciones la cláusula *ex aequo et bono* que autoriza al árbitro a resolver el litigio de acuerdo a la equidad, facultándolo a conceder al Estado perjudicando una indemnización en los casos en que, según el derecho estricto no existe un verdadero deber estricto de reparación. Por otro lado, la equidad ejerce también una función supletoria: llena las lagunas del derecho positivo y, de tal modo, tiene carácter de fuente supletoria del derecho internacional.

El principio de la equidad y los fallos de la Corte de La Haya - Artículo on line de Rudolf Kuhn Poppe 15 de junio de 2015.



- a) Sometimiento a negociación de diferendos, como etapa anterior a recurrir al arbitraje.
- b) Manifestar claramente la intención de las partes de resolver la controversia única y exclusivamente por la vía del arbitraje y no así por vía jurisdiccional.
- c) No deberá imponer situaciones desfavorables para las entidades o empresas estatales, cautelando de esta manera los intereses nacionales.
- d) Cuáles son las controversias que se sujetarán a éste medio.
- e) La cantidad de árbitros y su composición ante un árbitro único o Tribunal Arbitral con sede¹².
- f) La naturaleza institucional o ad hoc del arbitraje.
- g) La posibilidad de que los árbitros puedan o no actuar “*ex aequo et bono*”¹³ o sujetos únicamente a las normas de derecho aplicables, según lo que aplique a cada caso concreto.

¹² “La sede de arbitraje es un concepto netamente jurídico, sin embargo, tiene importantes consecuencias legales que conciernen notablemente la jurisdicción de los tribunales nacionales con respecto a la solicitud de anulación del laudo; la elección de la sede depende de la voluntad de las partes, en cambio no constituye un concepto físico que dependa del lugar donde se hayan llevado a cabo las sesiones o se haya pronunciado el laudo, lugares que pueden variar dependiendo de la bondad o la disponibilidad de los árbitros”. Cass, 1ere civ., 28 de octubre de 1997, Société Procédés de Préfabrication pour le béton c/ Libye, cit. por Manevy, Isabelle, “Online dispute resolution: What future?” www.juriscom.net, p. 42.

¹³ “De acuerdo con lo correcto y lo bueno” - Artículo 38.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la Haya - Facultad de la Corte de decidir un caso *ex aequo et bono* si las partes así lo convienen.



- h) Costos aproximados que podría reportar la entidad administradora del arbitraje, la contratación de abogados o consorcios internacionales, pasajes y viáticos a la sede del arbitraje y otros accesorios que hacen a esos procedimientos arbitrales, frente a los beneficios económicos que la contratación reportará al Estado.
 - i) No incluir renunciaciones de ningún tipo respecto a medios de defensa que se puedan plantear.
 - j) Cualquier otro aspecto necesario para el futuro procedimiento arbitral entre las partes.
33. En base a los conceptos y definiciones vertidos, corresponde indicar que en ejercicio de las funciones y atribuciones determinadas en la CPE y las leyes del Estado Plurinacional de Bolivia, la PGE ha identificado como un riesgo subyacente para los intereses y patrimonio del Estado, las contrataciones realizadas en el extranjero y el consiguientemente allanamiento de las controversias que emergen de los contratos que suscriben las instituciones y empresas públicas en dicho ámbito; sin embargo, el riesgo descrito responde a una necesidad claramente identificada e ineludible del Estado de contratar en países extranjeros, por lo que, se convierte en un factor de análisis frente a la necesidad y los beneficios que las contrataciones implican. Este componente de riesgo se minimiza si las UUUJ de la administración pública y empresas estatales realizan un análisis previo y completo de las condiciones inherentes al proyecto de contrato, y proveen a las instancias respectivas de decisión de información precisa para la toma de decisiones.



34. De igual forma, las instituciones y empresas estatales, deberán tener en cuenta que la teoría acerca que el Estado tiene doble personalidad¹⁴, fue ampliamente superada, y una vez que cualquiera de las precitadas instituciones o empresas estatales suscriba un contrato, y en caso de surgir una controversia, no podrá alegar que de emerger consecuencias negativas para los intereses del Estado, éste se encuentre amparado por convenciones y/o tratados internacionales sobre inmunidad soberana, ya que como lo dijimos anteriormente, si existe allanamiento expreso y voluntario a normas de derecho internacional o jurisdicción extranjera, no es factible alegar que la jurisdicción y sus efectos sean restringidos en virtud que el contrato tiene un fin público.
35. Consecuentemente, el riesgo para los intereses y patrimonio del Estado que surge de las contrataciones en países extranjeros y la adhesión a los contratos elaborados por los proveedores foráneos, debe necesariamente ser paliado a través de un informe legal de análisis completo de parte de las UUJJ, que mínimamente abarque:

¹⁴ En el siglo XIX, inspirada en buena medida en la teoría del fisco, surgió con fuerza la teoría de la doble personalidad del Estado, según la cual éste tiene dos personalidades, una de derecho público y otra de derecho privado; actúa como persona de derecho público cuando, en ejercicio de su imperio, se ubica por encima de los particulares; utiliza la segunda personalidad, la de derecho privado, cuando se despoja de su poder para actuar como una persona moral ordinaria, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, al situarse en un plano de igualdad con los gobernados y someterse a las normas del derecho privado.



- a) Cuáles son las reglas de interpretación de los contratos propios de la jurisdicción del país del proveedor, en la contratación específica.
 - b) Cuáles con las posibles consecuencias de someter una posible controversia a normas de Derecho Internacional, la jurisdicción del país de origen del proveedor o a la jurisdicción de un tercer país, considerando la conciliación o arbitraje según sea el caso.
 - c) En el caso de pactarse cláusula arbitral, se debe procurar que la misma sea redacta en los términos establecidos en la Ley N° 708 de Conciliación y Arbitraje, y considerar mínimamente lo expresado previamente en el presente Dictamen.
36. De esta forma, se tendrá información completa respecto de las condiciones que la contratación en el extranjero pueda conllevar; y brindará elementos a las autoridades llamadas por Ley para realizar la ponderación entre los beneficios que entraña la contratación y las posibles consecuencias de la misma en caso de suscitarse una controversia.

POR TANTO

El Procurador General del Estado, en uso de sus facultades y atribuciones establecidas por la Constitución Política del Estado y el Artículo 18.8 de la Ley de la Procuraduría General del Estado, **dictamina:**

- 1° Las UUIJ de las instituciones y empresas públicas al momento de realizar contrataciones en países extranjeros, deberán asesorar a la Máxima Autoridad Ejecutiva de su institución y emitir el



consiguiente informe de análisis jurídico del proyecto de contrato que incluya un análisis puntual y completo respecto al método de solución de controversias establecido, considerando todo lo observado en el presente Dictamen.

- 2° En caso de apartarse injustificadamente de lo dispuesto en este Dictamen General, se aplicarán, las acciones legales que correspondan contra la autoridad o servidor público responsable de la acción u omisión que provocó el daño patrimonial al Estado Plurinacional de Bolivia.

El Procurador General del Estado es inviolable, en todo tiempo, por las opiniones, informes, resoluciones, recomendaciones recordatorios o dictámenes que emita en ejercicio de sus funciones.

www.procuraduria.gob.bo

 [procuraduriabolivia](https://www.facebook.com/procuraduriabolivia)

 [@ProcuraduriaB](https://twitter.com/ProcuraduriaB)