

EL ARBITRAJE EN BRASIL

Volumen 42 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

El Arbitraje en Brasil

**CENTRO DE
ARBITRAJE**



**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**



ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

EL ARBITRAJE EN BRASIL

© ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.

Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú

Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166

estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro

Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401

www.consensos.pucp.edu.pe

© INSTITUTO PERUANO DE DERECHO CIVIL

Jr. José de la Torre Ugarte 368 - Oficina 301, Lince

Telfs. (511) 421-6976

ipdc@conadecivil.com

Primera edición, abril 2017

Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Henry Revett n.º 220, Santiago de Surco, Lima

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º

ISBN:

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
Presentación	11
1. El arbitraje para la reducción de los costos para el cumplimiento de los contratos empresariales sobre la perspectiva del Análisis Económico del Derecho <i>Marcia Carla Pereira Ribeiro</i> <i>Tathyane Ramos Vosgerau</i>	13
2. Arbitraje ambiental en el Brasil: Paradojas entre el derecho internacional y la norma interna en la tutela de derechos socioambientales <i>Danielle de Ouro Mamed</i> <i>Roger Luiz Paz de Almeida</i>	17
3. Importancia de las técnicas de mediación y arbitraje en la solución de los conflictos en el derecho inmobiliario <i>Ana Tereza Basilio</i> <i>Thiago Rodovalho</i>	43
4. El arbitraje en el nuevo CPC. Primeras impresiones <i>Francisco José Cahali</i> <i>Thiago Rodovalho</i>	67
5. El arbitraje con entes estatales en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Brasil <i>Andre Vasconcelos Roque</i>	

6. Acuerdo de arbitraje: impedimento procesal (y no presupuesto negativo de validez) 95
Eduardo Talamin
7. Principio de la autonomía de la voluntad en el derecho arbitral: Breves reflexiones 123
Edson Isfer
Mayara Roth Isfer
8. Las implicancias del arbitraje ambiental 175
Roger Vidal Ramos

PRESENTACIÓN

El Estudio Mario Castillo Freyre tiene el agrado de presentar a la comunidad jurídica el volumen 42 de su *Biblioteca de Arbitraje*.

Conscientes de la creciente importancia del arbitraje como mecanismo de solución de controversias, esta colección continúa ofreciendo al medio jurídico, autorizada doctrina especializada, no sólo nacional, sino también extranjera, como ocurre en este caso.

Hoy ofrecemos al lector un volumen que reúne diversos ensayos de reconocidos académicos y abogados en ejercicio, en su mayoría de nacionalidad brasileña.

En ese entender, el presente volumen, que lleva por título *Arbitraje en Brasil*, tiene por objeto acercar al lector a la práctica arbitral del vecino país, y cómo es que dicho ejercicio se asemeja y relaciona con el que tenemos en el Perú.

Debo poner énfasis, además, en la importancia de las relaciones comerciales que existe entre nuestro país y el Brasil, la cual es cada vez mayor y se diversifica en una serie de ámbitos de ambas economías. Dicho fenómeno tiene una serie de consecuencias, las cuales exigen la participación de profesionales de diversas ramas, y ante los conflictos que puedan surgir de dichas relaciones, se hace necesaria la participación de profesionales especializados que puedan brindar solución a dichos problemas.

En ese orden de ideas, esta obra pretende ser una de esas herramientas que, desde un plano dogmático y sin descuidar la experiencia

práctica, permita que el arbitraje se aplique de la mejor forma en ambos países.

Por otro lado, también debe tenerse en cuenta la importancia del análisis comparado que se presenta en varios ensayos de este volumen, las diversas referencias jurisprudenciales, así como las propuestas de reforma para que esta institución sea entendida y aplicada cada vez de mejor manera.

Por todo lo señalado, deseo agradecer profundamente a quienes han tenido la gentileza de participar en este volumen, en especial, a Edson Isfer, Mayara Roth Isfer, Marcia Carla Pereira Ribeiro, Tathiane Ramos Vosgerau, Helena de Toledo Coelho Gonçalves, Isabel Reig Fabado, Danielle de Ouro Mamed, Roger Luiz Paz de Almeida, Ana Tereza Basilio, Thiago Rodovalho, Francisco José Cahali, Andre Vasconcelos Roque, Eduardo Talamini y Roger Vidal Ramos, quien es —a la par— coordinador de la obra y antiguo colaborador de la *Biblioteca de Arbitraje*.

Asimismo, y sólo de manera referencial, puedo señalar que algunos de los temas que contiene este volumen, están referidos al principio de la autonomía de la voluntad en el derecho arbitral, el arbitraje desde la perspectiva de los tribunales brasileños, el arbitraje ambiental en Brasil, la importancia de las técnicas de mediación y arbitraje en la solución de los conflictos en el derecho inmobiliario, el arbitraje en el nuevo Código Procesal Civil del Brasil, entre otras importantes materias.

Con la entrega de este volumen, la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre reafirma su compromiso de continuar con la difusión de la práctica arbitral, desde un punto de vista dogmático, práctico y tomando en cuenta siempre la realidad nacional y extranjera; pues, al igual que con la publicación de anteriores volúmenes, el que ahora presentamos constituye una tribuna que expone y da a conocer cómo es que se desarrolla esta institución en otros países y cómo es que

dicho ejercicio puede ser aprovechado por quienes ejercen el arbitraje en nuestro país.

Someto, pues, a consideración del lector, el presente volumen titulado *Panorama actual del arbitraje en Brasil*, con el compromiso asumido desde el año 2006 cuando se publicó el primer volumen de esta colección, de seguir coadyuvando para la mejora de la administración de justicia.

Lima, enero del 2017

Mario Castillo Freyre*
Director de la *Biblioteca de Arbitraje*

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com.

EL ARBITRAJE PARA LA REDUCCIÓN DE LOS COSTOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS EMPRESARIALES SOBRE LA PERSPECTIVA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

ARBITRATION AIMING TOWARDS THE REDUCTION OF THE COSTS FOR THE FULFILLMENT OF CORPORATE CONTRACTS FROM THE PERSPECTIVE OF LAW AND ECONOMICS

*Marcia Carla Pereira Ribeiro**
*Tathiane Ramos Vosgerau***

Sumario: 1. Introducción.— 2. Análisis económico del derecho.— 3. Perspectivas del arbitraje en el Brasil.— 3.1. Ventajas y desventajas.— 3.1.1. Especialidad.— 3.1.2. Confidencialidad.— 3.1.3. La celeridad y la ausencia de recurso.— 3.1.4. Flexibilidad.— 3.1.5. El costo monetario.— 3.1.6. Otras ventajas.— 4. Investigación empírica.— 5. Análisis de la investigación empírica y costos.— 6. Conclusión.— 7. Referencias bibliográficas.

* Profesora titular de Derecho Societario en la PUCPR. Profesora Asociada de Derecho Empresarial en la UFPR. Procuradora del Estado del Paraná. Formación de Pos-doctorado por la FGVSP (2005-2006). Posdoctorado por la Universidad de Lisboa (2011/2012). Investigadora invitada de la Universidad de Montreal-CA (2007). Investigación llevada a cabo en el ámbito del proyecto «Eficiencia del acceso a la justicia como factor de desarrollo: la inestabilidad de las decisiones judiciales» Llamada MCTI/CNPQ/MEC/CAPES n.º 43/13. *E-mail:* marcia.ribeiro@pucpr.br.

** Graduada en Administración de Empresas por la FAE Centro Universitario y en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Paraná. *E-mail:* tathianevosgerau@gmail.com.

Resumen: El arbitraje es una alternativa para la resolución de conflictos empresariales, tanto en el ámbito nacional como internacional. Se fundamenta en la autonomía y en la voluntad de las partes, como en el derecho de someterse a un tribunal arbitral. Teniendo en cuenta que las empresas operan a partir de una lógica de disminución de costos, aumento del lucro y optimización operacional, es presumible que ante la lógica de las limitaciones del Poder Judicial, las partes busquen la vía arbitral para la resolución de conflictos. El objetivo general de la investigación ahora presentada, consistió en identificar cómo algunos empresarios brasileños que vienen utilizando este medio de resolución de conflictos perciben las ventajas y las desventajas de esta opción. Para ello, se hizo, primeramente, un análisis teórico del arbitraje englobando su perspectiva en el Brasil; luego fue realizada una investigación de campo con abogados, cámaras arbitrales y empresarios; y, por último, fueron analizados los datos obtenidos con base en principios asociados al análisis económico del derecho. La investigación reveló que la característica de celeridad y las especificidades en las decisiones, pilares del arbitraje, no se presentan de forma estable en el resultado final. De este modo, se concluye, a partir del muestreo, que la elección del arbitraje deriva más directamente del desánimo de optar por la vía judicial que del estímulo que deriva de las presumidas ventajas de la opción arbitral. Sin embargo, los empresarios continúan utilizando este medio de resolución de conflictos e insertando convenios en los nuevos contratos, razón por la cual se concluye que el costo/beneficio del arbitraje todavía puede ser considerado ventajoso.

Palabras-Clave: Arbitraje. Costo. Beneficio. Análisis económico del derecho.

Summary: Arbitration is an alternative for national and international commercial disputes. It is based on the autonomy and consent of the parties, and as well as on the duty and right that parties have to submit the conflict to an arbitral tribunal. Since firms operate on a logical of lower costs and increase of profit, always seeking to improve operations and maximize profits, it is expected that, due to the

bureaucratization of the Judiciary, parties seek arbitration to solve a conflict. The general objective of the present research was to identify how some Brazilian entrepreneurs, who used these means of conflict resolution, perceive the advantages and disadvantages of this method. Firstly, an extensive research on the theoretical analysis of this institute in Brazil was carried out, then a qualitative field research with lawyers, business chambers and entrepreneurs was carried out, and at last the research was analyzed according to principles of Law and Economics. The survey revealed that swift and specificity in decisions, pillars of arbitration, are not stably present in the final result. Thus, it was concluded that the reason for choosing arbitration arises more significantly from the discouragement of the Judiciary, rather than the stimulus from the perceived advantages of this institute. However, entrepreneurs continue to use this means of conflict resolution, and to insert arbitration clauses in new contracts, for this reason it was concluded that the cost-benefit of arbitration is advantageous.

Keywords: Arbitration. Cost. Benefit. Law and Economics.

1. INTRODUCCIÓN

Teóricos liberales minimizan la cabida y la importancia de la interferencia del Estado en el ejercicio de las actividades económicas, afirmando, de este modo, que el mercado debe buscar formas de autorreglamentación. Sin embargo, la tutela jurisprudencial continúa indisociable a la idea de Estado.

Esta tutela debería cumplir con los principios enumerados en la mayor parte de las Constituciones de los países, como celeridad y razonable duración del proceso. En el caso brasileño, debido a la cantidad de procesos y a la burocratización del sistema judicial, no es raro que tales principios dejen de ser cumplidos.

Más allá de eso, hay costos que van más allá de las tasas judiciales y de las costas del proceso, tales como el tiempo, las incertezas, la falta de especialización de los jueces en materias específicas, factores todos que fomentan la inseguridad jurídica.

Por otra parte, las empresas operan en una lógica enfocada a la disminución de los costos y aumento del lucro, por medio de la optimización operacional y de la maximización de los resultados; se torna comprensible que, ante los problemas relacionados al Poder Judicial, las empresas busquen medios alternativos para la resolución de conflictos. El arbitraje es una opción que ha sido considerada.

Así, sobre las ventajas y las desventajas de este instituto será realizado el presente estudio, para evaluar si el arbitraje, a pesar de tener un costo inmediato mayor que el del proceso judicial, es más ventajoso en el transcurrir del litigio, una vez que la decisión sea emitida, en principio, con mayor rapidez y con más precisión.

El estudio utiliza los principios del análisis económico del derecho en la búsqueda de la comprensión de las implicancias fácticas de la opción por el arbitraje en la solución de conflictos de parte del empresario.

La investigación de campo realizada, partió de la aplicación de un cuestionario a empresarios que aceptaron participar del levantamiento de datos. El referido cuestionario buscaba evaluar el grado de satisfacción de los entrevistados en relación al resultado obtenido por medio del arbitraje, así como su disposición a, en caso sea necesario, repetir nuevamente la misma opción de la solución de los conflictos.

En el Brasil, cualquier investigación relacionada al arbitraje encontrará dificultades en la expresión del número de agentes alcanzados por la investigación, ya que una de sus características es el carácter confidencial, no se dispone de acceso a datos públicos en la materia.

Los empresarios participantes de esta investigación aceptaron el desafío de revelar su impresión sobre la elección por el método privado de solución de conflictos, meramente en consideración personal a los investigadores o por indicación de terceros.

Se trata, por lo tanto, de una investigación de base cualitativa y no cuantitativa.

Para la exacta comprensión de la importancia del arbitraje en términos de desarrollo económico, se inicia el artículo con una breve mención a algunos fundamentos de la vertiente jurídica conocida como análisis económico del derecho.

2. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

A fin de verificar la utilidad y la eficiencia de las normas que se aplican al arbitraje, se optó por la alusión a algunos de los fundamentos del análisis económico del derecho (AED). El movimiento, también conocido como «*Law and Economics*», consiste, de acuerdo con Ribeiro y Galeski Junior (2009, p. 69), en:

[...] un movimiento interdisciplinario, que trae para el sistema jurídico las influencias de la ciencia social económica, especialmente los elementos valor, utilidad y eficiencia. Busca aplicar su método a todos los campos del derecho, presentando un nuevo enfoque de forma dinámica —desde aquéllas en que es fácil vislumbrar la interrelación, como el derecho de la competencia y contratos mercantiles— hasta en aquéllas en que causa mayor extrañeza para el jurista en el derecho penal y las relaciones familiares.

Del Masso (2007, p. 6) entiende que el «análisis económico resulta de los fundamentos tomados en consideración para sustentar la elección realizada por un agente económico». Algunos identifican en la Escuela

Clásica de Adam Smith, al proponer un mercado sin intervencionismo (Ribeiro; Galeski; 2009, p. 54), las bases de la referida escuela. Sin embargo, a partir de la publicación del artículo «El problema del costo social», por el economista Ronald Coase (Ribeiro; Galeski; 2009, p. 59), se enfatiza que las normas jurídicas sólo se justifican por referencia a un análisis costo-beneficio, y que los inconvenientes que normalmente son considerados como la falta de un partido, son los conflictos más simétricos entre las dos partes.

Otro trabajo considerado importante para el movimiento fue el de Guido Calabresi, profesor de la Universidad de Yale, con la obra «Algunas consideraciones acerca de la distribución del riesgo y la legislación sobre responsabilidad civil». Según Pimenta y Lana (2010, p. 93):

En la obra de Calabresi, se buscó demostrar la importancia del análisis de los impactos económicos en la asignación de recursos, con el objetivo la regulación de la responsabilidad civil en el ámbito legislativo o judicial. Así, se inculca expresamente el análisis económico en cuestiones jurídicas y también en relación al derecho civil.

Desde entonces el movimiento se difundió globalmente (Carvalho, 2008, p. 185). Richard Posner, también de la Universidad de Chicago, publicó el primer libro de derecho y economía, titulado «*Economic Analysis of Law*». Posner, juez de la Corte de Apelación de los Estados Unidos, fue considerado uno «de los verdaderos precursores del movimiento, pues muchos consideran a Coase como un nuevo institucionalista, que sólo contribuyó para la formación del desarrollo, pero no lo desarrolló» (Ribeiro; Galeski, 2009, p. 58). Posner, por ser juez de la Corte de Apelación, utilizaba en sus decisiones el AED, demostrando así la viabilidad de la aplicación interdisciplinaria del derecho y la economía.

El estudio del AED está dividido en dos líneas: (i) el análisis positivo del derecho y (ii) el análisis normativo del derecho (Ribeiro; Galeski, 2009, p. 69). El análisis positivo estaría relacionado a un criterio de

verdad y el normativo a un criterio de valor, habiendo una distinción entre el mundo de los hechos y de los valores. Gico Junior (2012, p. 18) entiende que:

El AED positivo nos ayudará a comprender lo que es la norma jurídica, así como su racionalidad y las diferentes consecuencias probables que derivan de la adopción de ésta o aquella regla, o sea, el abordaje es eminentemente descriptivo/explicativo con resultados predictivos. El AED normativo nos ayudará a escoger entre las alternativas posibles la más eficiente, esto es, escoger el mejor arreglo institucional dando un valor (vector normativo) previamente definido.

Pinheiro y Saddi (2005, p. 88) también afirman que el análisis positivo prevé los efectos de las reglas legales y que el análisis normativo está directamente relacionado con la eficiencia, que va más allá y busca establecer recomendaciones de políticas y reglas legales basadas en sus consecuencias económicas.

Es importante notar que Coase (1960, pp. 36-37) aborda la cuestión de la eficiencia sobre el prisma de la intervención, el Estado de *laissez faire* no es la mejor solución, pero tampoco la intervención total. Según el autor:

Mejor abordaje parece ser iniciar el análisis con la situación aproximada de aquello que realmente existe, para examinar los efectos de la mudanza política propuesta y para intentar decidir si la nueva situación sería, en todo, mejor o peor que la situación original. De este modo, las conclusiones alcanzadas tendrían alguna relevancia para la realidad [...].

El costo de ejercer un derecho (de usar un factor de producción) es siempre la pérdida sufrida en otro lugar como consecuencia del ejercicio de este derecho —la incapacidad de cruzar la tierra, estacionar el carro, construir una casa, gozar de una vista, tener paz y silencio, respirar aire limpio—.

Coase resalta que siempre el ejercicio de un derecho resultará en la pérdida de otro; así, aunque una determinada norma consiga de hecho ser eficiente, habrá una pérdida, debiendo siempre prestarse atención al efecto total.

El autor también desarrolla otro factor esencial al análisis pretendido, que son los costos de transacción, que serían los de investigación y adquisición de informaciones, de búsqueda de compañeros comerciales, de elaboración de los contratos, de negociación, de conclusión y de control de las cláusulas contractuales (Coase, 1960, p. 15). Danhlman (1979, p. 148), en un artículo que aborda las externalidades y las fallas del mercado, aduce que este concepto debe ser ampliado incluyendo los costos de negociación y de decisión, de fiscalización y ejecución. Por lo tanto, el costo de transacción es «el costo envuelto en una transacción económica para adquirir y transferir derechos de propiedad» (Timm, 2009, p. 20). Salama (2012, p. 383) ejemplifica el costo de transacción con la solución de eventuales conflictos oriundos de una relación contractual, pues el individuo al celebrar un contrato analiza los costos de monitoreo del cumplimiento del contrato por la otra parte y la eficacia de la ley en un eventual incumplimiento del mismo. Así, cuanto mayor el precio, menor el interés del individuo en tomar parte en el negocio.

Es importante mencionar también el costo de oportunidad, que consiste en el «valor del beneficio abandonado al escogerse una alternativa en vez de la otra. Es, por lo tanto, el costo de algo en términos de una oportunidad renunciada o impedida. Cuanto más largo el proceso, mayor el costo de oportunidad» (Salama, 2012, p. 384).

Por último, Timm (2012, p. 19) esclarece la función de la aplicación de la metodología del Análisis Económico del Derecho:

Los iuseconomistas tienen como principal característica considerar el derecho como un conjunto de reglas que establece costos y beneficios para los agentes que pautan sus comportamientos en función de tales incentivos. Así, el abordaje iuseconómico

investiga las causas y las consecuencias de las reglas jurídicas y de sus organizaciones en la tentativa de prever cómo ciudadanos y agentes públicos se comportarán ante una regla dada, y cómo alterarán su comportamiento en caso esta regla sea alterada.

Teniendo en cuenta que el AED busca verificar las consecuencias de la aplicación de institutos jurídicos para aumentar la eficiencia y maximizar riquezas, así como prever el comportamiento de las partes en función de los incentivos presentes, la propuesta de este artículo es verificar la utilización del arbitraje como forma de solución de controversias en el ambiente normativo nacional, y a partir de la experiencia práctica local.

3. PERSPECTIVAS DEL ARBITRAJE EN EL BRASIL

A priori, se hace necesario un análisis de la perspectiva del arbitraje en el Brasil, demostrando sus principales bases, así como algunos aspectos de la Ley n.º 9.307/1996, ley que reglamentó la utilización del arbitraje en el Brasil.

Debido al atraso de la legislación nacional, incluso en relación con algunos otros países sudamericanos, el gobierno federal, en 1981, presentó un primer anteproyecto de ley de arbitraje, el cual introducía un importante avance en el sentido de salir de la necesidad de homologación del laudo arbitral. Mientras que la propuesta legislativa no tuvo éxito, tampoco el proyecto siguiente de 1986, que dejaba mucho que desear en la pregunta relacionada a la precisión técnica (Carmona, 2004, p. 24).

En 1988, fue presentado un anteproyecto que pretendía alterar diez artículos del Código de Proceso Civil, a fin de hacer viable el arbitraje en el Brasil. No obstante, dejaba de tratar la cuestión del laudo arbitral, así como los problemas relacionados a los laudos extranjeros. En razón de sus imperfecciones, el proyecto fue archivado.

Frente a todos estos intentos, por iniciativa del Instituto Liberal de Pernambuco, en 1991 se inició la Operación *Arbiter*³ que permitió que el 9 de diciembre de 1991 fuese presentado un anteproyecto de Ley de gran repercusión. Su versión final fue presentada en el Seminario Nacional sobre Arbitraje Comercial, realizado en la ciudad brasileña de Curitiba, el 27 de abril de 1992. La propuesta de Ley se basa en las directrices de la Ley Modelo sobre el Arbitraje Comercial de la Uncitral, de 1985.

Finalmente, fue promulgada la Ley n.º 9.307 de 23 de septiembre de 1996, la cual, junto al Código Civil brasileño, establecen la base jurídica del instituto arbitral.

Conforme determina la Ley n.º 9.307/96, en su art. 1⁴ (Brasil, 1996), hay requisitos objetivos y subjetivos que deben ser cumplidos para la instauración del proceso arbitral. Los requisitos objetivos estipulan que el arbitraje solamente versará sobre derechos patrimoniales disponibles (Amaral, 2010, p. 131). El Código Civil brasileño dispone en el art. 852⁵ (Brasil, 2002) que no podrá ser establecido convenio arbitral para soluciones que no sean estrictamente de carácter patrimonial, esto es, no podrán ser materia arbitral cuestiones de derecho personal de familia y relacionadas al Estado, entre otras.

³ La Operación *Arbiter* fue comandada por el Instituto Liberal de Pernambuco, coordinado por el Dr. Petrônio Muniz, abogado, de la cual resultó el Proyecto final de la Ley n.º 9.307/96, presentada en Curitiba en 1992 (Teixeira, 2008, s/p). En la exposición de motivos, esclareció que la propuesta legislativa tenía en cuenta directrices de la comunidad internacional, especialmente, las fijadas por la ONU en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional formulada por la Uncitral.

⁴ Artículo 1, de la Ley n.º 9.307/1996 prevé: «Las personas capaces de contratar podrán valerse del arbitraje para dirimir litigios relativos a derechos patrimoniales disponibles».

⁵ Artículo 852 del Código Civil, Ley n.º 10.406/2002: Está prohibido el compromiso para la solución de cuestiones de Estado, de derecho personal de familia y de otras que no tengan carácter estrictamente patrimonial.

El requisito subjetivo aduce que solamente las personas capaces de contratar podrán ser sujetos de arbitraje (Wladeck; Amaral, 2011, p. 13; Martins, 1998, p. 29). Esta disposición está prevista en la primera parte del art. 1 de la Ley de Arbitraje, la cual afirma que «las personas capaces podrán contratar», y en el art. 851 del Código Civil, que afirma que «es admitido el convenio arbitral, judicial o extrajudicial, para resolver litigios entre personas que pueden contratar».

La cláusula arbitral pasó a ser expresamente prevista en el art. 4 (Brasil, 1996), más allá de haber sido determinadas algunas formalidades a ser cumplidas.

El legislador brasileño no abolió la diferencia entre cláusula y convenio arbitral, pudiendo cualquiera de ellas dos ser utilizada. Mientras tanto, estableció la posibilidad de intervención del Poder Judicial si hubiera una cláusula compromisoria vacía, y las partes no consiguieran instituir el juicio arbitral (Carmona, 2007, p. 35).

De acuerdo con las enseñanzas de Felipe S. Wladeck y Paulo O. Amaral, este régimen impone tres requisitos para que se admita la resolución de una controversia al juzgador privado (2011, p. 132):

Uno de orden subjetivo y dos de orden objetivo. La arbitrabilidad subjetiva consiste en la identificación de quien podrá figurar como parte en un proceso arbitral, mientras que la arbitrabilidad objetiva se refiere a las materias que podrán ser sometidas a la apreciación de los árbitros.

Se denota que el instituto se diferencia de la vía de solución estatal y, por esto, a continuación, serán abordadas las ventajas y desventajas de su utilización comparativamente a la vía judicial.

3.1. Ventajas y desventajas

El arbitraje tiene como pilar la autonomía de las partes, y éste es el principal elemento que las hace optar por este medio. En este sentido, afirma Paulo Osternack Amaral (2008, s/n): «Sin duda, el principal atractivo del arbitraje consiste en la amplia autonomía de la voluntad que atraviesa este método alternativo de solución de controversias».

Más allá de poder optar por los árbitros y por las reglas aplicables, el arbitraje posee un procedimiento flexible, célere y confidencial. Por lo tanto, esta autonomía se desdobra en un conjunto de factores, siendo que algunos resultan en ventajas y otros en desventajas, los cuales serán individualmente abordados a continuación.

3.1.1. Especialidad

La elección de los árbitros permite que las partes opten por juzgadores extremadamente habilitados y especializados en el área objeto del litigio. La elección deberá tener en consideración la experticia del juzgador y el tiempo disponible para apreciar las cuestiones en debate. Según Pilger (2013, p. 41): «La especialización permite minimizar errores en las decisiones arbitrales y, en este punto, puede representar economía para las partes, por la mejora en la calidad de las decisiones», disminuyendo de este modo el costo de transacción (Timm, 2009, p. 29).

Así, en comparación con las decisiones proferidas por los jueces togados, la tendencia es que el juzgamiento arbitral sea más calificado y adecuado a la realidad del litigio involucrando cuestiones empresariales. Véase, por ejemplo, la posibilidad de que las partes decidan por la exención de la pericia en el caso de que los árbitros sean debidamente calificados en el área del objeto litigioso.

También hay la posibilidad de la elección de cámaras arbitrales especializadas en diferentes especies contractuales, como contratos societarios, de locación, entre otros.

Por otro lado, la expectativa de decisiones eficientes puede servir de estímulo al cumplimiento de los contratos, disminuyendo la posibilidad de conductas oportunistas de las partes.

3.1.2. *Confidencialidad*

A diferencia del proceso estatal, las partes pueden restringir consensualmente la publicidad en el arbitraje (Amaral, 2008, s/n). Este factor es, especialmente, relevante en causas que involucren asuntos estratégicos de empresas, en las cuales la divulgación pueda generar perjuicios a las empresas litigantes o, incluso, en los casos en que la sentencia pueda causar daños a la imagen de las partes ante sus clientes. Por lo tanto, la confidencialidad puede disminuir el costo de la transacción para las partes que no tendrán perjuicios al exponer hechos o documentos en los autos (Pugliese; Salama, 2008, p. 139). Timm, (2009, p. 25) aduce que los costos de transacción también son deducidos para evitar la divulgación de informaciones sensibles a la competencia, tales como *know-how*, secreto industrial, técnicas y estrategias de captación de clientes, modelos de proyecciones de rendimientos o lucros, aspectos particulares de investigación y desarrollo, entre otros.

Otro factor ponderable se refiere a la imposibilidad de fiscalización de parte del Fisco. Aunque no haya jurisprudencia acerca del tema, una liminar emitida por la 4.^a Corte Federal de la Región de São Paulo, en el Mandato de Seguridad n.º 0012499-73.2013.4.03.6100, prohibió a la *Receita Federal*^{NT} (demandada) exigir informaciones acerca de los arbitrajes realizados por la Cámara de Comercio Brasil-Canadá (demandante).

^{NT} Nota del traductor: La *Secretaria da Receita Federal* es el organismo de administración tributaria a nivel federal en Brasil.

Los fiscalizadores habían solicitado datos sensibles, tales como nombres de las partes, valores involucrados y acceso a los autos arbitrales. Según Mengardo (2013, s/p), las fiscalizaciones por el Fisco son criticadas por los árbitros, abogados y dirigentes de las entidades, por creer que la actuación del Fisco sería «una "expedición" en busca de posibles irregularidades fiscales. Prevaleció, en la decisión mencionada, el entendimiento de que, al instaurar las fiscalizaciones, el Fisco no especificó sobre qué compañías gustaría de obtener datos».

El Juez Federal brasileño basó su decisión en los artículos 13, §6^o de la Ley n.º 9.307/1996, 5º, inciso XII⁷ de la Constitución Federal, 197 § único del Código Tributario Nacional, y en el Reglamento Interno de la Cámara.

El interés de la *Receita Federal* en los arbitrajes, de acuerdo con Cristo (2013, s/p), deriva de tres factores: (i) los elevados honorarios recibidos por los árbitros; (ii) el acceso al planeamiento tributario de terceros; y (iii) el no pago de contribuciones previsionales que incidirían sobre las elevadas remuneraciones de los ejecutivos.

El acceso al planeamiento tributario de terceros es temido por los tributaristas, pues posibilitaría al Fisco la obtención de mayores informaciones con el fin de, en el futuro, descalificar las estrategias tributarias al evaluar las operaciones societarias como fusiones, adquisiciones, escisiones y compras de participaciones accionarias. Las informaciones obtenidas podrían ser usadas para contestar procesos administrativos en perjuicio de los litigantes.

⁶ Es lo dispuesto en el artículo 13, §6.º de la Ley n.º 9.307/1996: «En el desempeño de su función, el árbitro deberá proceder con imparcialidad, independencia, competencia, diligencia y discreción».

⁷ Es lo dispuesto en el artículo 5.º, inciso XII de la Constitución Federal: «es inviolable el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telegráficas, de datos y de las comunicaciones telefónicas, salvo, en el último caso, por orden judicial, en las hipótesis y en la forma que la ley establece para fines de investigación criminal o instrucción procesal penal».

Al respecto, de la remuneración de los altos ejecutivos, ésta puede incluir el pago de planes de pensión privada, acciones en la Bolsa de Valores y otros programas de marketing de incentivo, en los cuales no incide la contribución al INSS (Instituto Nacional del Seguro Social). Como los conflictos entre altos ejecutivos y empresas son dirimidos normalmente por la vía arbitral, la fiscalización permitiría que la *Receita* averigüe eventuales dribles previsionales y los encuadre en la hipótesis del contribuyente, conforme al artículo xx de la Ley n.º 8.213/1991.

La imposibilidad del Fisco de fiscalizar los arbitrajes agrega más valor a la confidencialidad, pues aumenta el grado de confianza de las empresas en presentar detalles en el proceso, los cuales no serían cuestionados directamente por la *Receita* (Cristo, 2013, s/p).

3.1.3. La celeridad y la ausencia de recurso

La celeridad está directamente relacionada con el laudo arbitral. El art. 31 de la Ley de Arbitraje dispone que «el laudo arbitral produce, entre las partes y sus sucesores, los mismos efectos de la sentencia emitida por los órganos del Poder Judicial y, siendo condenatoria, constituye título ejecutivo». Por lo tanto, se concluye que el laudo arbitral es equiparado a las sentencias judiciales, y no hay la necesidad de ser homologada por el Poder Judicial, pudiéndose afirmar que ambas son declaraciones de voluntad del Estado (Rocha, 2008, p. 102).

Éste será siempre escrito, y, cuando hubiera varios árbitros, la decisión será tomada por mayoría; mientras que, si no hubiera acuerdo mayoritario, prevalecerá el voto del presidente del tribunal, en los términos del art. 24 (Brasil, 1996).

Considerando que, en la convención arbitral, las partes poseen el poder de reglamentar integralmente el procedimiento, pueden escoger el plazo en que será proferida la sentencia (Carmona, 2007, p. 281),

y pueden, por mutuo acuerdo, prorrogar este plazo. Sin embargo, si nada fuera acordado, el plazo para la presentación del laudo será de seis meses, conforme al art. 23⁸ de la referida ley (Brasil, 1996). Además, la «expiración de este plazo extingue el proceso arbitral, desde que, notificado el árbitro o el presidente del tribunal arbitral, ella no sea emitida en el plazo de diez días (art. 12, III)» (Cavalcanti, 2010, p. 137).

Además, la ausencia de la previsión de recursos contra la decisión arbitral por sí solo hace el proceso más célere y las hipótesis de nulidad de la sentencia arbitral son taxativas, previstas en el art. 32 (Brasil 1996):

Es nula la sentencia si: I. Fuera nulo el convenio arbitral; II. Emanó de quien no podía ser árbitro; III. No contuviera los requisitos del art. 26 de esta ley; IV. Fuera emitida fuera de los límites del convenio arbitral; V. No decida todo el litigio sometido al arbitraje; VI. Comprobado que fue emitida por prevaricación, concusión o corrupción pasiva; VII. Emitida fuera de plazo, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 12, inciso III, de esta ley; y VIII. No fueran respetados los principios de los que trata el art. 21, §2º, de esta ley.

La taxatividad busca asegurar a las partes la eficiencia del procedimiento arbitral, ya que la sentencia no será anulada por el Poder Judicial, sino sólo en los casos previamente establecidos en la Ley. En este sentido, afirma Sklarowski (2004, s/p), «el modelo brasileño es semejante al italiano, no siendo pasible de recurso, cabiendo solamente la interposición de acción de la nulidad del laudo arbitral en los casos expresamente previstos».

⁸ Art. 23, de la Ley n.º 9.307/96: «El laudo arbitral será emitido en el plazo estipulado por las partes. Si no se hubiese acordado algo, el plazo para la presentación de la sentencia es de seis meses, contado desde la institución del arbitraje o de la sustitución del árbitro. Parágrafo único.- Las partes y los árbitros, de común acuerdo, podrán prorrogar el plazo estipulado».

Esta acción deberá ser propuesta en el plazo de noventa días siguientes a su recepción, o de su modificación, conforme al art. 33 de la referida ley, siendo este plazo de prescripción.

Así, la imposibilidad de recurso reduce los costos de transacción, ya que no compensará a las partes por la instauración del proceso arbitral, a fin de dilatar el cumplimiento del contrato, debido al alto costo monetario involucrado, la agilidad del proceso, así como la imposibilidad del recurso.

3.1.4. Flexibilidad

El proceso arbitral se caracteriza por la autonomía de las partes y flexibilidad procedimental, conforme se denota de lo expuesto en los artículos 5 y 21 de la Ley n.º 9.307/1996. Reisdorfer (2019, p. 302), acerca de la flexibilidad, aduce que:

Se trata de una de las más relevantes ventajas del arbitraje en relación al proceso estatal, ya que es posible regular el rito procedimental de acuerdo con las especificaciones de la situación material litigiosa. Con la flexibilidad se gana en eficiencia y tiempo —se realiza, en otras palabras, el debido proceso legal—.

Sin embargo, la flexibilidad es mitigada por los principios del contradictorio, de la igualdad de las partes, de la imparcialidad del árbitro y de su libre convicción, a fin de resguardar el debido proceso legal, conforme al artículo 21, §2º de la Ley n.º 9.307/96.

3.1.5. El costo monetario

El arbitraje es una vía de resolución de conflictos en el Brasil más costosa monetariamente que el equivalente del Estado. De acuerdo con una investigación realizada en 2008, por Paulo Osternack Amaral (2008, s/n), en tres tradicionales cámaras arbitrales en São Paulo los costos y los honorarios no son menos de R\$ 30.000,00 (treinta mil reales):

En consulta a la tabla de costos y honorarios del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Brasil-Canadá, se puede extraer que un arbitraje administrado por tal institución no costará menos de cincuenta mil reales a las partes. Semejante conclusión también extraíble de la tabla de costos y honorarios de la Cámara de Mediación y Arbitraje de São Paulo, la cual evidencia que un proceso arbitral administrado por esta cámara no será por menos de treinta mil reales. La tabla de costos y honorarios del Centro de Arbitraje de la Cámara Americana de Comercio (Amcham), considerando que la demanda arbitral tenga fin en seis meses, refleja la misma realidad en términos de costo.

Todavía, de acuerdo con una investigación realizada en el tribunal arbitral de São Paulo por Timm (2009, p. 24), los costos (honorarios y gastos de los árbitros y gastos administrativos de la Corte) variarán entre 2% a 6% del valor de la causa. Así, el costo variará de acuerdo con la cámara escogida.

En los arbitrajes internacionales, de acuerdo con investigación realizada en la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) por Timm (2009, p. 24), el costo incluirá tres conceptos: los honorarios de los árbitros, sus gastos y los gastos administrativos de la corte. Estos costos en un litigio que involucra veinte millones de dólares, con tres árbitros, será de, aproximadamente, 1.76% de este valor.

A pesar del elevado costo, de acuerdo con Paulo Magalhães Nasser y Felipe Vollbrecht Sperandio (2012, p. 631), la utilización de este medio de resolución, todavía es preferible en algunas situaciones:

La dedicación exclusiva de los árbitros, aunque pueda parecer costosa, representa una notable diferencia en lo que respecta al análisis de un elevado número de documentos y elementos probatorios, siendo preferida especialmente en contratos que involucran grandes montos.

Por lo tanto, la elección por esta vía debe tener en consideración si la necesidad de habilidad técnica del árbitro, la disminución del tiempo gastado en la solución del conflicto y la confidencialidad compensan el alto costo monetario de corto plazo y el riesgo, en razón de la imposibilidad de interposición de recurso, sufrido por las partes.

Según Pilger (2013, p. 42), «la lógica empresarial demuestra que el arbitraje en la relación costo-beneficio, es más ventajosa, teniendo en cuenta el tiempo del proceso, que acaba generando impacto en el flujo de caja de las empresas».

3.1.6. Otras ventajas

Más allá de las ventajas demostradas en los tópicos anteriores, Machado (2009), pp. 82-91) aborda otras dos ventajas que, aunque relacionadas con las ya mencionadas, son especies de éstas, que son «la mayor similitud de pensamiento entre los árbitros y los empresarios, que la de entre los jueces y los empresarios» y «el pequeño mundo del arbitraje como un incentivo a la razonabilidad de las decisiones».

En lo referente a los contratos empresariales, hay poco compartimiento de valores entre jueces y empresarios, Machado (2009, pp. 84-85) hace tal afirmación en base a una investigación realizada por Castelar Pinheiro en 2002 (Pinheiro, 2002, *apud* Machado, 2009, pp. 83-84), en la cual la mayoría de los empresarios (72%) y la mayoría de jueces (73.1%) escogieron respuestas opuestas a la pregunta que valoraba el cumplimiento del contrato, independientemente de repercusiones sociales y la búsqueda de la justicia social, prevaleciendo el interés de los menos privilegiados en detrimento de lo establecido en los contratos. Los empresarios optaron por la prevalencia del contrato, mientras que los jueces, por el interés de los menos privilegiados.

Así, para los empresarios, la semejanza de pensamientos sería un incentivo para la elección de la vía arbitral, en detrimento del Poder Judicial,

con la suposición de que con los árbitros la elección por la no observancia del contrato no ocurriría u ocurriría en menor grado que con los jueces.

La otra ventaja se refiere a la pequeña cantidad de personas involucradas en el arbitraje. De acuerdo con Machado, el mundo del arbitraje es constituido por un pequeño grupo de personas que se conocen, y esto incentivaría que los comportamientos no razonables aparezcan en menor número que en la jurisdicción estatal. Esto porque las personas se reencontrarían en otro procedimiento arbitral y, en caso no se basen en la razonabilidad, pocas serían las chances de los árbitros de ser escogidos nuevamente por las partes, o hasta incluso por sus propios colegas árbitros (Machado, 2009, p. 90).

Por lo expuesto, las ventajas del arbitraje son nítidas, o sea, se puede optar por los árbitros, por las reglas aplicables, más allá de ser un procedimiento flexible, célere y confidencial. Por estas razones, de acuerdo con Paulo Magalhães Nasser y Felipe Vollbrecht Sperandio (2012, p. 631):

El arbitraje viene ganando espacio como medio eficaz de resolución de conflictos. De hecho, se presenta como alternativa importante, especialmente, cuando la búsqueda es por celeridad, especificación, confidencialidad, flexibilidad y eficacia en el cumplimiento de las decisiones.

Demostrada su importancia y los motivos potenciales por los cuales será escogido, cabe analizar si este instituto ha sido utilizado con el fin del cumplimiento de los contratos empresariales en el Brasil, y cuáles son las percepciones de los empresarios y abogados.

4. INVESTIGACIÓN EMPÍRICA

Fue realizada una investigación empírica con seis empresarios, nueve abogados y dos cámaras arbitrales. La investigación buscó averiguar la satisfacción de los empresarios en relación al arbitraje y si las ventajas

mencionadas en el tópico 2 son factores relevantes para la elección de este medio de resolución de conflictos. Ya la investigación con abogados y cámaras arbitrales buscó complementar las investigaciones realizadas con empresarios, en relación a la calificación de los árbitros, celeridad y costo monetario.

De acuerdo con los datos obtenidos por medio de las entrevistas con empresarios, junto a las cámaras arbitrales y abogados, se constató que la cláusula arbitral es el medio más utilizado para la instauración del arbitraje, y que hay árbitros calificados en diversas áreas del conocimiento, de acuerdo con la totalidad de los entrevistados. En relación al crecimiento del arbitraje en los últimos cinco años, el abogado 3 afirmó que no hubo un aumento significativo en el porcentaje de árbitros en la cámara en que participa de la coordinación; los demás dijeron que hubo crecimiento, y el abogado 8 afirmó que se nota un aumento mayor en la utilización de las cláusulas arbitrales en los contratos empresariales que en la cantidad de arbitrajes.

Los seis empresarios consultados afirmaron que la celeridad y la calidad en la decisión, son factores por los cuales escogen el arbitraje. Ninguno mencionó la confidencialidad como uno de los factores.

Sin embargo, en lo que respecta a la calidad procesal, la práctica se distanció de la teoría. La sumatoria de procedimientos que sometieron a arbitraje los seis empresarios participantes es de quince arbitrajes, y sólo el empresario 5 obtuvo un laudo emitido en un período de seis meses, o menos.

Por otra parte, mediante cuestionamientos semejantes junto a las cámaras arbitrales, ambas de Curitiba, la cámara arbitral 1 informó que, en promedio, los laudos son emitidos en diez meses para casos que no involucren pericia. La cámara arbitral 2 relató que 99% de los laudos son emitidos dentro del plazo de seis meses. El abogado 9 informó que

las controversias de complejidad media a grande duran en promedio entre un año y medio y dos años para ser dirimidas.

Otro punto relevante es el relativo a la calificación de los árbitros. Todos los entrevistados —cámaras, abogados y empresarios— informaron que había una lista de árbitros de diversas áreas de conocimiento. Sin embargo, ambas cámaras arbitrales informaron que, aunque haya árbitro calificado en la materia de arbitraje, no se dispensa la pericia, por tanto, no habría reducción de costos en este sentido. Por otro lado, el abogado 9, acerca de este tema, relató que ha visto con frecuencia la dispensa de la pericia, incluso, no habiendo árbitro calificado, cuando las partes presentan informes/opiniones de los técnicos.

Aun con respecto a la calificación de los árbitros, pero en relación a la calidad de la decisión emitida por éstos, el empresario 1 afirmó que los árbitros tuvieron enorme dificultad de comprensión por ser todos abogados y la materia litigiosa involucraba un tema esencialmente técnico de ingeniería; complementó, además, que ninguna de las partes quedó satisfecha con el resultado final. Posteriormente, concluyó que, aunque el plazo había sido razonable en relación a la justicia común, la decisión de los árbitros fue «parecida a la de los jueces, de quienes cualquier cosa se puede esperar».

El empresario 2, a pesar de no tener cómo analizar la calidad de la decisión, pues no fue emitido el laudo, afirmó que, aunque no haya laudo, los árbitros no estaban bien calificados en el área de interés, pues en la audiencia no hicieron preguntas pertinentes al litigio.

El empresario 3, afirmó no poseer opinión acerca de la decisión de los árbitros.

El empresario 4 adujo que las chances de obtener una decisión calificada en el arbitraje son mayores, y, normalmente, los árbitros son calificados en la materia del litigio. Alegó, además, que «en la mayoría

de las veces, los laudos estaban mejor fundamentados de lo que se ve en sentencias judiciales, lo que las hace, de cierta forma, más calificadas».

En el mismo sentido entendieron los empresarios 5 y 6, los cuales, inclusive, afirmaron que la decisión calificada es un factor decisivo para la elección por el arbitraje.

Por último, los seis empresarios concordaron que el arbitraje es extremadamente caro. El empresario 1 afirmó ser «un proceso extremadamente caro y agotador para todas las partes». Su ventaja es someterse a un plazo de solución más exiguo que el de la justicia común. «Por lo menos aquí en el Brasil, y de la forma como viene siendo aplicado, no lo veo como la solución definitiva para la solución de disputas». Sin embargo, este empresario inserta en los contratos la cláusula arbitral. El empresario 2 afirmó que, en relación al costo-beneficio, no hay ventaja en optar por el arbitraje. Por su parte, el empresario 3 dice que todavía espera la decisión para que pueda manifestarse al respecto.

El empresario 4 considera que el arbitraje solamente es beneficioso en relación a la mayor seguridad en obtener una decisión calificada, no haciendo mención a las demás ventajas de este instituto.

A pesar de que la empresa entiende que las decisiones, en general, hayan sido más calificadas que en el Poder Judicial, no se puede tener la certeza de que no sería posible obtener decisiones iguales en el Poder Judicial.

Por otro lado, la duración del litigio fue demasiado larga y su costo fue altísimo.

Así, se puede decir que el costo-beneficio de los arbitrajes sólo vale la pena por la mayor seguridad en la posibilidad de obtener una decisión más calificada, en comparación con el Poder Judicial. Sin embargo, el costo-beneficio fue mucho menos de lo esperado.

El empresario 5 se mostró bastante favorable al arbitraje:

Aunque aparentemente (inicialmente) onerosa, el arbitraje ofrece resultados de corto o medio plazo, que la justicia común no ofrece. Tenemos en la justicia común causas con más de veinte años, con resultados tomados como líquidos y ciertos, sin que haya sido emitida alguna sentencia, resultado de actos dilatorios en diversas instancias —no existe costo mayor que éste—.

Por último, el empresario 6 realizó un análisis objetivo del resultado de sus arbitrajes, afirmando que el costo-beneficio fue bueno, una vez que se le considera vencedor en las disputas.

5. ANÁLISIS DE LA INVESTIGACIÓN EMPÍRICA Y COSTOS

En este tópico, se hará una correlación entre el análisis de la investigación empírica y los costos de transacción. Además, esta investigación será complementada por un estudio realizado por Pilger (2013). En su disertación de maestría, la autora realizó entrevistas con diez gerentes y directores jurídicos de empresas de gran parte de Río Grande del Sur (BR), a fin de analizar las principales ventajas percibidas por los entrevistados en la utilización de este instituto.

Conforme a lo descrito en este artículo, las partes pueden optar por el arbitraje, en razón de los costos de transacción relacionados a la resolución de la disputa, así como por el incentivo al cumplimiento de los contratos.

Comparativamente a la prestación jurisdiccional estatal, el arbitraje puede reducir los costos de transacción en razón de sus características: celeridad, flexibilidad, confidencialidad, imparcialidad y especialidad.

La investigación descrita en este artículo demuestra que la teoría, en determinados aspectos, se distancia de la práctica, expresamente, en

el art. 23 de la Ley n.º 9.307/96, no siempre se confirma, ya que sólo un laudo en el universo de los quince considerados, o sea, sólo 6.67% fueron emitidos en un período de hasta seis meses.

No obstante, el no cumplimiento del plazo estipulado en el referido art. 23 de la ley brasileña no es sinónimo de morosidad excesiva, ya que las cuestiones pueden ser complejas. La cámara arbitral 1 afirmó que los casos que involucran pericias toman más tiempo; y, teniendo en cuenta que ambas cámaras afirmaron no ser dispensada la pericia, independientemente de la calificación de los árbitros, éste es un punto que disminuye la celeridad. En relación al costo-beneficio, el empresario 5 afirmó que no existe costo mayor que el tiempo desperdiciado en una demanda judicial, apuntando a la celeridad como uno de los grandes beneficios del arbitraje; de la misma forma concluye el empresario 1. El empresario 5 dice ser la duración del litigio demasiado larga, y su costo altísimo, afirmando no compensar el arbitraje en estos aspectos.

Ahora, en la prestación jurisdiccional, el tiempo de espera por una decisión genera alto costo a las partes, en razón de la privación de bienes o derechos litigiosos, haciendo que las partes tengan que asumir el costo de oportunidad que deriva de esta privación (Salama, 2012, p. 384), y cuanto más largo el proceso, mayor el costo de oportunidad.

A pesar de que algunos empresarios están satisfechos con la celeridad del arbitraje, la investigación conduce a la conclusión de que hay una demora excesiva en la conclusión de los procedimientos arbitrales, tanto que el empresario 6 informó que una manifestación arbitral demoró más de seis años para ser emitida, lo que genera un costo de oportunidad elevado. Incluso al tenerse en cuenta que las materias sometidas al arbitraje son, generalmente, de mayor complejidad, los costos son relevantemente superiores al Poder Judicial, no habiendo justificación, cuando el criterio buscado es el de la eficiencia, para que una decisión demande tiempo superior al buscado por las partes. En caso contrario,

el costo de oportunidad será elevado, así como el costo monetario, factores que desmotivarían optar por el arbitraje.

En la investigación realizada por Pilger (2013, p. 72), la celeridad fue el segundo ítem que más atrajo a las empresas para la utilización del arbitraje, citada por 50% (cincuenta por ciento) de las empresas.

Por lo tanto, el tiempo necesario para la decisión arbitral es un factor a ser tomado en cuenta por las cámaras, teniendo en cuenta el crecimiento de la demanda del arbitraje y la consecuente búsqueda por las cámaras arbitrales. El aumento de la demanda y el aumento de la lista de árbitros disponibles, deben ser proporcionales. Y, aunque se alegue que hay árbitros suficientes, determinados árbitros son requeridos de forma más frecuente, lo que debe ser administrado para que esta preferencia no perjudique la celeridad del procedimiento en razón de la gran demanda.

En relación a la especialidad y la consecuente calificación de la decisión, la investigación expresada en este artículo demuestra que 50% de los empresarios estaban satisfechos con la calidad de la decisión de los árbitros, 33.33% estaban insatisfechos, y 16.66% todavía no podían informar. El empresario 4 relató que los laudos son mejor fundamentados que las sentencias judiciales; sin embargo, esta afirmación no demostraba la plena satisfacción con las decisiones.

De acuerdo con la investigación realizada por Pilger (2013, p. 71), 80% (ochenta por ciento) de las empresas entrevistadas perciben la especialidad como la principal ventaja en relación al Poder Judicial.

Teniendo en cuenta que la especialidad reduce la posibilidad de error en las decisiones arbitrales, ésta hace el contrato más atractivo a las partes, disminuyendo los costos de transacción por medio del estímulo al cumplimiento de los contratos.

La imparcialidad de los árbitros es otro factor que reduce estos costos, principalmente, en los arbitrajes internacionales, ya que existe un temor de que las cortes estatales favorezcan al particular nacional (Salama, 2012, p. 384). El empresario 5, por ejemplo, a las vísperas de la decisión, descubrió que el árbitro había sido abogado de la parte contraria, motivo por el cual fue requerido su retiro, el cual fue concedido.

En la investigación realizada por Pilger (2013, p. 74), esta ventaja fue citada por sólo dos empresarios como estímulo para optar por el arbitraje, correspondiendo al 20% de los entrevistados.

El secreto, conforme ya fue expuesto, es otro factor que reduce los costos de transacción en relación a diversos aspectos, como la protección de datos secretos y de relevante importancia para la empresa, así como el no conocimiento por los consumidores de una eventual falla en el ejercicio de la actividad empresarial; sin embargo, tal ventaja no fue abordada por los empresarios. En la investigación realizada por Pilger (*idem*), la confidencialidad fue el cuarto ítem citado por los empresarios como ventaja en la utilización del arbitraje, siendo indicada por 30% de ellos.

La reducción de los costos de transacción, en relación al incentivo del cumplimiento del contrato, engloba todos los factores arriba mencionados. Hasta, incluso, el alto costo monetario involucrado reduce la posibilidad de instaurar un proceso meramente dilatorio.

Salama (2012, pp. 385-386) compara la inserción de la cláusula arbitral (arbitraje *ex ante facto*) al convenio arbitral (arbitraje *ex post facto*). El autor relata que el acuerdo sobre el arbitraje *ex ante facto* incentiva el buen comportamiento contractual, pues la parte que soportaría la carga de su mala fe contractual, reduciendo los costos de transacción. Sin embargo, esa dinámica no ocurriría en el arbitraje *ex post facto*, ya que

la adopción del procedimiento arbitral ocurre después de que las partes ya están de acuerdo.

No hay evidencia expresa de esta reducción de costo; sin embargo, todos los empresarios consultados en esta investigación afirmaron que insertaron la cláusula arbitral en sus contratos.

Corroborando lo expuesto, Lemes (2007 *apud* Pilger, 2013, p. 33) comenta la eficiencia del arbitraje:

En el análisis económico del derecho, se trabaja con los conceptos de instituciones jurídicas y leyes eficaces y eficientes. La ley de arbitraje posee esta característica, pues el contratista, cuando opera con la hipótesis de haber incluido en el contrato la cláusula arbitral, sabe que el plazo para ser emitido el laudo arbitral es menor que el plazo de la decisión judicial. Las reglas son claras, transparentes, justas y no hay la plétora de recursos de los procesos judiciales. Estos factores son calificados como reductores de los costos de transacción y repercuten directamente en el contrato. Pero hay también proyecciones externas, con importancia para la economía por tener efecto conductor para el mercado.

Pilger (*idem*, p. 68) menciona además que, por el análisis de los testimonios, la flexibilidad en la definición de la ley aplicable, es un importante factor para la elección del arbitraje, principalmente, para las empresas extranjeras.

6. CONCLUSIÓN

Las empresas operan con la lógica de disminución de los costos y aumento del lucro, y los costos no siempre son monetarios, pudiendo ser también expresados en tiempo, agotamiento, entre otros; por lo tanto, éstos son factores fundamentales a ser considerados cuando se opte por la forma de solución de conflictos.

Las reflexiones que derivan de la investigación conducen a que el arbitraje no siempre será la solución más eficiente para la solución de los conflictos empresariales, lo que dependerá del grado de complejidad de la cuestión técnica, de la utilización de la pericia y del tiempo disponible de los árbitros. Habiendo demora, la relación del costo-beneficio puede no compensar, conforme fue evidenciado en las entrevistas.

La calidad de la decisión, teniéndose en consideración la especificidad de los árbitros, fue otro punto que se distanció de la teoría y del resultado esperado, ya que dos empresarios se mostraron insatisfechos y otro afirmó, tan solamente, que la decisión fuera más fundamentada que las equivalentes dictadas por el Poder Judicial, no demostrando satisfacción y tampoco insatisfacción.

Los diversos posicionamientos de los entrevistados inducen a que se considere que la posibilidad de la elección de los árbitros no está siendo hecha de la manera adecuada, cuando el conocimiento técnico deja de ser privilegiado en la definición de los juzgadores o en sus decisiones, lo que es corroborado por la afirmación de las cámaras arbitrales, en el sentido de que por más de que posean árbitros calificados en diversas áreas del conocimiento, la especialidad de los árbitros no está siendo repasada para la decisión final.

De este modo, la única ventaja del arbitraje, que está de hecho garantizada para todos, es la posibilidad de confidencialidad; no obstante, ésta no fue recordada por los empresarios consultados.

A pesar de las imperfecciones del sistema, sobre la óptica propuesta, el arbitraje se ha visto como instrumento de reducción de los costos de transacción. Conforme fue demostrado en el tópico 5, las partes pueden optar por este instituto en razón de celeridad, flexibilidad, confidencialidad, imparcialidad y especialidad, más allá de ser un incentivo para el cumplimiento de los contratos, factores que reducen los aludidos costos.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se concluye que el arbitraje en el Brasil tiende a crecer, y los empresarios, a pesar de no estar íntegramente satisfechos, consideran este medio de resolución de conflictos como alternativa al Poder Judicial. Sin embargo, los testimonios de los empresarios llevan a creer que la elección por el arbitraje deriva mucho más de un descontento en relación al Poder Judicial, que del estímulo de las ventajas de este instituto. No obstante, empresarios continúan utilizando este medio de resolución de conflictos, e insertando cláusulas arbitrales en los nuevos contratos, razón por la cual se concluye que la relación costo-beneficio del arbitraje, apunta ventajas en su adopción.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Paulo Osternack. *Vantagens e desvantagens da arbitragem*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, n.º 19, septiembre 2008. Disponible en: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?l=p-t&informativo=19&artigo=372>>. Acceso: 06/07/2012.

BRASIL. Planalto. *Código Civil*. Brasília, 1850. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acceso: 13 mayo 2012.

BRASIL. *Justiça Federal da Seção Judiciária de São Paulo*. *Mandado de Segurança* n.º 0012499-73.2013.4.03.6100. São Paulo, 23 de julio de 2013. Disponible en: <<http://s.conjur.com.br/dl/liminar-sigilo-camara-arbitral-brasil.pdf>>. Acceso: 28 octubre 2013.

BRASIL. Planalto. *Lei n.º 9.307 de 23 de setembro de 1996*. Brasília, 1996. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acceso: 24 enero 2012.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96*. São Paulo: Atlas Civil Brasileiro, 2004, 2.ª edición.

CARMONA, Carlos Alberto. *Reflexões sobre a reforma do código de processo civil: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Atlas, 2007.

CARVALHO, Cristiano y Ely José DE MATTOS. «Entre princípios e regras: uma proposta de análise econômica no direito tributário». *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, n.º 157, octubre, 2008.

CAVALCANTI, Fabiano Robalinho. *Arbitragem e Mediação*. Río de Janeiro: FGV, 2010.

COASE, Ronald H. *O Problema do Custo Social*. Traducción por Francisco Kümmel F. Alves y Renato Vieira Caovilla, bachilleres en derecho en la PUC/RS y miembros del Grupo de Investigación en Derecho y Economía de la PUC/RS, coordinado por el Prof. Dr. Luciano Benetti Timm. Revisión técnica de Antônio José Maristrello Porto (FGV Direito Rio) y Marcelo Lennertz (FGV Direito Rio). Chicago: *Journal of Law and Economics*, 1960.

CRISTO, Alessandro. *Liminar proíbe Receita de fiscalizar arbitragens*. Cconjur, 9 de setembro de 2013. Disponible en: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-09/liminar-proibe-receita-fiscalizar-processos-cameras-arbitragem>>. Acceso: 28 octubre 2013.

DAHLMAN, Carl Johan. The Problem of Externality. *The Journal of Law and Economics*, vol. 22(1), 1979, pp. 141-162.

DEL MASSO, Fabiano. *Direito Econômico*. Río de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 256.

FOUCHARD, Phillippe; Emmanuel GAILLARD; Berthold GOLDMAN; John SAVAGE. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

GICO JUNIOR, Ivo. «Introdução ao Direito e Economia». En TIMM, Luciano Benetti. *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, cap.1, pp. 1-33.

LEMES, Selma Ferreira. *O que mudou nos 13 anos de Lei de Arbitragem*. Jornal valor econômico, 30 noviembre 2009. Disponible en: <<http://www.selmalemes.com.br/news06.pdf>>. Acceso: 25 octubre 2013.

FERREIRA LEMES, Selma M. *Arbitragem na administração pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

FERREIRA LEMES, Selma M. *Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade*. São Paulo: LTR, 2001.

FERREIRA LEMES, Selma M., Carlos Alberto CARMONA y Pedro BATISTA. (coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao professor Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

MACHADO, Rafael Bicca. *A Arbitragem Empresarial no Brasil: uma análise pela nova Sociologia Econômica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MENGARDO, Bárbara. *Receita não pode fiscalizar arbitragem*. Disponible: <<http://cbar.org.br/site/blog/noticias/valor-economico-receita-nao-pode-fiscalizar-arbitragem>>. Acceso: 28 octubre 2013.

MUNIZ, Tânia Lobo. *Arbitragem no Brasil e a Lei n.º 9.307/96*. Curitiba: Juruá, 2001.

NASSER, P.M. y V. SPERANDIO. *Arbitragem como forma de resolução de conflitos empresariais*. In BRUSCHI, G.G. et al. (org.) *Direito Processual e Empresarial*. Río de Janeiro: Elsevier Editora, 2012, cap. 42, pp. 623-653.

PILGER, Márcia Ester Castro. *Da Arbitragem como Ferramenta de Gestão nas Empresas do Rio Grande do Sul*, 2013, 129 f. Disertación de Maestría. Universidad del Vale do Rio Dos Sinos - Unisinos.

PIMENTA, Eduardo Goulart y Henrique Avelino R. P. LANA. *Análise Econômica do Direito e sua Relação com o Direito Civil Brasileiro*. In *Rev. Fac. Direito UFMG*. Belo Horizonte, n.º 57, pp. 85-138, jul-dez 2010. Disponible en: <www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/126/118+Rev.+Fac.+Direito+UFMG,+Belo+Horizonte,+n.+57,+p.+85-138,+jul./dez.+2010&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=safari>. Acceso: 16 mayo 2013.

PINHEIRO, Armando Castelar; Jairo SADDI. *Direito, economia e mercados*. Río de Janeiro: Elsevier, 2005.

PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca y Bruno Meyerhof SALAMA. «A Economia da Arbitragem: Escolha racional e geração de valor». En JOBIN, Eduardo y Rafael Bicca MACHADO (orgs.). PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca y Bruno Meyerhof SALAMA. «A Economia da Arbitragem: Escolha racional e geração de valor». In JOBIN, Eduardo, Rafael Bicca MACHADO (org.). *Arbitragem no Brasil: Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira e Irineu GALESKI. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Río de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROCHA, Jose de Albuquerque. *Lei de Arbitragem, uma avaliação crítica*. São Paulo: Atlas, 2008.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *Análise Econômica da Arbitragem*. In TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, João Roberto da. *Arbitragem: aspectos gerais da Lei n.º 9.307/96*. São Paulo: J.H. Mizuno, 2004.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Uma nova visão da arbitragem*. Jus Navigandi, Teresina, año n.º 9, n.º 387, 29 jul 2004. Disponible en: <<http://jus.com.br/revista/texto/5468>>. Acesso: 20 mayo 2012.

TEIXEIRA, Cleverson Marinho. Histórico. *Arbitac*, out. 2008. Disponible en: <<http://www.arbitac.com.br/pt/historico.php>>. Acceso: 20 mayo 2012.

TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

TIMM, Luciano Benetti (org.). *Arbitragem: nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WLADECK, Felipe Sripes y Paulo Osternack AMARAL. «Arbitragem no Brasil». *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte, abril-junio 2011, año 19, n.º 74, pp.133-134.

ANEXO A

Encuesta a ser realizada con empresarios que utilizan o ya utilizaron el arbitraje para hacer cumplir contratos empresariales.

1. ¿En cuántos arbitrajes la empresa ya fue parte?
2. Cuando se resolvió el conflicto a través del arbitraje, ¿había cláusula arbitral en el contrato? O, ¿la instauración del proceso arbitral se dio por convenio arbitral?
3. ¿La empresa tiene el hábito de insertar cláusulas arbitrales?
 - a. Si sí, ¿por cuál de los motivos escoge el arbitraje? (Ej.: confidencialidad, celeridad, flexibilidad, posibilidad de escoger a los árbitros, calidad de la decisión).
4. ¿Los árbitros escogidos estaban bien calificados en el área de interés?
5. ¿En los últimos cinco procesos arbitrales el laudo fue emitido en seis meses?
 - a. En caso contrario, ¿el plazo fue prorrogado en común acuerdo de las partes?
 - i. Si no, ¿cuál fue el motivo?
6. ¿La decisión de los árbitros fue más calificada de lo que sería la de un juez togado?
7. ¿Cuál fue el posicionamiento de la empresa acerca del costo-beneficio?

ANEXO B

Encuesta a ser realizada con cámaras arbitrales o abogados:

1. ¿La demanda por el arbitraje creció en los últimos cinco años?
¿Cuál fue el porcentaje?
2. ¿Normalmente es utilizada la cláusula arbitral o el convenio arbitral?
3. ¿En qué áreas de conocimiento se tienen árbitros calificados?
(Ej.: ingeniería, derecho, economía, contabilidad, etc.).
4. ¿Cuál es el porcentaje de laudos emitidos en seis meses?
 - a. En caso no haya porcentaje, ¿normalmente es en seis meses o más?
5. Normalmente, en los casos en que hay árbitro(s) calificado(s) en la materia, ¿se dispensa la pericia?
6. En el caso de la cámara arbitral: ¿cuál es el costo mínimo de un arbitraje instaurado en esta cámara (puede estar en porcentaje)?

**ARBITRAJE AMBIENTAL EN EL BRASIL:
PARADOJAS ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL
Y LA NORMA INTERNA EN LA TUTELA DE
DERECHOS SOCIOAMBIENTALES**

*Danielle de Ouro Mamed**
*Roger Luiz Paz de Almeida***

Sumario: 1. Introducción.— 2. El instituto y la naturaleza del arbitraje.— 3. La esencialidad de las cuestiones ambientales en la actualidad y la importancia de formas alternativas para su enfrentamiento.— 4. El arbitraje ambiental y el problema de los bienes comunes.— 5. La experiencia jurídica internacional.— 6. Perspectivas para el Brasil.— 7. Consideraciones finales.— 8. Referencias.

Palabras claves: Arbitraje ambiental, materias arbitrables ambientales, competencias del tribunal arbitral ambiental, laudo.

1. INTRODUCCIÓN

La naturaleza no puede esperar por el recorrer de los largos caminos del Poder Judicial. En la sociedad actual los problemas de cuño ambiental

* Doctoranda en Derecho Económico y Socioambiental por Pontificia Universidad Católica de Paraná (Pucpr). Maestría en Derecho Ambiental y Graduada en Derecho por las Universidad del Estado de Amazonas (UEA). Becaria de la Fundación de Amparo para la investigación del Estado de Amazonas (Fapeam) y de la Pontificia Universidad Católica de Paraná (Pucpr).

** Doctorando en Derecho Económico y Socioambiental por la Pontificia Universidad Católica de Paraná (Pucpr). Juez de Derecho en el Tribunal de Justicia del Estado de Amazonas.

toman cada vez más espacio en los escenarios de discusión sobre la calidad de vida, disponibilidad de los recursos naturales y la manutención del orden económico. El derecho, de igual forma, no puede huir de tales cuestionamientos, debiendo adecuarse como instrumento de garantía del orden social, lo que incluye, indubitadamente, la salvaguarda de los derechos relacionados al medio ambiente.

Teniendo en cuenta el choque de las cuestiones ambientales con los intereses económicos y la demora característica del Poder Judicial en el Brasil, sería interesante que se comenzase a pensar, de forma más efectiva, nuevas alternativas que pudiesen contribuir con la solución de conflictos ambientales. Las demandas relacionadas al medio ambiente, en general, son problemáticas, más allá de otros factores, por cuenta de la necesidad de entendimiento o *expertise* en lo que se refiere a los procesos ecológicos y las consecuencias que su alteración puede generar en la vida de diversas sociedades y en el equilibrio de las formas de vida no humanas y de los demás elementos naturales inanimados.

Algunas opciones fuera del Poder Judicial ya fueron pensadas en el campo jurídico con el fin de una solución alternativa de conflictos, siendo las más famosas los institutos de la conciliación, mediación y arbitraje,¹ que constituyen importantes instrumentos de pacificación social.

Entre tales formas, gostaríamos de destacar como propuesta de este *paper* el arbitraje, que consiste en la forma alternativa de resolución de conflictos donde las partes escogen de común acuerdo un tercero (árbitro) que juzgará la causa. La elección podrá tener en cuenta el conocimiento que el árbitro posee acerca de las cuestiones implicadas en

¹ La diferencia básica entre conciliación, mediación y arbitraje, se encuentra en las siguientes características: a) Conciliación: intenta que las partes lleguen a una forma de resolución por ellas mismas, ayudadas por un conciliador que proporcionará un ambiente favorable a la conciliación; b) Mediación: un mediador aproximará a las partes, ofreciendo alternativas para que solucionen la controversia y c) Arbitraje: las partes, en común acuerdo, escogen el árbitro, cuya decisión es equiparada a la sentencia judicial.

la demanda, lo que constituye uno de los puntos más positivos de la utilización de este instituto.

Mientras tanto, hay varias dudas y problemas de cuño teórico cuando se piensa en la utilización del arbitraje para cuestiones ambientales, siendo el más fundamental de ellos el problema de que el arbitraje, en principio, es un instituto destinado a los derechos patrimoniales disponibles. Siendo así, hay algunos cuestionamientos sobre la posibilidad de su utilización para lidiar con temas de naturaleza difusa-transindividual y, además, cuyos derechos son indisponibles.

Para lograr la propuesta, será necesario detallar las principales cuestiones en torno al instituto del arbitraje, para, a continuación, demostrar la esencialidad de la tutela ambiental y de la búsqueda de alternativas que puedan responder a los conflictos puestos de forma más efectiva. Después, se optó por verificar las cuestiones relativas a su aplicación en cuestiones ambientales en razón de la indisponibilidad de los derechos implicados, para, al final, deliberar el *status* brasileño en relación a la adopción del arbitraje para la finalidad de protección jurídica del medio ambiente.

La presente propuesta, por lo tanto, consiste en el enfrentamiento de estas cuestiones, sin embargo, teniendo en cuenta la sensibilidad que la cuestión ambiental exige debido a la esencialidad del medio ambiente para la vida humana: a veces, la mera discusión procesal no es suficiente para resolver problemas de matrices tan complejas. Es necesario, por lo tanto, una mirada muy especial cuando se trata de buscar alternativas para temas tan esenciales para la vida, como la cuestión del medio ambiente.

2. EL INSTITUTO Y LA NATURALEZA DEL ARBITRAJE

Primeramente, hay que aclarar que el arbitraje ambiental es un tema poco debatido por la literatura y cuyo enfrentamiento bibliográfico todavía está restringido a unos pocos autores.

En lo que se refiere a la conceptualización del arbitraje, Flávia Frangetto se posiciona así:

Se denomina arbitraje a la vía de solución de conflictos, alternativa al sistema jurisdiccional estatal, en la cual el decisor es un árbitro, escogido por las partes, a quien se le atribuye la función de resolver el conflicto según las reglas, criterios y procedimientos por ellas autorizados (Frangetto, 2006, p. 5).

En el Brasil, legalmente, el arbitraje data de la Constitución del Imperio, que determinaba en su artículo 160, que en las demandas civiles y penales civilmente interpuestas, habría la posibilidad de que las partes nombrasen los jueces árbitros para resolver la cuestión, estableciéndose que si esta decisión no sería pasible de recurso. Para Assis y Araújo (2011, p. 3), a pesar de contar con una previsión legal tan antigua, el Brasil nunca gozó de una tradición en arbitraje, que solamente ocurrió más efectivamente en países anglosajones, no habiéndose, por lo tanto, incorporado este instituto a la cultura jurídica nacional.

Después de la previsión de la Constitución del Imperio, se verifica una alusión en el Código Civil de 1916 (arts. 1037 y 1048) referente al convenio arbitral y por el Código de Proceso Civil, por otra parte, se limitó a la celebración de convenio arbitral, judicial o extrajudicial, para la solución de litigios entre personas dotadas de capacidad civil (art. 851).

Por otro lado, el Código Civil también trató de expresar directamente la prohibición de la utilización del instituto para dirimir cuestiones de Estado, de derecho personal de familia y de otras que no tengan carácter patrimonial (art. 852), razón por la cual uno de los puntos a ser discutidos en este texto, es la cuestión de la indisponibilidad del derecho que se pretende someter al tribunal arbitral. Por último, el texto legal en cuestión, indica que la composición mediante tribunal arbitral ocurrirá en la forma establecida en la ley especial (art. 853), cuya regulación es hecha por la Ley n.º 9.307, conocida como la Ley de Arbitraje.

Para Carlos Mário de Silva Velloso (2002, p. 50), la Ley de Arbitraje «dotó al arbitraje privado de eficacia y efectividad, produciendo el laudo arbitral, entre las partes y sus sucesores, los mismos efectos de la sentencia emitida por el Poder Judicial; si es condenatoria, constituye título ejecutivo (Ley n.º 9.307/96, art. 31)». Por lo tanto, la decisión emitida por el tribunal arbitral posee el mismo valor de una sentencia dictada por el magistrado, lo que confiere al instituto la condición de componer legalmente el orden jurídico nacional.

Sin embargo, aun observándose la justificación de la necesidad de los instrumentos alternativos de resolución de controversias como el arbitraje, se muestra necesario destacar los puntos que diferencian el mecanismo del sometimiento de la disputa al Poder Judicial y hacen que el arbitraje sea atractivo:

- a. *Posibilidad de elección del árbitro.* El artículo 13 de la ley determina que puede ser árbitro cualquier persona capaz y que tenga la confianza de las partes. En la práctica, lo que ocurre es que se escoge al árbitro según su *expertise* en la cuestión que le será sometida. En lo que se refiere a cuestiones ambientales, por ejemplo, es interesante que el árbitro tenga formación dirigida al entendimiento de las causas y efectos de los impactos de la conducta humana sobre el medio ambiente y sobre las comunidades posiblemente afectadas. La elección de un árbitro que dé cuenta de tales cuestiones es fundamental para que el litigio se distinga de aquél que se haría en el Poder Judicial, donde no siempre el juzgador tendrá capacitación técnica o incluso sensibilidad social para dirimir temas de tanta complejidad.
- b. *Elección del sistema jurídico que será aplicado.* El artículo 2 de la Ley de Arbitraje brasileña determina que el arbitraje podrá ser de derecho o de equidad, a criterio de las partes. Lo que significa decir que las partes podrán escoger, libremente, las reglas de derecho que serán aplicadas en el arbitraje, desde que no haya

violación a las buenas costumbres y al orden público. Además, los litigantes también pueden acordar que el arbitraje se realice con base en los principios generales del derecho, en los usos y costumbres y en las reglas internacionales de comercio, si fuera el caso. Esta prerrogativa también permite mayor flexibilidad para la realización del juzgamiento. Cuando la cuestión en pauta se relaciona con aspectos muy subjetivos de esencia humana, un juzgamiento por equidad, por ejemplo, podría resultar más adecuado, lo que puede ocurrir en el caso de que una de las partes pertenezca a un grupo minoritario, miembros de pueblos indígenas y comunidades tradicionales, por ejemplo, que consideran valores distintos al de la sociedad mayoritaria moderna, tales como la espiritualidad y los diferentes conceptos de calidad de vida.

- c. *Ejecutabilidad del laudo arbitral ante el Poder Judicial.* El artículo 31 de la referida ley aduce que el laudo arbitral produce, entre las partes y sus sucesores, los mismos efectos de la sentencia emitida por los órganos del Poder Judicial y, determinándose una condena, ésta se constituye en título ejecutivo, que puede ser oponible contra la parte perdedora por la vía judicial, inclusive.

No obstante, a pesar de todas las ventajas presentadas, es necesario destacar que para las cuestiones relativas al medio ambiente, surgen algunos cuestionamientos como la aplicación del instituto, siendo el principal de ellos la imposibilidad de su adopción como forma de resolver el conflicto cuando se trata de derechos indisponibles y no necesariamente de cuño patrimonial, como es el caso del medio ambiente. A continuación, destacamos los argumentos que hacen del medio ambiente una cuestión esencial y que, a pesar de ser un derecho difuso, podría ser sometido al tribunal arbitral.

3. LA ESENCIALIDAD DE LAS CUESTIONES AMBIENTALES EN LA ACTUALIDAD Y LA IMPORTANCIA DE FORMAS ALTERNATIVAS PARA SU ENFRENTAMIENTO

Los problemas ambientales vividos actualmente mantienen una fuerte vinculación con el enfrentamiento de la cuestión económica, siendo su resolución una tarea difícil, debido a la complejidad de las cuestiones ambientales, en especial, en lo que se refiere a las poblaciones eventualmente implicadas. Las estructuras sociales y económicas que componen la sociedad contemporánea, en el análisis de Fritjof Capra (2006, p. 153), evidencian cómo la nueva economía fundada en el modo capitalista de producción, transformó profundamente las relaciones sociales entre el capital y el trabajo.

Para el autor, a pesar de que esta nueva economía haya traído beneficios, tuvo efectos sociales desastrosos, inclusive agravando la pobreza, la exclusión social y la degradación; importa, pues, «la destrucción del medio ambiente natural también camina con el fin del modo de vida tradicional y autosuficiente de las comunidades rurales: la propaganda del estilo de vida occidental es transportada a todo el mundo, sin el menor esclarecimiento» (Capra, 2006, pp. 158-159). El estilo de vida comunista, oriundo de las comunidades de la cultura occidental y moderna, es propagado como el modelo de civilización que debe ser seguido por la humanidad, acarreando el agotamiento del planeta de reabsorber los impactos causados por las actividades humanas. Por lo tanto, ante este agotamiento, se ve que los ecosistemas no se han dado cuenta de las transformaciones a las que vienen siendo sometidos, ocasionando como consecuencia la degradación de los recursos naturales, pero también de las diversas sociedades.

La economía, a pesar de sus bondades, también tiene su lado nefasto, de distribución de consecuencias negativas, al ser humano y al ambiente natural, incluyendo la desagregación del medio ambiente y del *modus vivendi* de las comunidades que mantienen un modo de vida tradicional, considerándose que no todas las sociedades de la tierra an-

helan este estilo de vida basado en el consumo: en la diversidad consiste la humanidad. Además, hay que ponderar que este padrón de consumo propagado no es fácticamente accesible para todas las sociedades y, tampoco, deseado por todas ellas.

Ante esta situación y la coyuntura actual, hay que ponderar que las consecuencias negativas derivadas del modo de producción de la racionalidad moderna occidental y de la idea de la globalización, demandan una nueva forma de trato con el medio ambiente, lo que podría ocurrir, por la vía de la reestructuración del capitalismo. Esto es defendido, incluso, por algunos «capitalistas ilustrados» que, después de «ganar ríos de dinero», comienzan ahora a preocuparse con la naturaleza y el enorme potencial destructivo del actual sistema. Esta preocupación deriva, inclusive, del resentimiento contra la globalización y contra el sistema económico vigente, que está creciendo rápidamente en todas las partes del mundo (Capra, 2006, p. 167):

Esta crisis, ya tuvimos ocasión de decir, parece ser consecuencia de la verdadera guerra que se traba en torno de la apropiación de los recursos naturales limitados para la satisfacción de necesidades ilimitadas. [...]

La carrera armamentista y las guerras, por regla, no pasan de dimensiones entre países que buscan la conquista de la hegemonía sobre bienes esenciales y estratégicos de la naturaleza. [...] De hecho, la posibilidad de conflictos tiende a aumentar, ya que el mundo después de haber enfrentado la crisis del petróleo en la segunda mitad del siglo xx, se prepara ahora para enfrentar la crisis del agua. [...] Por otra parte, uno de los motivos de la guerra entre Israel y sus vecinos (la Guerra de los Seis Días), en 1967, fue justamente la amenaza, por parte de los árabes, de desviar el flujo del río Jordán, que, junto con sus afluentes, proporciona 60% del agua consumida en Israel. (Milaré, 2009, p. 789).

Como se puede observar, la cuestión ambiental posee el poder de fomentar los más graves conflictos, ya que se refiere a elementos cuyo acceso por todos es esencial para la manutención de la vida. Es por este

motivo, que toda forma de resolución de cuestiones ambientales debe ser pensada con el entendimiento de que toda decisión que pueda emitirse afectará los bienes jurídicos inmateriales de mayor relevancia para el ser humano, incluyendo el propio derecho a la vida.

Uno de los movimientos que se contraponen a los procesos destructivos del medio ambiente, es el llamado socioambientalismo que, en el Brasil, comienza a observarse a partir de los años 80, por la asociación entre los movimientos ambientalistas y los movimientos sociales ligados a la cuestión del medio ambiente, conforme explica Santilli (2005, p. 34):

El socioambientalismo fue construido con base en la idea de que las políticas públicas ambientales deben incluir e involucrar a las comunidades locales, poseedoras de conocimientos y de prácticas de manejo ambiental. Más que esto, se desarrolló con base en la concepción de que, en un país pobre y con tantas desigualdades sociales, un nuevo paradigma de desarrollo debe promover no sólo la sustentabilidad estrictamente ambiental —o sea, la sustentabilidad de especies, ecosistemas y procesos ecológicos—, sino también la sustentabilidad social, o sea, debe contribuir también a la reducción de la pobreza y equidad. Más allá de esto, el nuevo paradigma debe promover y valorizar la diversidad cultural y la consolidación del proceso democrático en el país, con amplia participación social en la gestión ambiental.

El socioambientalismo, por lo tanto, propone pensar las cuestiones ambientales a partir de las consecuencias que tendrán la condición de afectar a las más diversas sociedades. La adopción de la idea socioambientalista en el Brasil tuvo en la redemocratización, por medio de la Constitución de 1988, un marco esencial, para su desenvolvimiento, ya que se observa la emergencia de distintos movimientos sociales, que reivindicaron sus derechos, como por ejemplo, el movimiento indígena a favor de la demarcación de sus tierras; los trabajadores reclamando su derecho a la huelga; los trabajadores rurales defendiendo la necesidad de reforma agraria, etc. (Santilli, 2005, p. 56).

Por lo tanto, se nota que la reivindicación de derechos socioambientales posee un cuño marcadamente de defensa de derechos colectivos o difusos (como ejemplo de las cuestiones sociales, en general, y de la problemática ambiental, que incide directamente sobre la vida en sociedad), más allá de fomentar el debate al respecto de la diversidad sociocultural que necesita ser considerada para la institucionalización de políticas públicas. De esta forma, pensar en derechos socioambientales remite, necesariamente, al respecto de las diversas formas de organización social, fomento de la democracia y, finalmente, de la necesidad de cambios en la gestión de recursos naturales frente a los factores negativos derivados del modo de producción actual, siendo que la Constitución de 1988, como se observa, acabó reflejando las demandas de la sociedad, marcándolas en la Carta Magna brasileña. Estos valores han sido defendidos y adoptados por el sistema jurídico patrio en la forma de principios de derecho ambiental, como el principio de la sustentabilidad, contaminador-pagador, protector-receptor, justicia social, etc.

Los cambios y adopción de nuevos valores sociales por la máquina estatal son medidas extremadamente necesarias hasta la total absorción de estructuras axiológicas, que permitan un tratamiento más justo de las cuestiones socioambientales. Sin embargo, es necesario admitir que esta reestructuración no se dará como una ruptura dramática en contra del sistema económico actual, siendo la reestructuración gradual de los sistemas de organización de la sociedad una prioridad a ser pensada, especialmente, en lo que se refiere a los temas ambientales. La propia orientación derivada del socioambientalismo nos ayuda a encontrar caminos que lleven a la solución de las cuestiones actuales de forma diversa de la propuesta tradicional, buscando agregar elementos de consideración de las reales necesidades socioambientales, que muchas veces no pueden ser sometidas a la lentitud del Poder Judicial, conforme al pensamiento de Kleber Cazzarro:

Cualquier exceso que dilate alguna decisión estimatoria jurisdiccional sobre conflictos de medio ambiente, sólo hará aumentar

el pasivo ambiental y la desvalorización de las características cualitativas del lugar ofendido.

Es por esto que los mecanismos para la solución de controversias ligadas al área ambiental, vienen sufriendo cambios a lo largo de los años. Entre las reflexiones que esto viene provocando, está la exigencia de una tutela jurisdiccional eficiente, precisa y ágil para evitar, más allá de la propagación de las ocurrencias, que otras nuevas sucedan. Y las que se hicieron efectivas sean reprendidas a la altura y con la misma agilidad y precisión con que fueron practicadas. (Cazzarro, 2012, p. 2).

En este sentido, por lo tanto, vemos la utilización de formas alternativas de resolución de conflictos como una importante arma en el combate a los problemas sociales que involucran el medio ambiente, pues si el Poder Judicial no ha sido suficientemente ágil para contener los avances de la degradación ambiental, hay que responder con la misma rapidez, creando formas para solucionar el problema grave que ha afectado los bienes ambientales, esenciales para la vida.

4. EL ARBITRAJE AMBIENTAL Y EL PROBLEMA DE LOS BIENES COMUNES

Uno de las principales barreras que causan desconfianza, en cuanto a la utilización del arbitraje en el Brasil para fines ambientales, se encuentra dispuesto en la ley brasileña que la instituye (Ley n.º 9.307 de 23 de septiembre de 1996). En el artículo 1, la Ley de Arbitraje establece que «Las personas capaces de contratar podrán valerse del arbitraje para dirimir litigios relativos a derechos patrimoniales disponibles». Por lo tanto, ya se establece de inicio que la Ley de Arbitraje debería ser destinada solamente a los derechos patrimoniales disponibles, configurándose así, la gran discusión en torno a la aplicabilidad del arbitraje para cuestiones ambientales.

La discusión sobre la disponibilidad de los bienes ambientales debe enfrentar, primeramente, la cuestión de la naturaleza jurídica de los bienes ambientales, que es característicamente difusa. Los bienes naturales o ambientales son, por lo tanto, de naturaleza colectiva/difusa, y son encuadrados en la categoría de bienes comunes, ya que no poseen un titular específico que los reivindique con exclusividad. Por bienes comunes, Elinor Ostrom, Premio Nobel de Economía de 2009, entiende que son aquellos espacios y recursos naturales colectivos, lo que, desde luego, hace difícil que esta categoría de bienes sea incluida en las estructuras de la propiedad individual, objeto de los mercados.

Los bienes comunes, por no ser apropiables (al menos en teoría), hasta hace poco eran considerados bienes fuera del comercio, no integrando las redes del capital por este motivo. Sin embargo, con la crisis de los recursos naturales (y, notablemente, de la disponibilidad de bienes comunes) y las necesidades constantes de expansión del capital y de contención de los procesos de degradación de los elementos de la naturaleza, se inició un movimiento intenso para incluirlos en estas redes de mercado. Así, como forma de combate a la crisis socioambiental, que también trae perjuicios al sistema capitalista, se observa la formación de estructuras de mercado dirigidas a incluir los bienes ambientales, en sus redes. Es de esta forma, por lo tanto, que los bienes comunes han ingresado, en la práctica, en los espacios de la negociación privada.

Para Carlos Marés, la dificultad de lidiar con la dicotomía entre público y privado, existente en los derechos socioambientales, deriva de que el sistema jurídico brasileño está basado en la tradición civilista, teniendo como objetivo el proteccionismo de la propiedad privada, fundado en el contrato y en los derechos individuales (Souza Filho, 2010, p. 22). Según el autor, las leyes fueron dictadas por el Estado nacional con base en la ideología del sistema europeo «que tenían como ideal el pensamiento de Napoleón Bonaparte: conquistar, liberar e imponer leyes civiles» (Souza Filho, 2010, p. 19). La construcción de las bases ju-

rídicas occidentales dirigidas al derecho privado, en consecuencia, hace todavía más difícil la tarea de lidiar con los bienes ambientales.

Por otro lado, a pesar de las divergencias sobre la posibilidad de disponer de los derechos relacionados al medio ambiente, conviene recordar que no se trata de la simple creación de mecanismos que deslegitimem a los litigantes, sino que den a ellos otras posibilidades de resolver sus demandas, alternativas y más eficaces que el órgano judicial estatal.

Como ejemplo de que es posible la utilización de estos mecanismos alternativos, Frangetto cita el Término de Ajuste de Conducta (TAC), instrumento utilizado en el Brasil por el Ministerio Público, para lidiar con ilícitos ambientales:

Conviene observar que la acumulación de las atribuciones mencionadas se asemeja al papel que el Ministerio Público viene emprendiendo al celebrar el Término de Ajuste de Conducta (TAC) entre varios contaminadores ambientales. En este supuesto, sin embargo, su actuación proporciona un buen término a las circunstancias de daño ambiental. (Frangetto, 2006, p. 27).

El Término de Ajuste de Conducta (TAC) surgió en el sistema jurídico patrio como un medio de resolución de conflictos en el ámbito de los derechos colectivos-difusos, posibilitando la realización extrajudicial de la tutela de estos derechos, incluyéndose las cuestiones socioambientales que, naturalmente, involucran derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Este instrumento ha sido muy utilizado por los órganos públicos de defensa del consumidor y para cuestiones ambientales, teniendo como principal protagonista al Ministerio Público. La utilización del TAC es hecha, principalmente, en el ámbito extrajudicial, lo que, de inicio, también generó cierta incredulidad en lo que respecta a su aplicación. Se llegó a argumentar que los bienes ambientales eran indisponibles y que, por lo tanto, la posibilidad de que el Ministerio Público realizase acuerdos con las partes involucradas, consistía en un impedimento para este tipo de negociación.

A pesar de esta incredulidad, el TAC pasó a ser un instrumento aplicado ampliamente por parte del poder público de Brasil. Además, análogamente a lo que ocurre con el arbitraje, el TAC también constituyó un título ejecutivo extrajudicial, cuyo cumplimiento puede ser exigido por la vía judicial:

El TAC es un instrumento legal destinado a conceder, del causante del daño al consumidor colectivamente considerado, un título ejecutivo extrajudicial de obligación de hacer, no hacer o de indemnizar mediante el cual el promitente asume el deber (u obligación) de adecuar su conducta a las exigencias legales, bajo pena de sanciones, en el propio término de ajuste de conducta. (Zanellato, 2014, p. 5).

El instrumento bajo comentario, del mismo modo como ocurre con el arbitraje, ya fue considerado inapropiado para lidiar con cuestiones ambientales; sin embargo, hoy hay cierta concordancia en su admisión.

Siendo así, la defensa de instrumentos alternativos de conflictos para cuestiones ambientales no trata de restringir a los litigantes (infractor ambiental X Estado) los derechos de ambos (defensa X tutela del medio ambiente), sino de anticipar los efectos reales que serían determinados por medio de una sentencia judicial y así lograr una protección ambiental más efectiva. Sin embargo, este instrumento todavía encuentra críticas de algunos autores que entienden que el Estado no estaría legitimado a «perdonar» ciertos ilícitos o a conceder beneficios que eximan a los infractores de ser castigados en la forma como la ley determina. En cualquier caso, se debe considerar que los instrumentos alternativos, como es el caso del arbitraje, no pueden ser constituidos de tal forma que dejen «lagunas» en la legislación y comenzar a ser utilizados como puerta de salida del infractor que permita que éste se exima de sus responsabilidades reales.

La utilización del arbitraje en cuestiones ambientales, por lo tanto, deberá observar criterios mínimos, como la consideración del equilibrio

que debe existir entre los ámbitos ecológico, económico y social en lo que se refiere al medio ambiente y a una interpretación un tanto más abierta en lo que se refiere a la regla de exclusividad como de los derechos patrimoniales disponibles. Para Couto y Carvalho (2003, p. 295), la superación del problema pasa por la siguiente ponderación:

En materia ambiental, sin embargo, la sumisión de conflictos al tribunal arbitral remite a la conciliación (i) del presupuesto de la disponibilidad del objeto de la disputa para que pueda ser sometido al arbitraje, por un lado; con (ii) la naturaleza difusa y, por tanto, indisponible del derecho de todos al medio ambiente ecológicamente equilibrado, de otro. La referida conciliación, sus límites y contornos, dictará la medida de la aplicabilidad del instituto del arbitraje a cuestiones ambientales.

Más allá de esto, Flávia Frangetto demuestra que las cuestiones ambientales acaban mezclándose con otros temas objeto de litigio, de modo que sería difícilmente posible dirimir los conflictos de forma separada (patrimoniales, de un lado y difusos, de otro). Para ejemplificar su argumento, la autora recuerda el crecimiento que se ha observado en lo que respecta al arbitraje comercial:

La utilización del arbitraje comercial ha crecido de manera que incita un ejercicio de análisis en cuanto a la sustancia relativa a los casos comerciales decididos por esta vía. ¿Estarían ellos ligados de alguna manera al uso y goce de bienes ambientales, al punto de que sobre sus objetos de controversia puedan haber incluido establecimiento arbitral de la armonía entre las partes también en material ambiental? [...] En otras palabras, situaciones antes no consideradas de cuño ambiental pasaron a ser, por la práctica y normativización, elucidadas como implicando contenido ambiental. (Frangetto, 2006, pp. 42-43).

Por lo tanto, lidiar con derechos patrimoniales, a veces, exigirá también el enfrentamiento de cuestiones ambientales, que están intrínseca-

mente ligadas a éstas, ocasionando un problema desde el punto de vista de la interpretación de la norma.

Según la propuesta de Flávia Frangetto, la salida sería la adopción de un concepto más amplio para la categoría «derechos difusos»:

Para este propósito, la adhesión a la flexibilización del concepto de difuso —pasando a implicar este interés tanto público como privado— parece ser el camino para crear las condiciones materiales de aplicación de arbitraje a cuestiones ambientales. (Frangetto, 2006, p. 37).

Más allá de esta discusión sobre la flexibilización del concepto, Gaitán Ochoa (2008, p. 259) entiende que el arbitraje ambiental debe ser utilizado en casos en que se deba proteger el derecho a la propiedad privada de eventuales daños causados por degradación del medio ambiente desencadenados por la acción de terceros. Esta posición está en línea con la idea de que, en muchas demandas de naturaleza económica, será imprescindible la necesidad de análisis de temas relacionados al medio ambiente.

Citando el caso peruano, Roger Vidal Ramos (2014, p. 3) considera que, ante el auge del arbitraje en el Perú, habría la necesidad de que la Ley General del Ambiente del país, incluyese urgentemente la posibilidad de arbitraje como mecanismo de resolución de conflicto, más aún considerándose el *boom* de las inversiones y exploración de recursos naturales que el país ha experimentado. O sea, según la lógica del autor, la existencia de tantas actividades que afectan directamente al medio ambiente y generan conflictos, debería dar lugar a la búsqueda por alternativas más allá del Poder Judicial.

Argumentando, en el mismo sentido, Cazzarro entiende que no siempre la protección del medio ambiente estará vinculada solamente al poder público: «Con la mayor frecuencia que se puede imaginar, no es raro, él involucra varias situaciones prácticas de interés privado tam-

bién» (Cazzarro, 2012, p. 14). Además, el autor cuestiona la idea de que el hecho de que el Estado tutele ciertos intereses sea garantía de una justicia que mejor tutele los derechos difusos:

En el mundo real, la indisponibilidad de derechos difusos ha llevado a la creación del concepto de obligatoriedad de la acción civil pública, donde ella debe ser siempre propuesta en los casos previstos en la ley, a menos que un Término de Ajuste de Conducta, que anticipe los resultados de una probable procedencia, sea firmado entre las partes. Y en el derecho ambiental, la situación es bastante presente, notablemente en la búsqueda de medidas cautelares o tutelas de urgencia, dependiendo del enfoque de la demanda. Todavía, el hecho objetivo es que la indisponibilidad, donde está encajado el derecho ambiental, se funda en el ingenuo presupuesto de que tales derechos son mejor protegidos si fueran clasificados como no disponibles. En la práctica, tal doctrina lleva al perecimiento de los derechos difusos (indisponibles), pues la justicia ambiental que no se haga célere, es injusticia. (Cazzarro, 2012, p. 15).

Así, verificándose este argumento, hay que ponderar que la defensa de la actuación del Estado en la tutela de derechos indisponibles debería ser la mejor solución. Sin embargo, en la práctica no siempre ocurre de esta forma. El raciocinio del autor concluye que el arbitraje, que podría ser más célere, traería muchos más beneficios para ambas partes.

Por último, se debe recordar que el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado está garantizado en el Brasil, en el ámbito constitucional, conforme al contenido de su artículo 225:

«Art. 225.- Todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado y de uso común del pueblo y esencial para una calidad de vida saludable, imponiéndose al poder público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservar las presentes y futuras generaciones».

Por lo tanto, según la interpretación constitucional, el derecho al medio ambiente corresponde, más que un derecho, un deber, debiendo ser exigible no solamente al poder público, sino también a toda la colectividad. El artículo demuestra, además, la importancia de la salvaguarda de estos derechos para la calidad de vida saludable de las presentes y futuras generaciones, destacándose también la consideración del medio ambiente como un bien de uso común del pueblo. El uso común, sin embargo, no debe ser considerado una categoría que vacía la determinación de los destinatarios de este derecho-deber.

El derecho al medio ambiente no puede ser divisible entre los ciudadanos, pero necesita ser considerado como una responsabilidad de todos, que debe ser ejercida de forma concreta, razón por la cual en las posiciones en el sentido de que las cuestiones ambientales sí pueden ser objeto de arbitraje. Sin embargo, esto debe ocurrir de forma tal que sean observados ciertos requisitos como la información adecuada, la libertad y la igualdad de los implicados para que elijan de forma ecuaníme el árbitro que juzgará la cuestión, así como para que establezcan los demás términos relativos al juicio arbitral.

Además, por el hecho de que en el Brasil hay una expresiva especialización de las leyes en materia ambiental (hay un derecho ambiental propiamente dicho, y bien consolidado), el poder normativo de naturaleza contractual está restringido a lo que la ley versa en lo que respecta a las cuestiones ambientales. O sea, más que tratarse de materia de derecho difuso, este derecho se encuentra ampliamente regulado en el derecho estatal, no habiendo, por tanto, razones para que el tribunal arbitral decidiese sin considerar el contenido de las leyes ambientales. En este punto, opinamos en el sentido de que la posibilidad de decisión por equidad debe ser restringida a notorios conflictos entre principios o en casos de difícil resolución, debiéndose caminar con cautela por el estrecho hilo que separa la aplicación de la ley en sentido estricto, del margen de discrecionalidad de se debe dejar a la disposición del juzgador en los casos de decisión por equidad.

El margen de seguridad para el establecimiento de esta equidad, sin que sean dejadas de lado las leyes ambientales, es fundamental en cuestiones ambientales, en las cuales es común que pequeñas comunidades demanden a grandes empresas con el fin de resolver alguna cuestión ambiental que las afecte.

Sin embargo, hay que considerar que la falta de información y la disparidad económica entre los litigantes, pueden influenciar negativamente el resultado de la disputa. En estos casos, el arbitraje puede tener consecuencias nefastas, pues la decisión será considerada como sentencia perfectamente exigible. Así, el uso del instituto debe observar, además, la equidad que debe existir entre las partes para que, desde su constitución, el juicio arbitral no deba estar plagado de injusticias.

Así, se considera que la cuestión debe comenzar a ser respondida a partir de las disposiciones contenidas en el ámbito internacional, donde la utilización del arbitraje posee mayor tradición. Sobre todo, la idea del uso del arbitraje solamente para cuestiones patrimoniales debe ser repensada por los sistemas jurídicos. En este sentido, entendemos que, cuando las cuestiones ambientales afectasen derechos patrimoniales disponibles, en forma conjunta con derechos difusos y colectivos, hay que interpretar de forma más amplia la norma y utilizar el instrumento, en caso estén cumplidos los requisitos de equidad entre las partes para elegir bajo qué bases se someterán a un procedimiento arbitral. Además, hay que observar que los tratados internacionales también componen el sistema jurídico patrio; y, por lo tanto, sus disposiciones forman parte de las normas internas, debiendo ser respetadas.

Como forma de superar los problemas encontrados para la arbitralidad de las cuestiones ambientales, es interesante demostrar cómo tales problemas vienen siendo enfrentados en el campo internacional y cómo se están configurando las acciones relativas al arbitraje de cuestiones relacionadas al medio ambiente.

5. LA EXPERIENCIA JURÍDICA INTERNACIONAL

El arbitraje en el campo internacional puede darse en los ámbitos público y privado. En el ámbito público, estarán legitimados a participar los sujetos de derecho internacional actualmente reconocidos: Estados, organizaciones internacionales y, en ciertos casos, individuos. En el arbitraje privado, por su parte, están legitimadas las personas físicas y jurídicas.

En cartas internacionales relacionadas a la protección del medio ambiente, inclusive aquéllas de las cuales el Brasil es signatario, se encuentran disposiciones que establecen el uso del arbitraje como forma de resolución de conflictos, como, por ejemplo, la Convención sobre la Diversidad Biológica (CDB), suscrita en Río de Janeiro en 1992, con ocasión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. La Convención fue ratificada por el Brasil por medio del Decreto Legislativo n.º 2 de 3 de febrero de 1994, y promulgada por el Decreto n.º 2.519 de 16 de marzo de 1998. Por lo tanto, tratándose de un tratado internacional suscrito por el Brasil y debidamente ratificado, hubo la incorporación del tratado al derecho interno brasileño, formando sus disposiciones parte del ordenamiento. En el texto del tratado, se observa la determinación del arbitraje como medio de solución de controversias:

3. **Al ratificar, aceptar, o aprobar esta Convención o adherirse a ella**, o en cualquier momento posterior, **un Estado u organización** de integración económica regional puede declarar por escrito al Depositario que, **en caso de controversia no resuelta de acuerdo con el párrafo 1 o el párrafo 2 anterior, acepta como obligatorios uno o ambos de los siguientes medios de solución de controversias:**
 - a) **Arbitraje** de acuerdo con el procedimiento establecido en la Parte I del Anexo II;
 - b) Sumisión de la Controversia a la Corte Internacional de Justicia. (Énfasis nuestro).

Por lo tanto, en el caso de que los conflictos no sean resueltos por las vías establecidas en el tratado, la suscripción de éste implica la obligación de sumisión al arbitraje y/o a la Corte Internacional de Justicia. De esta manera, se observa que tal dispositivo, que trata de cuestiones ambientales, determina al arbitraje como instrumento aceptado para dirimir controversias.

Frangetto cita algunos casos en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y el Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio, donde fue necesaria la apreciación de cuestiones ambientales para la resolución de conflictos comerciales, como el caso *atum-golfinho* entre Estados Unidos y México (1991), un conflicto involucrando la preferencia comercial por gasolina pura entre Brasil y Venezuela contra Estados Unidos (1995), y un caso que involucraba camarones y tortugas marinas entre India y Estados Unidos (1997). Todos los casos citados tenían relación directa con los fenómenos económicos y la necesidad de protección ambiental y fueron resueltos por la vía del procedimiento arbitral.

Sin embargo, la iniciativa más expresiva respecto del tema, trata del establecimiento, en el año 1984, en la Ciudad de México, de la Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental. Según Roger Vidal Ramos (2014, p. 2), en materia de arbitraje ambiental esta corte cumple la función de constituir tribunales formados por cinco árbitros, mediante previa solicitud de cualquier entidad privada o pública que le someta demandas.

De acuerdo con Sheila Abed (2014, p. 146), esta corte es uno de los modelos más importantes de resolución de conflictos ambientales que se encuentran vigentes en la actualidad, incluso encontrándose en una etapa embrionaria. La corte cuenta con la participación de veintiocho juristas de veintidós países, entre ellos Michel Prieur y Ramón Ojeda Mestre. La autora cita, entre otros casos resueltos por la corte, la cuestión de la destrucción del *hábitat* natural de la planta *picris willkommii* y

comenta la función de emisión de pareceres consultivos sobre la responsabilidad pública y privada en lo que respecta al problema de la contaminación por Organismos Genéticamente Modificados (OGMs), sobre la Convención de la Diversidad Biológica y su relación con el acuerdo TRIPs sobre los derechos de propiedad intelectual. O sea, la corte posee una actuación significativa, no obstante su efectiva implementación sea reciente (Abed, 2014, p. 146).

Según Javier Eceizabarrena (2014), la Corte se destaca por la posibilidad de que, cuando surge un conflicto, los demandantes disponen de una lista de árbitros o conciliadores, representativos de todas las culturas políticas y jurídicas y son poseedores de una formación profesional y académica dirigida a las cuestiones ambientales. Los litigantes podrán recurrir a estos árbitros, dotados de *expertise*, para la resolución de sus conflictos. Entre las funciones de la corte están la emisión de opiniones consultivas y la realización de procedimientos de conciliación y de arbitraje.

Así, hay que observar la experiencia en el campo internacional, en especial la práctica obtenida por la Corte establecida en México y verificar cómo se porta el contexto brasileño, al observar las nuevas tendencias experimentadas en el campo internacional.

6. PERSPECTIVAS PARA EL BRASIL

Mientras se analizan las tendencias en el campo internacional y la aceptación del arbitraje para temas ambientales, en el Brasil todavía hay muchas dudas y falta de utilización del mecanismo por fuerza del art. 1 de la Ley de Arbitraje. Esta situación es caracterizada por Cazzarro como un verdadero contrasentido, pues «el Estado brasileño en sus relaciones extranjeras, admite, contrata y utiliza, sin alguna barrera, no sólo el arbitraje, sino otros medios alternativos de solución de controversias en temas que se encajan en el derecho ambiental» (2012, p. 22). Para el autor, la existencia de esta limitación sólo en el derecho interno brasile-

ño es, en lo mínimo, paradójico. Su entendimiento, en este sentido, es que, siendo los tratados internacionales sobre derechos humanos equivalentes a las enmiendas constitucionales,² y siendo el medio ambiente ecológicamente equilibrado un derecho humano, la suscripción de los tratados que prevén la realización del arbitraje en cuestiones ambientales, debería ser interpretada como agente modificador, debiéndose alterar el art. 1 de la Ley de Arbitraje (Cazzarro, 2012, p. 23).

A pesar de varias ventajas teóricas que presupone el instituto del arbitraje como forma pacífica de resolución de conflictos, se puede decir que el mecanismo todavía no posee una perspectiva real de ser implementado en mayor escala en el Brasil. Tanto así, que la literatura sobre el tema es parca; sin embargo, conteniendo un gran esfuerzo para demostrar la viabilidad del arbitraje como medio hábil para dirimir conflictos de orden ambiental, argumentándose, especialmente, sobre su celeridad y especialización del juzgador en los temas de la causa, lo que contribuiría para una justicia ambiental más expresiva.

Sin embargo, en el Brasil aún hay gran renuencia en adoptar el mecanismo, tal vez, teniendo en consideración la gravedad de los problemas socioambientales que el país ha enfrentado, consistente en la gran diversidad de ecosistemas, aliada a una igual diversidad de pueblos y culturas, cuyo diálogo, a veces, acaba siendo problemático.

No obstante, Flávia Frangetto (2006, pp. 61-63), además, observa que hay algunas perspectivas a ser consideradas en términos de arbitraje para el Brasil:

a) *Arbitraje en seguros ambientales*. Para la autora, el mercado de seguros ambientales en el Brasil promete ser un sector interesante para la realización de inversiones. Teniendo en cuenta la naturaleza patrimo-

² Conforme a la regla del párrafo 3.º del art. 5 de la Constitución Federal de 1988.

nial de los seguros, la utilización del arbitraje tiende a ser mejor aceptada para resolver posibles conflictos en el ámbito de este tipo de contrato.

b) *Arbitraje en el ámbito de la acción civil pública*. Conforme a las acciones civiles públicas,³ la autora considera que hay una tendencia a que el arbitraje pueda ser utilizado *directamente* por el poder público para dirimir conflictos. Habiéndose superado el problema de la indisponibilidad de los derechos relacionados, la autora traza un paralelo entre el arbitraje y el Término de Ajuste de Conducta, señalando que su admisión puede reforzar los argumentos en favor del arbitraje para cuestiones ambientales. Análogamente al TAC, la autora también cita el Término de Compromiso (previsto en la reglamentación de la Ley de Crímenes Ambientales); y, además, el instituto de la transacción penal, para crímenes de menos potencial ofensivo. Todos estos instrumentos tratan de algún modo de soluciones alternativas para conflictos envolviendo derechos indisponibles.

c) *Arbitraje para la definición de los criterios de evaluación y medición de la responsabilidad ambiental*. La autora analizada piensa que el arbitraje puede constituir un medio idóneo para el establecimiento previo de criterios (técnicos, legales y jurídicos) de evaluación de los daños ambientales. Se trata de una perspectiva anterior al daño o al conflicto establecido. Teniendo en cuenta la complejidad que importa la cuestión ambiental y las dificultades técnicas implicadas, la autora contempla la posibilidad de que sean formados tribunales arbitrales para la definición de criterios de evaluación de impactos al medio ambiente.

Así, las perspectivas para el Brasil, a pesar de no mostrarse tan prometedoras, apuntan hacia una toma de conciencia cada vez mayor en relación a las posibilidades de resolución de conflictos que involucran al medio ambiente. Hay un esfuerzo teórico en marcha, dirigido a de-

³ En otros países de América Latina, las Acciones Civiles Públicas son análogas a las Acciones de Amparo.

mostrar que pensar la utilización del arbitraje como alternativa, podría constituir una vía inteligente.

7. CONSIDERACIONES FINALES

Como se puede observar, el uso del arbitraje en cuestiones ambientales en el Brasil puede ser resumido a dos constataciones principales. La primera constatación se refiere a que, en el campo internacional, hay diversos textos normativos que legitiman el uso del arbitraje para cuestiones ambientales. La segunda se refiere a que en el país, a falta de cultura jurídica de instrumentos alternativos de resolución de conflictos, junto con la prohibición expresa de la ley de arbitraje, en cuanto a los derechos indisponibles, hacen de la posibilidad de su aplicación, un problema.

El mecanismo del arbitraje propone una serie de medidas facilitadoras del acceso a la justicia, incluyéndose las comodidades de elección del árbitro según su *expertise* en relación a la temática; elección del sistema jurídico, siendo posible el juzgamiento por equidad o por la vía consuetudinaria; más allá de la ejecutabilidad del laudo en el ámbito judicial. Sin embargo, aun así, hay una renuencia por considerarse que sólo el Estado sería idóneo para juzgar casos en que sean controvertidos, derechos indisponibles o de naturaleza transindividual.

Los problemas ambientales que vienen siendo enfrentados, actualmente, carecen de instrumentos que puedan tomar la observancia de los derechos socioambientales más efectiva y próxima del ideal de justicia ambiental. La crisis que implica la posibilidad de agotamiento y/o degradación excesiva de los recursos naturales, compromete la calidad de vida de las diversas sociedades y caracteriza una crisis sin precedentes, que necesita de remedios efectivos y que actúen en la raíz del problema y también en la mitigación de sus consecuencias.

No obstante la urgencia de la cuestión, todavía hay cierta restricción al uso de mecanismos alternativos para la resolución de conflictos que involucran al medio ambiente. La principal de ellas, al menos en el contexto brasileño, todavía se resume en la previsión de la Ley de Arbitraje de no admitir en el juicio arbitral la apreciación de derechos indisponibles, siendo el medio ambiente así considerado. Sin embargo, conforme fue posible observar, esta concepción ya no se aplica en el campo internacional, inclusive en tratados en los que el Brasil es signatario. Habiendo suscrito y ratificado tratados internacionales que admiten el uso del arbitraje como resolución de controversias ambientales, sería necesaria una revisión de la interpretación del artículo 1 de la Ley de Arbitraje, especialmente, cuando se considera que tratados de cuño ambiental deban ser considerados como tratados de derechos humanos y que, por lo tanto, ocupan jerarquía de norma constitucional en el Brasil.

Además, agregándose al contrasentido, se observa en el derecho brasileño la existencia de algunas figuras jurídicas que permiten la negociación en torno de derechos hasta entonces considerados indisponibles e inalienables, como es el caso del Término de Ajuste de Conducta, Término de Compromiso y otros. Aun así, el arbitraje todavía es interpretado por la lógica de la prohibición.

Conforme fue posible exponer de acuerdo con la poca literatura sobre el tema, habría algunas formas de solucionar el *impasse*, propuestas por los autores estudiados, como, por ejemplo, la flexibilización del concepto de indisponibilidad de derechos y de los propios derechos difusos. En este particular, consideramos que lo ideal sería el cambio del artículo 1 de la referida ley; pero, no siendo posible, habría que interpretar el artículo de acuerdo con la postura internacional del Brasil ante los otros Estados, asumiendo el compromiso de someterse al juicio arbitral en caso de conflictos ambientales.

La experiencia internacional, en este sentido, debe ser utilizada como punto de referencia en el establecimiento de normas de arbitraje ambiental. Conforme fue visto, hay tratados internacionales y litigios en organismos internacionales, como la Organización Mundial del Comercio, que ya aplican esta vía en cuestiones ambientales.

Aun en el campo internacional, hay que destacar la experiencia de la Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental, instalada en México, que viene funcionando como un importante laboratorio para observar cómo las cuestiones ambientales han sido resueltas por la vía arbitral, habiendo; sin embargo, la necesidad de estudios de los *cases*, a fin de verificar de qué modo estos laudos se harán efectivos.

Finalmente, en lo que respecta al Brasil, se observa que el país tuvo poca tradición en la utilización de la vía arbitral. El destaque que ha sido dado actualmente se refiere más al ámbito de los derechos patrimoniales, como aquellos derivados de las relaciones comerciales, todavía más, considerándose la prohibición de la inclusión de derechos indisponibles por la Ley de Arbitraje. Aun así, hay algunas perspectivas que pueden ser percibidas en el escenario jurídico brasileño por la literatura actual: la utilización del mecanismo para dirimir conflictos relativos a los seguros ambientales; su utilización en el ámbito de las acciones civiles públicas (lo que imprimiría, definitivamente, un carácter público al procedimiento del arbitraje) o, además, en la utilización de este mecanismo para establecer criterios mínimos para el estudio de impactos ambientales.

Los conflictos ambientales no pueden esperar por una respuesta que tarde al punto de no ser efectiva. Es necesario pensar en la apremiante necesidad de corregir esta incongruencia en el sistema normativo brasileño, adecuándose a los preceptos internacionales adoptados por el Brasil. El arbitraje, si observa los requisitos necesarios para la equidad entre las partes en las definiciones del tribunal arbitral y que, así, no sea usada para más injusticias, corresponde a un interesante mecanismo que puede

venir en socorro de un sistema judicial que ya no responda de forma eficaz a las exigencias de los derechos socioambientales. Pensar en formas alternativas, en este caso, importa pensar la construcción de nuevas puertas para el acceso de todos los ciudadanos a los derechos más elementales para la manutención de la vida: los derechos socioambientales.

8. REFERENCIAS

ABED, Sheila. *Cortes internacionales para el medio ambiente*. Disponible en <<http://www.pnuma.org>>. Acceso el 18 de febrero de 2014.

ALVIM, J.E. *Comentários à Lei de Arbitragem*. São Paulo: Lúmen Juris, 2002.

ASSIS, Natália Maria Freitas e Lílian Gabriele de Freitas ARAÚJO. «A arbitragem aplicada ao conflito ambiental». In *Revista Eletrônica Direito E-Nergia*. Agosto-diciembre 2011, vol. 4, año 3, n.º 2.

CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas*. São Paulo: Cultrix, 2006.

ECEIZABARRENA, Javier. «La Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental (Ciaca)». Disponible en <<http://www.eusko-news.com>>. Acceso el 18 de febrero de 2014.

LACERDA, Belizário. *Comentários à Lei de Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CAZZARRO, Kleber. «A (in)arbitrabilidade dos conflitos ambientais na legislação nacional e a paradoxal admissão do mecanismo pelo Estado Brasileiro fora da sua fronteira de soberania». En ARAÚJO, Maria Lirida, Alexandre PAGLIARINI y Sandro Marcelo KOZIKOSKI. *Direito Ambiental II*. Florianópolis: Funjab, 2012.

FRANGETTO, Flávia Witkowski. *Arbitragem ambiental: Solução de conflitos (r)estrita ao âmbito (inter)nacional?* Campinas: Millennium, 2006.

GAITÁN OCHOA, Luis Fernando. «Arbitraje ambiental: Instrumentos para la solución de conflictos». En *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*. Bogotá: Universidad de Externado, 2008.

MILARÉ, Édís. «Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário». São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 789.

SANTILLI, Juliana. «Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica da diversidade biológica e cultural». São Paulo: Peirópolis, 2005.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Antropologia ou direito: crítica à autosuficiência do direito*. Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia, 2010, v. 13-14, pp. 17-32.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. «A arbitragem no contexto constitucional brasileiro». In *Direito Federal: revista da associação dos juízes federais do Brasil*. Río de Janeiro: Impetus, octubre-diciembre 2002, año 21, n.º 27.

VIDAL RAMOS, Roger. «El arbitraje ambiental en Peru». In *Ratio Juris Peru. Publicaciones Virtuales*. Disponible en: <<http://www.ratiojurispe-ru.files.wordpress.com>>. Acceso el 10 de febrero de 2014.

ZANELATO, Marco Antonio. «Termo de Ajustamento de Conduta-TAC: aspectos gerais e polêmicos». Disponible en: <http://www.esmp.sp.gov.br/eventos/passados/2008_mpconsumidor_marcoantoniozanellato.pdf>. Acceso el 21 de enero de 2014.

IMPORTANCIA DE LAS TÉCNICAS DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE EN LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS EN EL DERECHO INMOBILIARIO¹

*Ana Tereza Basilio**
*Thiago Rodovalho***

Sumario.- 1. Introducción al desarrollo del arbitraje en el país.—
1.1. Los atractivos del arbitraje.— 2. Arbitraje y derecho inmo-
biliario.— 2.1. Contratos inmobiliarios privados.— 2.2. Con-

¹ Este artículo fue originalmente escrito para componer una obra en homenaje al jurista y Profesor Ricardo Pereira Lira, Profesor Emérito de la Universidad del Estado de Río de Janeiro, y que formó e inspiró generaciones de civilistas en el país, y cuya obra se encuentra todavía en prensa.

* Postgrado en Derecho Norteamericano por la Universidad de Wisconsin. Profesora de Derecho Civil del Curso de Postgrado de la Escuela Superior de Abogacía, de 1993 a 2001. Profesora del Curso de Postgrado en Arbitraje de la FGV, desde 2004. Jueza sustituta del TRE-RJ, desde diciembre del 2010. Directora de la Escuela Judicial Electoral de Río de Janeiro - EJE-RJ, desde marzo del 2011. Abogada (Socia de Basílio Advogados).

** Doctorando y maestría en Derecho Civil por la PUC/SP. Bachiller en Derecho por la PUC/Campinas (2001). Abogado en São Paulo (Basílio Advogados). Miembro de la Lista de Árbitros de la Cámara de Arbitraje y Mediación de la Federación de las Industrias del Estado de Paraná - CAM-FIEP, del Consejo Arbitral del Estado de São Paulo - Caesp, de la Cámara de Mediación y Arbitraje de las Eurocámaras - CAE, de la Cámara Brasileña de Mediación y Arbitraje Empresarial - CBMAE, y del Centro Brasileño de Mediación y Arbitraje - Cebamar. Miembro del Instituto de los Abogados de São Paulo - IASP, del Instituto de Derecho Privado - IDP y del Instituto Brasileño de Derecho Procesal Civil - IBDP. Profesor-Asistente Invitado de Arbitraje y Mediación en grado de la PUC/SP. Coordinador y Profesor de Arbitraje en la Escuela Superior de Abogacía de la OAB/SP. Autor de publicaciones en el Brasil y en el exterior (libros y artículos). Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5142974418646979>.

tratos inmobiliarios de consumo.— 3. La mediación.— 3.1. Mediación en los conflictos inmobiliarios.— 4. Conclusión.— 5. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN AL DESARROLLO DEL ARBITRAJE EN EL PAÍS²

A pesar de las críticas dirigidas al Poder Judicial brasileño, estudios demostraron que el sistema estatal de resolución de disputas enfrenta problemas en la mayor parte de los países.

Analizadas tres variables básicas —tiempo, costo y *expertise* de las decisiones—, es difícil encontrar algún país cuyo Poder Judicial presente una relación equilibrada entre ellas en la solución de los litigios. Si, por un lado, el Poder Judicial brasileño es criticado por su lentitud y por la cantidad de recursos, el Poder Judicial norteamericano, muchas veces usado como referencia de eficiencia, es criticado por sus elevados costos y por el exceso de estímulos para la realización de acuerdos. Estudios demostraron que sólo 5% de las acciones iniciadas llegaron a ser juzgadas en los Estados Unidos.³

² Sobre el tema, v., entre otros, BASILIO, Ana Tereza. *Elementos do processo de arbitragem e controle jurisdicional do instituto* (Apostila). En Fundação Getulio Vargas. *Processo Civil e a Reforma do CPC - Sessão XIV* (Programa de Educação Continuada - FGV Direito Rio). Río de Janeiro: FGV, 2014; RODOVALHO, Thiago. *O crescimento da arbitragem no Brasil*. En *Jornal Gazeta de Limeira, Coluna Fatos & Direito*, 1.º Caderno, p. 2, del 28.7.2013; CAHALI, Francisco José y Thiago RODOVALHO. *Mediação nos cursos de Direito estimulará mudança*. En *Revista Consultor Jurídico*, publicado el 12.12.2013, disponible en <http://www.conjur.com.br/2013-dez-12/mediacao-cursos-direito-estimulara-mudanca-cultura-litigio>; y Francisco José CAHALI. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 3.ª ed., pp. 85-87.

³ GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 6-7.

tivos a derechos patrimoniales acerca de los cuales los litigantes puedan disponer.

Se trata de un mecanismo privado de solución de litigios, a través del cual un tercero, escogido por los litigantes, impone su decisión, que deberá ser cumplida por las partes. Esta característica impositiva de la solución arbitral (medio heterocompositivo de solución de controversias), a diferencia de la mediación y la conciliación, que son medios autocompositivos de solución de litigios, de tal modo que no existirá decisión a ser impuesta a las partes por el mediador o por el conciliador que siempre estarán limitados a la mera sugestión (que no vincula a las partes).⁵

Y un paso absolutamente esencial para el desarrollo del arbitraje en el Brasil fue el advenimiento de la Ley n.º 9.307/1996 (Ley de Arbitraje), fruto del excelente proyecto elaborado por Carlos Alberto Carmona, Pedro Antonio Batista Martins y Selma Maria Ferreira Lemes,⁶ reflejando la Ley Modelo de la Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1986, y revisada en 2006.⁷

En este contexto, pasados cerca de dieciocho años de vigencia de la actual Ley de Arbitraje; y, especialmente, en los últimos trece años, posteriormente a la celebrada decisión del Supremo Tribunal Federal (STJ) reconociendo su constitucionalidad,⁸ el Brasil vivió muy intensamente el arbitraje, pasando rápidamente de la infancia arbitral a la madurez.

⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. São Paulo: Atlas, 2009, 3.ª ed., pp. 31-32.

⁶ A ese respecto, v., por todos, CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 13-18, 124-137 e 147-166; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. São Paulo: Atlas, 2009, 3.ª ed., pp. 1-14; e GONÇALVES MUNIZ, Petronio Raymundo. *Operação Arbiter: A História da Lei n.º 9.307/96 sobre a Arbitragem Comercial no Brasil*. Recife: Instituto Tancredo Neves, 2005, *passim*.

⁷ Disponible en: https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf.

⁸ STF, Pleno, AgReg na Sentença Estrangeira n.º 5.206-7-Reino da Espanha, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, m.v., j. 12.12.2001, DJ 30.4.2004.

No es que el arbitraje fuese inexistente en el país antes de 1996, pero casi no era usado y, prácticamente, estaba restringido a arbitrajes internacionales, incluso si había, aquí o allá, arbitrajes domésticos o arbitrajes que impliquen al Poder Público; lo que se debía, principalmente, a las fallas legislativas en su disciplina, impidiendo el desarrollo de una cultura arbitral, ante la falta de obligatoriedad del convenio arbitral asumido.

Sin embargo, según recientes estadísticas recogidas por Selma Lemes, junto a las cinco principales cámaras arbitrales brasileñas, el Brasil pasó de veintiún procedimientos arbitrales en 2005 a 122 en 2011, lo que significa, en valores, implicados en esos procedimientos, de R\$ 247 millones en 2005 a cerca de R\$ 3 mil millones en 2011, un aumento de 1.250%.⁹ De igual manera, en las estadísticas de la Corte Internacional de Arbitraje (CCI), el Brasil ya es el país líder en América Latina en número de arbitrajes, estando tres veces por delante del segundo lugar, México.

Así, el Brasil ha sido reconocido, inclusive internacionalmente, como un ambiente seguro y propicio para el desarrollo del arbitraje, lo que se debe también al papel desempeñado por el Poder Judicial, especialmente, por el Tribunal Superior de Justicia, prestigiando el arbitraje.

Desde entonces, la utilización del arbitraje viene experimentado fuerte crecimiento en el país, especialmente, en los grandes conflictos empresariales (notablemente, en los conflictos societarios y problemas relativos al sector de construcción y energía), como lo demuestran las recientes estadísticas de algunas de las principales cámaras arbitrales brasileñas:¹⁰

⁹ *Cfr.* en: <http://www.valor.com.br/brasil/2960894/contratos-com-arbitragem-alcancaram-r-3-bi-em-2011#ixzz2HPLoougS>.

¹⁰ *Cfr.* en: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI196385,31047-Conflitos+-societarios+e+setor+de+construcao+e+energia+lideram+busca>.

Procesos arbitrales			
Cámara	Procesos iniciados en 2013	Promedio de procesos solucionados por año	Crecimiento en relación a 2012
Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Brasil-Canadá (CAM-CCBC)	90	38	40.62% (64 procedimientos en 2012)
Cámara FGV de Conciliación y Arbitraje	22	4	29.5% (17 procedimientos en 2012)
Cámara de Arbitraje Empresarial-Brasil-CAMARB	20	10	65% (12 procedimientos en 2012)
Centro de Arbitraje AMCHAM (American Chamber of Commerce for Brazil)	10	6	-16,5% (queda) (12 procedimientos en 2012)
BOVESPA-Cámara de Arbitraje do Mercado	7	2	-56% (queda) (16 procedimientos en 2012)
Fuente: Migalhas (6.3.2014)			

Siendo que algunas cámaras ilustran bien las áreas en que hay mayor búsqueda por el arbitraje:

- 33%: Cuestiones societarias;
- 32%: Conflictos relacionados a contratos comerciales;
- 11%: Contratos de bienes y servicios;
- 9%: Contratos de construcción;
- 3%: Cuestiones de propiedad intelectual.

En la CamArb —Cámara de Arbitraje Empresarial— Brasil, los mayores usuarios son:

- 42,10%: Sectores de la construcción civil y energía;
- 21,05%: Contratos empresariales en general;
- 15,78%: Materias societarias;
- 15,75%: Arbitrajes internacionales;
- 5,26%: Contratos de suministro de bienes y servicios.

En lo que respecta a los valores implicados, éstos varían, en valores promedios, entre R\$ 15 a R\$ 63 millones:

Procesos arbitrales	
Cámara	Valores promedios
Cámara FGV de Conciliación y Arbitraje	R\$ 63 mi
Bovespa/Cámara de Arbitraje del Mercado	R\$ 48 mi
Centro de Arbitraje y Mediación da Cámara de Comercio Brasil-Canadá	R\$ 34 mi
Cámara de Arbitraje Empresarial - Brasil – CamArb	R\$ 15 mi
Fuente: Migalhas (6.3.2014)	

En verdad, en algunos sectores de la economía, el arbitraje llega a ser necesario, como para las empresas que desean actuar en el Nuevo Mercado de la Bolsa de Valores o para las que desean actuar en la comercialización de energía eléctrica, siendo que, en los negocios internacionales, la utilización del arbitraje también ha sido lo regla.

Con esto, el arbitraje, en el Brasil, se ha ido consolidando no sólo como un medio alternativo de solución de controversias, sino, efectivamente, como un verdadero medio adecuado de solución de controversias, razón por la cual, al lado de otros métodos, como la conciliación y la mediación, el Proyecto del Nuevo Código de Proceso Civil, inclusive, la estimula.

Las principales ventajas invocadas por las empresas entrevistadas fueron *tiempo* y *secreto*, a las cuales podemos añadir también (iii) especialidad del juzgador; y (iv) flexibilidad.

El factor *tiempo* se hace especialmente más relevante cuando es comparado con los números de la justicia estatal:

Cerca de 17 mil magistrados, que juzgan, en promedio, 1,628 procesos por año.

Esto corresponde a 4.5 procesos juzgados por día (365 días) o un proceso a cada dos horas (para una jornada de diez horas).

Situación en los Tribunales Superiores: 5,719 procesos por ministro (cerca de quince procesos/día ó 1.5 por hora, jornada de diez horas).

Peor situación: STJ-8.488 por ministro (cerca de veintitrés procesos/día o 2.3 por hora, jornada de diez horas).

TJSP: 2,172 procesos por Juez (cerca de seis procesos/día o un proceso a cada dos horas, jornada de diez horas).¹¹

Es la denominada «crisis del proceso civil», que acaba por exacerbar la *cultura del litigio* que actualmente impera en el país.¹²

¹¹ Fuente: CNJ-Indicadores de Productividad dos Magistrados e Servidores no Poder Judicial: Justicia en números, año-base 2012. Al respecto, *cfr.* RODOVALHO, Thiago. *A reforma da Lei de Arbitragem: Perspectivas*. Palestra proferida no Instituto dos Advogados do Distrito Federal-IADF, el 9.9.2013, disponible en <http://www.cahali.adv.br/arquivos/Apresentacao-ThiagoRodvalho.pdf>.

¹² PALHARES BASÍLIO, Ana Tereza. *Mediação: relevante instrumento de pacificação social*. En WALD, Arnoldo. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 20, abril-junio de 2003, p. 309: «La creciente sobrecarga de los tribunales, la morosidad de los procesos y la burocratización de la justicia trazan relevantes limitaciones al ejercicio de la función jurisdiccional del Poder Judicial y acaban por incentivar la litigiosidad latente, que puede explotar en conflictos sociales».

Sin embargo, si el arbitraje ya es una *realidad* en el Brasil, todavía hay mucho por hacer en relación a la *mediación*, de la que trataremos más abajo.¹³

1.1. Los atractivos del arbitraje¹⁴

El creciente interés por el arbitraje en el Brasil está *directamente* asociado a sus principales atractivos, que son, *especialidad del juzgador, celeridad, flexibilidad y confidencialidad*.

En la justicia estatal, por razones inherentes a su estructura organizacional, el magistrado acaba por ser, naturalmente, un generalista. Esto no es un demérito, al contrario, es necesario, ante la variada gama de conflictos que llegan cotidianamente a nuestro Poder Judicial. Sin embargo, para ciertos conflictos más específicos o más complejos, esta cualidad generalista puede no ser positiva.

Éste es uno de los factores que llevan a empresas a buscar en el arbitraje, un medio de solución de controversias. En él, hay amplia libertad de quién podría ser árbitro y, con esto, pueden elegir a alguien que tenga familiaridad en la materia y en quien depositan confianza.

¹³ PALHARES BASÍLIO, Ana Tereza. *Mediação: relevante instrumento de pacificação social*. En WALD, Arnaldo. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 20, abril-junio de 2003, p. 310: «Pero, si el arbitraje conquistó un espacio relevante en la cultura jurídica brasileña, es forzoso reconocer que los demás medios alternativos de solución de conflictos, como la mediación, importantes instrumentos de pacificación social, todavía son desconocidos por buena parte de los profesionales del derecho y tiene aplicación práctica restringida. Los medios alternativos de solución de litigios, conocidos como ADRs (*Alternative Dispute Resolution*), son de gran relevancia social: en cuanto el proceso judicial y el arbitraje redundan en la composición de la disputa, en la imposición de una solución adjudicada por el Poder Judicial o por el tribunal arbitral, las ADRs proporcionan la armonización de los litigantes, solución mucho más adecuada al interés de la sociedad».

¹⁴ Cfr. RODOVALHO, Thiago. *A arbitragem e seus atrativos*. In *Jornal Gazeta de Limeira*, Coluna Fatos & Direito, 1.º Caderno, p. 2 del 11.8.2013.

Con esto, se sienten más confortables con el propio procedimiento. Así, en un conflicto societario, por ejemplo, pueden escoger, como juzgador, determinado profesional que se dedica al estudio de este tema, confiriendo, pues, mayor *expertise* al juicio, lo que les trae más seguridad.

Más que eso, y aquí reside otra ventaja, si el propio árbitro por casualidad no se siente cómodo con el arbitraje para el cual fue elegido, él puede rechazarlo, inclusive si no dispusiera del tiempo hábil para dedicarse al caso. Por otro lado, al magistrado no le es permitido rechazar las acciones que le llegan (salvo en las hipótesis de impedimento o sospecha).

Además, otro gran atractivo del arbitraje es, sin duda, su celeridad. En el Poder Judicial, el ciudadano sabe sólo cuándo entra en juicio, pero difícilmente conseguirá precisar cuándo saldrá. Fácilmente, un proceso judicial supera los quince o veinte años de duración, lo que genera mucho costo e intranquilidad a las partes.

El arbitraje, a su vez, es célere. La propia Ley de Arbitraje le fija un plazo de seis meses para terminar, aunque no sea poco común su prórroga. Pero, incluso con la prórroga, el promedio de las principales cámaras arbitrales es de poco más de un año de duración (doce a quince meses), con actuación de pruebas y audiencias. Esto, sin mencionar los arbitrajes expeditos, más céleres todavía.

Cuando el arbitraje se resuelve con el laudo arbitral, no cabe recurso para impugnarlo, sólo cabe pedido de aclaración. Así, una vez emitido el laudo arbitral, solamente se puede intentar la anulación por vicio procedimental, pero no de mérito.

Y el Poder Judicial ha prestigiado mucho el desarrollo del arbitraje en el país (en decisiones que han sido elogiadas, inclusive, en el exterior), de modo que los índices de laudos arbitrales anulados son muy bajos.

La flexibilidad del procedimiento arbitral también es un atractivo. En vez de la inflexibilidad del Código de Proceso Civil, las partes, en conjunto con los árbitros, pueden darle al procedimiento un formato que les sea más adecuado, de acuerdo con el conflicto, siempre que sean preservados los principios de la igualdad y del contradictorio.

Así, pueden ajustar cómo serán presentadas las manifestaciones, plazos, qué pruebas serán producidas y en qué orden, en fin, regular cómo quieren que el procedimiento se lleve a cabo. Se nota que el Proyecto del Nuevo Código de Proceso Civil, influenciado por el éxito del arbitraje, ha buscado flexibilizar, en cierta manera, el propio proceso judicial, lo que es un gran avance.

Por último, tenemos a la confidencialidad como un atractivo más. Aunque la Ley de Arbitraje no imponga la confidencialidad, por regla, los arbitrajes son secretos, sea porque las partes así expresamente lo escogieron, o porque la cámara arbitral lo prevé en su reglamento. Y esto ha atraído tanto empresas como personas físicas, que no desean ver su conflicto expuesto al gran público, especialmente, cuando las cuestiones de negocios sensibles están en juego. En la justicia estatal, naturalmente, ocurre lo contrario, la regla es la publicidad.

Es justamente en razón de estos atractivos, que el arbitraje ha ido desarrollando y creciendo en el país, siendo considerada, actualmente, no solo un medio *alternativo*, sino, efectivamente, un medio *adecuado* para la solución de conflictos (*Adequate Dispute Resolution*).

2. ARBITRAJE Y DERECHO INMOBILIARIO

El arbitraje en el derecho inmobiliario es tema polémico, pues, muchas veces, se estará frente a una *relación de consumo*, exigiendo atención al reglamento especial que protege al consumidor.

De este modo, hay que tratar la materia en dos situaciones distintas, cuando se trata de una *relación inmobiliaria de naturaleza privada* y cuando se trata de una *relación inmobiliaria de naturaleza consumista*.

2.1. Contratos inmobiliarios privados

Puede haber contratos inmobiliarios que no se traducen en *contratos de consumo*, esto es, cuando la relación jurídica no se da entre *consumidor* y *proveedor*, según el tenor de los artículos 2.º y 3.º de nuestro Código de Defensa del Consumidor.

Así es, por ejemplo, cuando no se hace presente, en uno de los dos polos, la figura del *proveedor*, o sea, *aquél que, con habitualidad y con fines lucrativos, ejerza actividad comercial o empresarial* (CDC 3.º). De igual manera, tampoco se tratará de una *relación de consumo* cuando no se hiciera presente, en uno de los dos polos, la figura del *consumidor*, o sea, *aquél que adquiere o utiliza un producto o servicio como destinatario final* (CDC 2.º).

En este contexto, podemos tener una relación *privada* cuando el contrato inmobiliario fuera celebrado con un no-proveedor, un particular vendiendo su inmueble, por ejemplo. Igualmente, podemos tener una relación *privada* cuando el contrato inmobiliario fuera celebrado con un no-consumidor, como un contratista adquiriendo un terreno para un proyecto inmobiliario, por ejemplo (él no es el *destinatario final*).

De esta manera, cuando se trata de una *relación inmobiliaria de naturaleza privada*; es decir, cuando no estén presentes las figuras del *proveedor* y *consumidor*, o sea, relaciones reguladas por el Código Civil, tratándose de derechos disponibles, por lo tanto, el arbitraje puede, sí, ser una buena alternativa, dependiendo del caso concreto.¹⁵

¹⁵ En este sentido, ALEM, Fabio Pedro e Betina Frank CASTELLANOS ALEM. *A promessa de compra e venda e o uso da arbitragem*. In Daniel Aureo de CASTRO (coord.). *Direito imobiliário atual*. Río de Janeiro: Elsevier, 2013, pp. 66-68.

Será una buena alternativa, especialmente, si se trata de *contratos de relevo* (figura económica) o *complejas*, caracterizados, *v. gr.*, en la definición del homenajeado profesor Ricardo Pereira Lira, en su clásica tesis de *livre-docência*, como aquéllos que tienen una *pluralidad de prestaciones y que el deudor sólo cumplirá prestando la totalidad de ellas*, todas provenientes de *un solo título y un solo hecho jurídico* (obligación *compuesta o conjuntiva*),¹⁶ como los *contratos built to suit*, por ejemplo.

Para contratos más simples o de menor relevo económico, el análisis debe ser exacto, para que el costo del arbitraje no se traduzca en un impedimento de acceso a la justicia.

2.2. Contratos inmobiliarios de consumo

Tratándose, efectivamente, de *contratos inmobiliarios de consumo*, el arbitraje solamente será posible —según el tenor del CDC art. 51, inc. VII—, *si el consumidor tomara la iniciativa de instituirlo o concuerde expresamente con su institución*.

En este sentido, el razonamiento de la sentencia paradigma del Tribunal Superior de Justicia, en un reciente relato por la Min. Nancy Andrighi:

Derecho procesal civil y consumidor. Contrato de adhesión. Acuerdo de arbitraje. Límites y excepciones. Arbitraje en contratos de financiamiento inmobiliario. Idoneidad. Límites.

1. Con la promulgación de la Ley de Arbitraje, pasaron a convivir, en armonía, tres reglamentos de diferentes grados de especificidad: (i) la regla general, que obliga a la observancia obligatoria del arbitraje cuando fue pactado por las partes,

¹⁶ PEREIRA LIRA, Ricardo Cesar. A obrigação alternativa e a obrigação acompanhada de prestação facultativa-dúvidas e soluções em face do Código Civil Brasileiro. Río de Janeiro: Universidade do Estado da Guanabara, 1970, pp. 7-8.

con derogación de la jurisdicción; (ii) la regla específica, contenida en el art. 4, §2º, de la Ley n.º 9.307/96 y aplicable a contratos de adhesión genéricos, que restringe la eficacia de la cláusula arbitral; y (iii) la regla todavía más específica, contenida en el art. 51, VII, del CDC, incidente sobre contratos derivados de una relación de consumo, sean ellos de adhesión o no, imponiendo la nulidad de la cláusula que determine la utilización compulsiva del arbitraje, aunque sean satisfechos los requisitos del art. 4, §2º, de la Ley n.º 9.307/96.

2. El art. 51, VII, del CDC se limita a prohibir la adopción previa y compulsiva del arbitraje, en el momento de la celebración del contrato, pero no impide que, posteriormente, ante un eventual litigio, habiendo consenso entre las partes (en especial, la aquiescencia del consumidor), sea instaurado el procedimiento arbitral.
3. Las reglas de los arts. 51, VIII, del CDC y 34 de la Ley n.º 9.514/97 no son incompatibles. Primero porque el art. 34 no se refiere exclusivamente a financiamientos inmobiliarios sujetos al CDC y segundo porque, habiendo una relación de consumo, el dispositivo legal no fija el momento en que deberá ser definida la efectiva utilización del arbitraje.
4. Recurso especial que se desestima.¹⁷

Entonces, cuando se trata de una *relación de consumo*, la inserción de la *cláusula arbitral* encuentra *restricción normativa*, que solamente la admite a elección del consumidor.

¹⁷ STJ, 3.ª T., REsp 1.169.841-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 6.11.2012, DJ 14.11.2012.

3. LA MEDIACIÓN¹⁸

Mediación es un estado de espíritu, que transforma en esperanza lo que era desesperación, en comienzo lo que parecía terminar (Jacqueline Mourret).¹⁹

La Resolución n.º 125 del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), que trató de formas adecuadas de solución de conflictos, tuvo el importante efecto de estimular, en el Brasil, discusiones sobre el sistema de multi-puertas de resolución de controversias.²⁰

¹⁸ RODOVALHO, Thiago. «Mediação, esse outro desconhecido». In *Jornal Gazeta de Limeira, Coluna Fatos & Direito*, 1.º Caderno, p. 2, em 2.6.2013; e RODOVALHO, Thiago. «Cultura do litígio». En *Jornal Gazeta de Limeira, Coluna Fatos & Direito*, 1.º Caderno, p. 2 del 16.6.2013.

¹⁹ MOURRET, Jacqueline. *La médiation familiale: une «culture de paix»*. França: Atelier de La Licorne, 1996. V. PALHARES BASÍLIO, Ana Tereza. «Mediação: relevante instrumento de pacificação social». En WALD, Arnaldo. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 20, abril-junio 2003, p. 309.

²⁰ El CNJ reforzó esta preocupación con la reciente Recomendación n.º 50 del 8 de mayo de 2014, *verbis*.

«Art. 1.- Recomendar a los Tribunales de Justicia y Tribunales Regionales Federales, por medio de sus Núcleos Permanentes de Métodos Consensuales de Solución de Conflictos, que:

- i. Adopten talleres para padres como política pública en la resolución y prevención de conflictos familiares en los términos de los videos y de las presentaciones disponibles en el portal de la Conciliación del CNJ;
- ii. Estimulen los magistrados a encaminar disputas para la mediación de conflictos en demandas en las cuales haya necesidad de preservación o recomposición de vínculos interpersonales o sociales, no sólo que derivan de relaciones familiares, sino todos los afectos a derechos disponibles;
- iii. Apoyen prácticas de empresas y de grandes litigantes que busquen evaluar el grado de satisfacción de las partes en las audiencias de conciliación como criterio de remuneración de los agentes, en especial con la aplicación de formularios de calidad;
- iv. Acompañen a la satisfacción de las partes con referencias de los hechos a mediadores judiciales, en los términos de la Resolución CNJ n.º 125/2010, y a mediadores privados en los términos del art. 139 del Código de Proceso Civil;

El *sistema de multipuertas* o *tribunal de multipuertas*, con inspiración en el sistema americano (*Multi-Door Courthouse System*),²¹ es caracterizado por no restringir las formas de solución de controversias, exclusivamente al Poder Judicial, ofreciendo medios alternativos y, muchas veces, más adecuados al tipo de conflicto, como la negociación, conciliación, mediación y arbitraje, además de otros todavía menos usados en el país, sin que haya ganado cada vez más relevancia, en la construcción civil en particular, como las *dispute boards*.

La referida Resolución n.º 125 se concentró más en la conciliación y mediación, prestando, con esto, un gran servicio al país al estimularlas, aunque el Brasil, estadísticamente, aún esté lejos de los porcentajes de países orientales, EUA y Canadá, que se valen de estos métodos hace mucho más tiempo, estando su uso culturalmente más arraigado.

Más allá de esta resolución, la posible e inminente venida de una «Ley de Mediación» (actualmente, sobre la materia, tramitan, en con-

-
- v. Certifiquen, solamente después del entrenamiento supervisado, los cursos de formación de conciliadores judiciales, realizados directamente o mediante acreditación, por los Núcleos Permanentes de Métodos Consensuales de Solución de Conflictos;
 - vi. Organicen y administren entrenamientos supervisados junto a las unidades jurisdiccionales, así como junto a los Centros Judiciales de Solución de Conflictos (Centros), a los participantes de cursos presenciales y a la distancia de conciliación o mediación judicial, que estén siguiendo las directrices pedagógicas del CNJ;
 - vii. Indiquen a los responsables de los Centros en la lista de discusión coordinada por el Comité Permanente por la Conciliación para el compartir de buenas prácticas de administración judicial.

²¹ La consagrada expresión *multi-door courthouse* fue originalmente, usada por el Prof. Frank Sander (Harvard) en 1976, en una conferencia que, posteriormente, llegó a ser publicada en 1979: SANDER, Frank. *Varieties of dispute processing*. Minnesota: West Publishing, 1979, pp. 65-87. Al respecto, v., también, KRITZER, Herbert M. «To regulate or not to regulate, or (better still) when to regulate». En *Dispute resolution magazine*, ABA, v. 19, n.º 3, Spring 2013, pp. 12-13; y ANDRIGHI, Nancy y Gláucia Falsarella FOLEY. «Sistema multiportas: o Judiciário e o consenso». En *Folha de São Paulo, Tendências e Debates*, 24.6.2008.

junto, los PLS, Proyecto de Ley del Senado n.ºs 405/2013, 434/2013 y 517/2011), se puede traducir justamente en el estímulo que falta para que ella, efectivamente, se consolide en el país.

Mientras la ley no se promulga, se nota, todavía, cierto desconocimiento acerca de la mediación en el país, confundiéndola, en la mayoría de los casos, con la conciliación.

En este contexto, se tiene que la conciliación es un método muy antiguo y difundido en el país, en el cual el juzgador (juez o árbitro), o un conciliador, especialmente designado para este fin, intenta conciliar las partes, buscando llegar a un acuerdo entre ellas. Los contratos en la conciliación son más puntuales y breves, con una actitud, digamos, más proactiva del conciliador que, inclusive, formula propuestas de acuerdo para las partes, con el mayor de los cuidados que se debe tener en este momento, para no afectar su independencia e imparcialidad.

Por otro lado, la mediación se caracteriza por ser un *procedimiento* (y, por esto, demanda un tiempo y participación mayores que en la conciliación), en el cual el mediador, valiéndose de las diversas técnicas de mediación existentes (Modelo de Harvard,²² Modelo Transformativo, Modelo Circular-Narrativo, entre otros),²³ actúa como un *facilitador de la comunicación* entre las partes, para que ellas mismas consigan construir conjuntamente un acuerdo.

La mediación se hace necesaria porque hay un *problema de comunicación* entre ellas, que las impide, por sí solas, de llegar a un acuerdo vía

²² Sobre el *Modelo de Harvard*, pionero en la materia, v., por todos, FISHER, Roger, William URY y Bruce PATTON. *Getting to yes - negotiating agreement without giving in*. New York: Penguin Books, 2011, 3.ª ed., *passim*; en la traducción al portugués: FISHER, Roger, William URY y Bruce PATTON. *Como chegar ao sim - a negociação de acordos sem concessões*. Río de Janeiro: Imago, 2005, 2.ª ed., *passim*.

²³ Al respecto, *cfr.*, entre otros, GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 52-61; y STITT, Allan J. *Mediating commercial disputes*. Ontario: Canada Law Book, 2003, pp. 3-9.

negociación. En este sentido, como dice una frase de autoría desconocida, *the biggest communication problem is we do not listen to understand, we listen to reply*.

Así, el mediador, como regla, no propone acuerdo, estimulando y facilitando que las propias partes lo construyan, siendo ésta una de las razones por las cuales los resultados obtenidos sean más duraderos, pues provienen de las propias partes, y no impuestos (*adjudicados*) por un tercero.

Otro aspecto de suma importancia es el secreto; todo lo que ocurre en la mediación es absolutamente secreto (a menos que las partes quieran pactar de forma diversa), justamente, para que las partes puedan negociar más abiertamente y con mayor franqueza, sin el recelo de que esto pueda venir a ser usado contra ellas en un proceso, en caso el acuerdo no se concrete.

Así, la conciliación es el método adecuado a ciertos tipos de conflictos (más puntuales), al paso que la mediación se presenta como una mejor alternativa para conflictos en que haya un mayor relacionamiento entre las partes (conflictos empresariales y familiares, por ejemplo).

En este contexto, el Brasil precisa de medidas en el sentido de desarrollar y democratizar, cada vez más, el uso de la mediación en el país.

Precisa y mucho de iniciativas de esta clase, pues el país desarrolló y vive una *cultura del litigio*,²⁴ como si todo y cualquier conflicto necesariamente tuviese que ser judicializado o resuelto por un tercero (árbitro).

Curiosamente, hasta la Constitución Federal de 1988, el Brasil enfrentaba algunos óbices para el acceso a la justicia, lo que se tradujo en

²⁴ Sobre el tema, v., entre otros, WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. En YARSELL, Flavio Luiz y Maurício ZANOIDE DE MORAES. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, pp. 684-690; y WATANABE, Kazuo. *Modalidade de mediação*. En CJF. *Mediação: um projeto inovador* (Série Cadernos do CEJ), v. 22. Brasília: CJF, 2003, pp. 42-50.

una correcta y necesaria preocupación de nuestro legislador en concebir diversos instrumentos para maximizarlo, como la justicia gratuita, los juzgados especiales y un mayor reconocimiento de derechos (daño moral, por ejemplo).

Este acceso más amplio a la justicia, sin embargo, fue llevado a su paroxismo. Es muy interesante y verdadera la frase del Ministro Gilmar Mendes, que participó en la creación de los juzgados especiales federales, calificándolos como *fracaso del éxito*.²⁵

El éxito de las medidas para facilitar el acceso al Poder Judicial (a excepción, tal vez, del mal uso, muchas veces, de la justicia gratuita) fue tal que también se hizo la razón de su fracaso.

Fracaso, pues creó una *cultura del litigio* en el país, como si todo el mundo fuese incapaz de resolver hasta incluso simples querellas entre vecinos o conflictos menores, judicializando todo y cualquier problema, sin necesidad de mayor reflexión, simplemente, porque litigar se hizo fácil, accesible y barato.

Esta realidad es fácilmente traducida en los números de la justicia en el país.

A pesar de la mayor responsabilidad del Estado (el mayor litigante), es un hecho que el Brasil comenzó el año 2013 con unos absurdos 92.2 millones de procesos (el informe anual hecho por el CNJ reveló que el total de procesos en trámite en el Poder Judicial brasileño ha aumentado gradualmente desde el año 2009, cuando era de 83.4 millones de procesos, hasta alcanzar el trámite de 92.2 millones de procesos en 2012).²⁶

²⁵ V. en <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,gilmar-mendes-critica-excesso-de-judicializacao-no-pais,551269>.

²⁶ Cfr. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2013: ano-base 2012*. Brasília: CNJ, 2013, *passim*.

Así, el número de procesos pendientes corresponde, *grosso modo*, a un proceso por cada dos habitantes, o sea, como si la mitad de la población brasileña estuviese litigando al mismo tiempo.

Justamente por esto, se habla modernamente, respecto del acceso a la justicia, no sólo en el *derecho de ingresar a un juicio*, sino también y, especialmente, en el *derecho a salir de él* y en un *tiempo razonable*.

Estos números, sin embargo, crean una realidad de proceso, prácticamente, imposible de administrar, dificultando, como consecuencia, que haya una justicia efectiva y célere.²⁷

En la cultura oriental, por ejemplo, ingresar en juicio es algo excepcional, significando una frustración social en resolver el problema en sí. En este sentido, el Japón tiene medios informales de control de la sociedad que son extremadamente rigurosos (como la familia, la vecindad, las escuelas, los locales de trabajo), incentivando la autocomposición de los conflictos. Esto explica por qué el Japón tiene cerca de veinte mil abogados para una población aproximada de 130 millones de habitantes, al paso que, solamente en el Estado de São Paulo, por ejemplo, son 150 mil abogados para cerca de 40 millones de habitantes (aproximadamente, 1/3 de la población del Japón).²⁸

²⁷ PALHARES BASÍLIO, Ana Tereza y Joaquim DE PAIVA MUNIZ. *Projeto de lei de mediação obrigatória e a busca da pacificação social*. In WALD, Arnaldo. *Revista de arbitragem e mediação*, abril-junio de 2007, vol. 13, p. 39: «Son innegables los esfuerzos de la doctrina y del legislador en el sentido de buscar la mayor efectividad y simplicidad del proceso judicial, entre los cuales se destaca la edición de la EC n.º 45/2004 y de diversas leyes ordinarias, lo que quedó conocido como Reforma Judicial. Pero, en un país de dimensiones continentales, gran población y cantidad inmensa de acciones, no basta agilizar el proceso judicial, pues se estaría intentando vaciar el mar con un balde. Hay que implementar medidas más profundas de reducción de cantidad de causas. Por esto, se ha buscado, además, popularizar medios alternativos de solución de conflictos, inspirados muchas veces en experiencias exitosas en el exterior, buscando desahogar el Poder Judicial».

²⁸ V. WATANABE, Kazuo. *Modalidade de mediação*. En CJF. *Mediação: um projeto inovador* (Série Cadernos do CEJ). Brasília: CJF, 2003, v. 22, pp. 42-50.

Inclusive, los mismos países en que la mediación es *obligatoria* —sin entrar aquí en la discusión sobre su constitucionalidad—, tienen buenas experiencias para compartir. Así, en Ontario (Canadá), por ejemplo, donde hay hipótesis de mediación obligatorias, las estadísticas revelan 40% de acuerdo en las mediaciones obligatorias, además de 10% a 20% de acuerdos parciales. Aunque los porcentajes de acuerdos celebrados en las mediaciones, voluntarias sean mayores (70% a 80% de acuerdos),²⁹ los índices obtenidos en las mediaciones, cuando el acuerdo no es alcanzado, la mediación mejora el relacionamiento futuro de las partes y facilita también que, tal vez, haya un acuerdo en el futuro.

Esto no significa que no haya casos que deban ser objeto de sentencia judicial o laudo arbitral, pero ellos no deben ser la regla de los conflictos, para que, en estas situaciones relevantes, puedan recibir la debida atención que merecen.

Es preciso, por lo tanto, cada vez más, cambiar la actual realidad brasileña, migrando de esta *cultura del litigio* o *cultura de sentencia* (como, con mucha propiedad, acuñó Kazuo Watanabe)³⁰ para una *cultura de pacificación*,³¹ con una mayor resolución autocompositiva de los conflictos, como ocurre en la mediación y en la conciliación.

²⁹ Cfr. STITT, Allan J. *Mediating commercial disputes*. Ontario: Canada Law Book, 2003, pp. 11-12.

³⁰ WATANABE, KAZUO. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In YARSELL, Flavio Luiz e Maurício ZANOIDE DE MORAES. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, pp. 684-690; e WATANABE, Kazuo. *Modalidade de mediação*. In CJF. *Mediação: um projeto inovador* (Série Cadernos do CEJ). Brasília: CJF, 2003, v. 22, pp. 42-50.

³¹ Cfr. PALHARES BASÍLIO, Ana Tereza. *Mediação: relevante instrumento de pacificação social*. In WALD, Arnaldo. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, abril-junio 2003, vol. 20, *passim*, en especial, p. 324: «El anteproyecto de mediación, resultado del brillante trabajo de ilustres juristas, representa una importante iniciativa, capaz de auxiliar al proceso judicial y alcanzar el objetivo social más relevante de la sentencia y de proporcionar una efectiva pacificación para las partes litigantes. El objeto del proceso no es más que la solución adjudicada, lo cual busca incesantemente la composición amigable de la disputa que pone en riesgo la

3.1. *La mediación en los conflictos inmobiliarios*

A diferencia del *arbitraje*, la mediación no experimenta los mismos límites, pudiendo ocurrir tanto como si se tratara de una *relación inmobiliaria de naturaleza privada*, como si se tratara de una *relación inmobiliaria de naturaleza consumista*.

Más allá de esto, la mediación puede ser una buena opción, independientemente de si se tratara o no de *contratos de relevo* (figura económica) o *complejos*.

La mediación permite una mirada diferente sobre el problema, pensando *outside the box*, para encontrar alternativas que muchas veces no han sido pensadas por las partes en razón de los problemas de comunicación. O sea, permite trabajar con la *creación de valor* («expandir la torta»), con el objetivo de una estrategia *win-win*, en vez del tradicional modelo litigioso de *victorioso-derrotado* (*winner takes all*),³² para no sólo permitir la resolución del problema, sino también mejorar la relación entre las partes y creando una buena imagen para el futuro, enfriando la *cultura del litigio*.

Y en un escenario de conflictos inmobiliarios crecientes, el estímulo para la mediación es de suma importancia.

4. CONCLUSIÓN

En este trabajo, buscamos demostrar la importancia de las técnicas de mediación y arbitraje en la solución de los conflictos en el derecho inmobiliario.

deseada paz social. La introducción de la nueva mentalidad que propone la sobreexposición de la cultura de la pacificación de las partes y la cultura de la sentencia es el mayor mérito del anteproyecto innovador».

³² MONTEIRO GABBAY, Daniela. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 18.

Como regra, la mediación se parece a un instrumento con un mayor espectro de utilización en los conflictos en el derecho inmobiliario, en razón de la presencia, muchas veces, frecuente del *consumidor*, lo que puede obstaculizar el uso de arbitraje.

No obstante, el arbitraje no debe ser *per se* descartado. Hay también, como vimos, situaciones en que éste puede ser una interesante opción, dependiendo del caso concreto.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEM, Fabio Pedro e Betina Frank CASTELLANOS ALEM. *A promessa de compra e venda e o uso da arbitragem*. In DE CASTRO, Daniel Aureo (coord.). *Direito imobiliário atual*. Río de Janeiro: Elsevier, 2013.

ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. «Há lugar para certo otimismo em relação ao novo CPC». In *Revista Consultor Jurídico*, publicado el 4.2.2014, disponible en <http://www.conjur.com.br/2014-fev-04/teresa-arruda-alvim-lugar-certo-otimismo-relacao-cpc>.

ANDRIGHI, Nancy e Gláucia Falsarella FOLEY. *Sistema multiportas: o Judiciário e o consenso*. In *Folha de São Paulo, Tendências e Debates*, 24.6.2008.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011.

BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010.

BASILIO, Ana Tereza. *Mediação: relevante instrumento de pacificação social*. In WALD, Arnaldo. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 20, abril-junio 2003.

BASILIO, Ana Tereza. *Elementos do processo de arbitragem e controle jurisdicional do instituto* (Apostila). In *Fundação Getúlio Vargas. Processo Civil e a Reforma do CPC - Sessão XIV* (Programa de Educação Continuada - FGV Direito Rio). Rio de Janeiro: FGV, 2014.

BASILIO, Ana Tereza e Joaquim DE PAIVA MUNIZ. *Projeto de lei de mediação obrigatória e a busca da pacificação social*. In WALD, Arnaldo. *Revista de arbitragem e mediação*, vol. 13, abril-junio 2007.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 3.^a ed.

CAHALI, Francisco José. *Arbitragem e o Projeto de Código de Processo Civil*. In José Anchieta da Silva. *O Novo Processo Civil*. São Paulo: Lex/ Magister, 2012.

CAHALI, Francisco José e Thiago RODOVALHO. *A arbitragem no novo CPC-primeiras impressões*. In FREIRE, Alexandre *et alii* (orgs.). *Novas tendências do processo civil-estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 2, pp. 583-604.

CAHALI, Francisco José e Thiago RODOVALHO. *Mediação nos cursos de Direito estimulará mudança*. In *Revista Consultor Jurídico*, publicado el 12.12.2013, disponible en <http://www.conjur.com.br/2013-dez-12/mediacao-cursos-direito-estimulara-mudanca-cultura-litigio>.

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. São Paulo: Atlas, 2009, 3.^a ed.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito Arbitral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 2.^a ed.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tratado geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

FISHER, Roger, William URY e Bruce PATTON. *Getting to yes - negotiating agreement without giving in*. New York: Penguin Books, 2011, 3.^a ed.

FISHER, Roger, William URY e Bruce PATTON. *Como chegar ao sim - a negociação de acordos sem concessões*. Rio de Janeiro: Imago, 2005, 2.^a ed.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Conciliação e mediação judiciais no Projeto de Novo Código de Processo Civil*. In DANTAS, Bruno (org.). *Revista de informação legislativa-Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, abril-junio-2011, n.º 190, t. 1.

KRITZER, Herbert M. *To regulate or not to regulate, or (better still) when to regulate*. In *Dispute resolution magazine*. ABA, Spring 2013, v. 19, n.º 3.

LIRA, Ricardo Cesar Pereira. *A obrigação alternativa e a obrigação acompanhada de prestação facultativa - dúvidas e soluções em face do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado da Guanabara, 1970.

MUNIZ, Petronio Raymundo Gonçalves. *Operação Arbiter: A História da Lei n.º 9.307/96 sobre a Arbitragem Comercial no Brasil*. Recife: Instituto Tancredo Neves, 2005.

RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RODOVALHO, Thiago. «O crescimento da arbitragem no Brasil». In *Jornal Gazeta de Limeira, Coluna Fatos & Direito*, 1.º Caderno, p. 2, el 28.7.2013.

RODOVALHO, Thiago. «A arbitragem e seus atrativos». In *Jornal Gazeta de Limeira, Coluna Fatos & Direito*, 1.º Caderno, p. 2, el 11.8.2013.

RODOVALHO, Thiago. «Cultura do litígio». In *Jornal Gazeta de Limeira, Coluna Fatos & Direito*, 1.º Caderno, p. 2, el 16.6.2013.

RODOVALHO, Thiago. «Mediação, esse outro desconhecido». In *Jornal Gazeta de Limeira, Coluna Fatos & Direito*, 1.º Caderno, p. 2, el 2.6.2013.

RODOVALHO, Thiago e Leandro TRIPODI. *Sede da arbitragem e reglamento da instituição arbitral: uma relação de autonomia*. En Eduardo Silva da Silva (coord.). *Novas regulações e novas legislações: uma nova prática arbitral?*, en prensa.

SANDER, Frank. *Varieties of dispute processing*. Minnesota: West Publishing, 1979.

SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa - dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOARES, Guido Fernando S. *Arbitragens comerciais internacionais no Brasil-vicissitudes*. En RT 641. São Paulo: Revista dos Tribunais, marzo 1989.

STITT, Allan J. *Mediating commercial disputes*. Ontario: Canada Law Book, 2003.

VAN DEN BERG, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958*. Deventer: Kluwer Law, 1981.

WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. En YARSHELL, Flavio Luiz e Maurício ZANOIDE DE MORAES. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

WATANABE, Kazuo. «Modalidade de mediação». En CJF. *Mediação: um projeto inovador* (Série Cadernos do CEJ). Brasília: CJF, 2003, v. 22.

EL ARBITRAJE EN EL NUEVO CPC

PRIMERAS IMPRESIONES

*Francisco José Cahali**
*Thiago Rodvalho***

Sumario: 1. Introducción.— 2. Principales innovaciones del NCPC relativas al arbitraje.— 2.1. Arbitraje como jurisdicción

* Magíster y Doctor por la PUC-SP donde enseña en grado y postgrado, en especial en la disciplina de arbitraje y mediación. Profesor Invitado de la USAL —Universidad de Salamanca—, para período de investigación como postdoctorado en Arbitraje. Vice-Presidente de la Comisión de Mediación y Arbitraje de la OAB-DF. Miembro de la Comisión de Asuntos Legislativos del CBAr. Líder del «Grupo de Investigación en Arbitraje» junto a la PUC-SP. Abogado y Consultor Jurídico. Miembro del Consejo Editorial Nacional de la Revista de Arbitraje y Mediación-RT, coordinada por el Prof. Amoldo Wald. Fue miembro del Consejo Consultivo del Departamento de Investigaciones Judiciales —DPJ—, junto al Consejo Nacional de Justicia —CNJ— en el bienio 2009-2011. Expositor en diversos eventos, autor de libros y artículos, destacándose su obra o libro «Curso de Arbitragem» (RT, 3.^a ed. 2013). Integra la Lista de Árbitros y Especialistas de diversas Instituciones Arbitrales, como Caesp, CCMA-Fiesp/Ciesp, CAM-CCBC, Sparbitral-CAE, entre otras.

** Doctorando en Derecho Civil —Arbitraje por la PUC-SP—. Magíster en Derecho Civil por la PUC-SP (2009). Posee estudios de grado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Campinas (2001). Abogado en São Paulo. Miembro de la Lista de Árbitros del Consejo Arbitral del Estado de São Paulo —Caesp—, de la Cámara de Mediación y Arbitraje de las Eurocámaras —CAE—, de la Cámara Brasileña de Mediación y Arbitraje Empresarial —Cbmae— del Centro Brasileño de Mediación y Arbitraje— Cebamar. Profesor-Asistente Invitado de Arbitraje y Mediación en grado de la Pucps (asistiendo al Professor-Titular Francisco José Cahali). Coordinador y Profesor de Arbitraje en la Escuela Superior de Abogacía de la OAB/SP. Profesor de Derecho Civil y Filosofía del Derecho del Instituto Superior de Ciencias Aplicadas (ISCA) de 2005 a 2008. Conferencista invitado en el Cogea (Pucsp) (Profesor-Magíster). Autor de diversas publicaciones (libros y artículos). Currículum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5142974418646979>.

y estímulo a otros medios de solución de controversias (entre ellos, conciliación, mediación y arbitraje).— 2.2. Alegación de Acuerdo de Arbitraje, extinción del proceso sin resolución de mérito y agravio de instrumento. Efecto del recurso de apelación.— 2.3. Secreto de Justicia del Arbitraje en el NCPC.— 2.4. Fraude a la ejecución y arbitraje.— 2.5. La relación de cooperación entre el Poder Judicial y el Arbitraje (Carta Arbitral).— 2.6. Cumplimiento de laudo arbitral.— 2.7. Reconocimiento de laudo arbitral extranjero y concesión de *exequatur* a carta de exhorto internacional.— 2.8. Alteración de la LArb 33 §3.º.— 3. Conclusión.— 4. Referencias Bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el Brasil ha debatido intensamente el Proyecto del Nuevo Código de Proceso Civil (PL n.º 8.046/2010),¹ lo que puede ser, inclusive, observado en las profundas alteraciones (para bien o para mal) del proyecto originalmente concebido para la versión actual que ahora se estudia, tomándose por base el Informe General del Diputado

¹ Además de los debates públicamente conducidos, hubo participación de la comunidad jurídica, o sea en las discusiones en la Comisión o en las discusiones conducidas en la Cámara de los Diputados y en el Senado Federal. Al respecto, v., por ejemplo, entre otros, Bruno DANTAS (org.). *Revista de informação legislativa-Novo Código de Processo Civil*, n.º 190, ts. 1 e 2, Brasília: Senado Federal, abril-junio-2011, *passim*; Alexandre FREIRE *et al.* (orgs.). *Novas tendências do processo civil-estudos sobre o projeto do novo código de processo civil* (basado en el informe presentado por el Diputado Sérgio Barradas Carneiro, en noviembre del 2012), Salvador: JusPodivm, 2013, *passim*; Luiz Guilherme MARINONI y Daniel MITIDIERO. *O projeto do CPC críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, *passim*; e Misael MONTENEGRO FILHO. *Projeto do novo código de processo civil-confronto entre o CPC atual e o projeto do novo CPC* (con comentarios a las modificaciones sustanciales). São Paulo: Atlas, 2011, *passim*.

Federal Paulo Teixeira (PT-SP), leído el 8 de mayo de 2013.^{2,3}

Los debates, por regla, vienen siendo conducidos siempre con el objetivo de tener un CPC más adecuado para la sociedad moderna, más ágil, célere y menos formalista.⁴ En fin, un código que se traduzca más en una *garantía al ciudadano* y al *servicio de derecho material*, y no excesivamente formalista y que se haga un fin en sí mismo.

En este trabajo, centraremos nuestro estudio en el impacto que el actual Proyecto del NCPC tendrá sobre el arbitraje.⁵

Sin embargo, no deja de ser interesante observar —en este deseo de un CPC menos formalista, más célere y más preocupado por el derecho material—, la influencia del *arbitraje* sobre el *NCPC*.

En este sentido, se tiene ejemplificativamente, entre otras:

² Este informe se encuentra disponible en la siguiente dirección: www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios.

³ A lo largo de este artículo, siempre cuando citamos «NCPC», nos estamos refiriendo, justamente, a la versión constante del Informe-General del Diputador Federal Paulo Teixeira. Cuando nos refiramos a versiones anteriores del proyecto, lo explicitaremos.

⁴ En palabras del Ministro Luiz Fux, en el mensaje cuando se envió el Anteproyecto del Nuevo Código de Proceso Civil al Senado Federal: «Era hora de cambiar: los nuevos tiempos exigen un nuevo proceso, como proclamaba Cesare Vivante: Otro tiempo, Otro derecho. En este sentido, v. también la Exposición de Motivos del Anteproyecto, en especial: «En suma, para la elaboración del Nuevo CPC, se identificarán los avances incorporados al sistema procesal preexistente, que deberían ser conservados. Estos fueron organizados y se dieron algunos pasos al frente, para dejar expresa la adecuación de las nuevas reglas a la Constitución Federal de la República, con un sistema más coherente, más ágil y capaz de generar un proceso civil más célere y más justo.

⁵ Sobre el tema, *cfr.*, también, ampliamente, Francisco José CAHALI. *Arbitragem e o Projeto de Código de Processo Civil*. En José ANCHIETA DA SILVA. *O Novo Processo Civil*. São Paulo: Lex/Madgister, 2012, pp. 275/291, *passim*.

- (i) La previsión de posibilidad de testigo técnico (*expert witness*);⁶
- (ii) La posibilidad de un acuerdo de saneamiento presentado por las partes;⁷

⁶ Cfr. NCPC:

Art. 471.- La prueba pericial consiste en examen, inspección, o evaluación.

[...]

§2.º De oficio o a requerimiento de las partes, el juez podrá, en sustitución a la prueba pericial, determinar la producción de prueba técnica simplificada, cuando el punto controvertido fuera de menor complejidad.

§3.º La prueba técnica simplificada consistirá sólo en el examen de especialista, por orden del juez, sobre el punto controvertido de la causa que demanda especial conocimiento científico o técnico.

§4.º El especialista, que deberá tener formación académica específica en el área objeto de su testimonio, podrá, al prestar sus aclaraciones, valerse de cualquier recurso tecnológico de transmisión de sonidos e imágenes con el fin de aclarar los puntos controvertidos en la causa.

§5.º La remuneración del especialista será arbitrada previamente por el juez, debiendo ser anticipada por las partes que requieran su testimonio o prorrateada por las dos partes cuando sea requerida por ambas o determinada de oficio por el juez.

⁷ Cfr. NCPC:

Art. 364.- No ocurriendo alguna de las hipótesis de este capítulo, el juez deberá, en la decisión de saneamiento y de organización del proceso:

[...]

§1.º Realizado el saneamiento, las partes tienen derecho de pedir aclaraciones o solicitar ajustes, en el plazo común de cinco días, después de lo cual la decisión se hace estable.

§2.º Las partes pueden presentar al juez, para la homologación, una delimitación consensual de las cuestiones de hecho y de derecho a las que se refieren los incisos II y IV de la parte inicial de este artículo. Una vez homologada, la delimitación vincula a las partes y el juez.

§3.º Si la causa fuera compleja, fáctica o jurídicamente, el juez deberá designar una audiencia para que el saneamiento sea hecho en cooperación con las partes. En esta oportunidad, el juez, si fuera el caso, invitará a las partes a integrar o aclarar sus alegaciones.

A propósito del tema, *cfr.*, además, Claudia Elisabete Schwerz CAHALI. *O Gerenciamento de Processos Judiciais em busca da efetividade da prestação jurisdiccional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, en prensa.

- (iii) La posibilidad de preguntar *directamente* al testigo (una cierta aproximación con la *direct and cross examination of witnesses*);⁸
- (iv) Además de clarificar más la cuestión de *dispensa* de realización de prueba técnica.⁹

Hechas estas observaciones, pasemos al objetivo de nuestro estudio, centrado en el impacto del NCPC en el arbitraje, que representa uno de los «medios adecuados de solución de conflictos», por el cual se entrega, por voluntad de las partes, el juzgamiento de la controversia al árbitro o colegiado arbitral, elegido de forma directa o indirecta por los interesados.

La aplicación del CPC, así, es extraña al procedimiento arbitral, que tendrá sus reglas definidas por las partes y/o por el árbitro, de la mejor manera para atender las necesidades específicas del caso, aplicándose los *principios constitucionales del proceso civil* (debido procesal legal, contradictorio e igualdad de partes).¹⁰

⁸ Cfr. NCPC:

Art. 466.- Las preguntas serán formuladas por las partes directamente al testigo, comenzando por la que lo citó, no admitiendo el juez aquéllas que pudieran inducir la respuesta, no tuvieran relación con las cuestiones de hecho objeto de la actividad probatoria o importaran repetición de otra ya respondida.

⁹ Cfr. NCPC:

Art. 479.- El juez podrá dispensar prueba pericial cuando las partes, inicialmente y en la impugnación, presentaran sobre las cuestiones de hecho pareceres técnicos o documentos aclaratorios que considere suficientes.

¹⁰ En este sentido, inclusive, la previsión del artículo 21 de la Ley de Arbitraje: «El arbitraje obedecerá al procedimiento establecido por las partes en el acuerdo de arbitraje, que podrá referirse a las reglas de un órgano arbitral institucional o entidad especializada, facultándose, además, a las partes delegar al propio árbitro, o a la cámara arbitral, regular el procedimiento. §1.º No habiendo estipulación acerca del procedimiento, corresponderá al árbitro o a la cámara arbitral disciplinarlo. §2.º Serán, siempre, respetados en el procedimiento arbitral los principios del contradictorio, de la igualdad de las partes, de la imparcialidad del árbitro y de su libre convicción.

Sin embargo, la legislación procesal no se aparta de cualquier referencia al arbitraje. Esto porque el arbitraje, como una de las formas de solución de conflictos forma parte de un todo, de un sistema de prestación jurisdiccional completo que se relaciona e integra, para atender la perspectiva de la sociedad (de los justiciables). Así, en algunos momentos, habrá intersección o conexión entre los integrantes de este sistema.

El arbitraje, entonces, no camina solo. Convive en armonía con la jurisdicción estatal, cada uno ocupando su espacio, pero relacionándose cuando sea necesario.

En este contexto, entre otros impactos, el NCPC tuvo el privilegio, especialmente, de mejorar la relación de *cooperación* entre el Poder Judicial y el arbitraje (con la creación de la carta arbitral), y producir mejoras en la alegación de acuerdo de arbitraje, secreto de justicia, y en el *reconocimiento de laudo arbitral extranjero*, aun más con el mejor tratamiento para la *concesión de exequatur a la carta de exhorto internacional*. Veamos.

2. PRINCIPALES INNOVACIONES DEL NCPC RELATIVAS AL ARBITRAJE

2.1. *Arbitraje como jurisdicción y estímulo a otros medios de solución de controversias (entre ellos, conciliación, mediación y arbitraje)*

El NCPC buscó *armonizar* con la Constitución Federal y la Ley de Arbitraje, siguiendo la corriente doctrinaria mayoritaria, en el sentido de que el *arbitraje también es jurisdicción*.

En este sentido, hubo una *alteración* de la regulación prevista en el artículo 3.º de la versión original del Proyecto, que así regulaba la materia:

No se excluirá de la apreciación jurisdiccional la amenaza o lesión de un derecho, excepto en los litigios voluntariamente sometidos a solución arbitral, de acuerdo a ley.¹¹

Esta forma de redacción, en cuanto ciertamente no haya sido la intención de la Comisión, podría dar margen a interpretaciones en el sentido de que el arbitraje no fuese jurisdicción, por consignar que «no se excluirá de la apreciación jurisdiccional la amenaza o lesión de un derecho», excepto, no obstante, y puedo transmitir con esto, la idea de no tratarse de *jurisdicción*, la solución arbitral.

Siendo así, más adecuada fue la solución dada por la versión actual y que ahora se examina del NCPC, que sigue más armónicamente la CF 5.º xxxv, la Ley de Arbitraje y la histórica decisión del Tribunal Federal Supremo acerca de su constitucionalidad, al simplemente consignar, *verbis*:

Art. 3.- No se excluirá de la apreciación jurisdiccional la amenaza o lesión de un derecho
§1.º Es permitido el arbitraje, de acuerdo a ley.

Con esta redacción, se guarda, en la parte inicial del artículo, armonía con la CF 5.º xxxv, así como, a través de su §1.º, se evita la discusión sobre si el arbitraje es o no jurisdicción, evitándose la contradicción arriba anotada en el Anteproyecto (versión original), y perfilando así, la corriente doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria en el sentido de ser el arbitraje, efectivamente, *jurisdicción*.¹²

¹¹ Este dispositivo no guarda correspondencia en el actual CPC, guardando, sin embargo, cierta correspondencia con la CF 5.º xxxv: «la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza a un derecho», y guardando cierta armonía con la Ley de Arbitraje y la histórica decisión del Tribunal Federal Supremo acerca de su constitucionalidad [*cf.* STF, Pleno, AgReg en la Homologación de Laudo Extranjero n.º 5206-7 (Reino de España), Rel. Min. Sepúlveda Pertence, m.v. (en cuanto a la constitucionalidad de la LArb), j. 12.12.2001, DJ 30.4.2004].

¹² Al respecto, v., por todos, el excelente voto de la Min. Nancy Andrichi en STJ, 2.ª Sección, Conficto de Competencia n.º 113.260-SP, rel. p/sentencia Min. João Otávio de Noronha, m.v., j. 8.9.2010, DJ 7.4.2011. v., también, el precedente:

Esta armonía, de cierta forma, subsiste todavía con la previsión del art. 42 del NCPC:

Art. 42.- Las causas civiles serán procesadas y decididas por el órgano jurisdiccional en los límites de su competencia, sin perjuicio del derecho de las partes a instituir un juicio arbitral, de acuerdo a ley.

No obstante esto, lo más adecuado, a fin de evitar incongruencias, sería que este artículo haya sido redactado de manera que refleje el actual 3.º del NCPC (*v.gr.*: «Las causas civiles serán procesadas y decididas por el órgano jurisdiccional en los límites de su competencia, sin perjuicio del derecho de las partes a instituir un juicio arbitral, de acuerdo a ley»).

Además de esto se tiene, a nuestro parecer, que el NCPC *prestigia* el arbitraje, no sólo como un medio *alternativo* de solución de controversias (*ADR* —*Alternative Dispute Resolution*—), sino como un verdadero medio *adecuado* de solución de controversias (modernamente, *Adequate Dispute Resolution*), razón por la cual, al lado de otros métodos (como la conciliación y la mediación), el NCPC lo *estimula*.

Al leerse *aisladamente* el art. 3.º, §3.º d del NCPC («La conciliación, la mediación y otros métodos de solución consensual de conflictos deberán ser estimulados por magistrados, abogados, defensores públicos y miembros del Ministerio Público, inclusive, en el curso del proceso judicial»), se puede, precipitadamente, extraer una conclusión en el sentido contrario, pues el referido párrafo hace mención sólo a la conciliación y a la mediación; no obstante, este párrafo (al lado del

STJ, 2.ª Sección, Conflicto de Competencia n.º 111.230-DE, rel. Min. Nancy Andrighi, m.v., j. 8.5.2013 (íntegra de la sentencia en vías de publicación; informe y voto de la Ministra Relatora, no obstante, ya disponibles, así como la certificación del juzgamiento), que admitió un conflicto de competencia entre cámara arbitral y Poder Judicial. No siendo el arbitraje jurisdicción, no se podría admitir conflicto de competencia entre árbitro y juez.

§2.º del mismo artículo) se refiere a los medios de solución *consensual* de los conflictos.

Sin embargo, el NCPC, en otros pasajes, expresa claramente el *estímulo* también al arbitraje, como medio *adecuado* de solución de controversias. En este sentido:

Art. 365.- En el día y en la hora designadas, el juez declarará abierta la audiencia y mandará a comunicar a las partes y sus respectivos abogados, así como otras personas que deban participar en ella.

Parágrafo único.- Instalada la audiencia el juez intentará conciliar a las partes, sin perjuicio del empleo de otros métodos de solución consensual de conflictos, como la mediación, el arbitraje y la evaluación imparcial por tercero. (El subrayado es nuestro).

Se trata de una moderna visión del NCPC, en consonancia con la *Reforma del Poder Judicial* promovida por la Enmienda Constitucional n.º 45, en el intento de un cambio de la *cultura de litigio*¹³ que, actualmente, impera en el Brasil, para una *mejor administración de la justicia*. Estas disposiciones guardan, además, armonía con la Resolución CNJ n.º 125/2010,^{14 15} que trata de la *Política Judicial Nacional de tratamiento adecuado de los conflictos de intereses en el ámbito del Poder Judicial*, y que, justamente, buscó desarrollar en el país lo que se cuñó como *sistema multipuertas* o *tribunal multipuertas* [con inspiración en el sis-

¹³ Sobre el tema, v., entre otros, Kazuo WATANABE. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. En Flavio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, pp. 684-690; e Kazuo WATANABE. Modalidade de mediação. En CJF. *Mediação: um projeto inovador (Série Cadernos do CEJ)*, v. 22. Brasília: CJF, 2003, pp. 42-50. V., también, Thiago RODOVALHO. *Cultura do litígio*. En *Jornal Gazeta de Limeira*, Coluna Fatos & Direito, 1.º Caderno, p. 2, el 16.6.2013.

¹⁴ Recientemente, alterada por medio de la Enmienda n.º 1 del 31 de enero de 2013.

¹⁵ Al respecto de la Resolución CNJ n.º 125/2010, *cfr.* Francisco José CAHALI. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 3.ª ed., Cap. 2, pp. 37-59.

tema americano (*Multi-Door Courthouse System*)],¹⁶ estimulando el uso de *medios extrajudiciales de solución de los conflictos*, tales como la negociación, conciliación y mediación [el NCPC, modernamente incluyó, además, en el artículo citado, la posibilidad de *evaluación imparcial por tercero (evaluación neutral)*, método conocido en los *Alternative Dispute Resolution*], con miras, inclusive, a hacer efectivo el *derecho constitucional a la duración razonable del proceso*.

2.2. Alegación de Acuerdo de Arbitraje, extinción del proceso sin resolución de mérito y agravio de instrumento. Efecto del recurso de apelación

Respecto a la *alegación de acuerdo de arbitraje*, hubo sensibles avances en la regulación dada por el NCPC, en la versión contenida en el Informe final sometido a la aprobación en la Cámara de los Diputados, en relación al proyecto aprobado en el Senado Federal.

En lugar de alegar la existencia de acuerdo de arbitraje en la etapa preliminar de la contestación, como ocurre actualmente, y previsto en la versión del Senado, viéndose obligado a anticipar, con esto, el propio *mérito* de su defensa (en atención al principio de la eventualidad). En la cámara se propone regulación diferente.

Esta nueva estructura dada por la actual versión del NCPC representó, inclusive, a nuestro parecer, otra mejora en relación al Anteproyecto original, que regulaba la materia de forma muy semejante al vigente CPC/73, con excepción de la corrección del §4.º del art. 301 (que hablaba equivocadamente de *convenio arbitral*).¹⁷

¹⁶ V. Nancy ANDRIGHI e Gláucia Falsarella FOLEY. *Sistema multiportas: o Judiciário e o consenso*. In *Folha de São Paulo, Tendências e Debates*, 24.6.2008.

¹⁷ La regulación dada por la versión original del Anteproyecto, era, en suma, la siguiente:

Art. 338.- «Corresponde a la parte demandada, antes de discutir el mérito, alegar: [...]

x. Acuerdo de Arbitraje;

En este sentido, el NCPC crea un *momento procedimental específico para la alegación de existencia de acuerdo de arbitraje*.

Con esto, la alegación de existencia de acuerdo de arbitraje deberá ser deducida en *petición autónoma*, en la audiencia de conciliación o, en caso ésta no ocurra, en el momento en que el demandado manifieste desinterés en su realización; o, incluso, en el plazo de la contestación, en caso la audiencia no haya sido designada por otra razón.

En todos estos momentos, esta petición tendrá el efecto de *interrumpir* el plazo para contestar (desde que haya sido debidamente instruida con el acuerdo de arbitraje), que volverá a correr, totalmente, después de la intimación de la decisión que la rechace (evidentemente, pues, en caso de acogimiento, no hay que hablar siquiera del momento para contestar, con la extinción del proceso sin resolución de mérito).¹⁸

De este modo, se evita que el demandado sea forzado a *anticipar* el mérito de la materia que se pretende ver deducida en el *juicio arbitral*, ante la existencia de acuerdo de arbitraje.

Así, el demandado sólo debe formular la petición autónoma, instruyéndola obligatoriamente con el instrumento del acuerdo de arbitraje (bajo pena de rechazo liminar, pudiendo, inclusive, ser considerado rebelde, si la petición autónoma, desacompañada del instrumento, hubiera

[...]

§4º Ejecutado el acuerdo arbitral, el juez conocerá de oficio de la materia enumerada en este artículo».

¹⁸ En este sentido, v. NCPC:

Art. 348.- «Acogida la alegación de acuerdo de arbitraje, o reconocida por el juez arbitral su propia competencia, el proceso será extinguido sin resolución de mérito.

[...]».

Art. 495.- «El órgano jurisdiccional no resolverá el mérito cuando:

[...]

vii. Acoger la alegación de existencia de acuerdo de arbitraje».

sido hecha en el curso del plazo de la contestación), expresando las razones que considere pertinentes, sólo y tan sólo con relación a la competencia del tribunal arbitral, sin la necesidad de entrar en el mérito de la cuestión propiamente dicho. El juez, entonces, oír a la parte contraria en relación a la alegación de acuerdo de arbitraje, decidiendo la cuestión.¹⁹

Otra importante e interesante innovación del NCPC se refiere a su mayor armonización con el *principio de la competencia-competencia* (también conocido como *kompetenz-kompetenz*, *competence-competence* o *compétence-compétence*). Así, si el arbitraje *ya hubiera sido instaurado*

¹⁹ Al respecto, *cf.* el Capítulo VIII.— De la Alegación de Acuerdo de Arbitraje en el NCPC:

Art. 345.— «La alegación de existencia de acuerdo de arbitraje deberá ser formulada, en petición autónoma, en la audiencia de conciliación.

§1.º La alegación debe estar acompañada del instrumento del acuerdo de arbitraje bajo pena de rechazo liminar.

§2.º El autor será intimado para manifestarse inmediatamente sobre la alegación. Si hubiera necesidad, el requerimiento del autor, el juez podrá conceder plazo de hasta quince días para esta manifestación.

§3.º La alegación de incompetencia del juez, si hubiera, deberá ser formulada en la misma petición a la que se refiere la parte inicial de este artículo, que podrá ser presentada ante el juez del domicilio del demandado, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 341.

§5.º Si, antes de la audiencia de conciliación, el demandado manifiesta desinterés en la composición consensual, tendrá que, en la misma oportunidad, formular la alegación de acuerdo de arbitraje en los términos de este artículo».

Art. 346.— «No habiendo sido designada la audiencia de conciliación, la alegación de la existencia de acuerdo de arbitraje deberá ser formulada, en petición autónoma, en el plazo de la impugnación.

§1.º La alegación debe estar acompañada del instrumento del acuerdo de arbitraje bajo pena de ser rechazada liminarmente y el demandado será considerado rebelde.

§2.º La alegación de incompetencia del tribunal, si hubiera, deberá ser presentada en la misma petición a la que se refiere la parte inicial de este artículo, que podrá ser presentada ante el juez del domicilio del demandado, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 341.

§3.º Después de la manifestación del autor, el juez decidirá sobre la alegación. Intimadas las partes de la decisión que la rechaza, el plazo para la impugnación recomenzará totalmente».

antes de la interposición de la acción, el juez, al recibir la alegación, *suspenderá* el proceso, a la espera de la decisión del tribunal arbitral sobre su propia competencia. Reconociendo el árbitro su propia competencia, el proceso se terminará sin resolución del mérito.²⁰

Hacerlo *más armonizado con el principio de la competencia-competencia*, pues es de la esencia de este principio, justamente la idea de que el árbitro decida *primeramente, en primer lugar* (pero no *exclusivamente*)²¹ sobre su propia competencia, correspondiendo al Poder Judicial la *palabra final* (*has the last word*), que será dada sólo *posteriormente* y no *concurrentemente*,²² siendo que, en el Brasil, solamente *si* es provocado a hacerlo, en sede de control del laudo arbitral.^{23 24}

²⁰ V. NCPC:

Art. 347.- «Si el procedimiento arbitral ya hubiera sido instaurado antes de la interposición de la acción, el juez, al recibir la alegación de acuerdo de arbitraje, suspenderá el proceso, a la espera de la decisión del juicio arbitral sobre su propia competencia; no habiendo sido instaurado, el juez decidirá la cuestión».

Art. 348.- «Acogida la alegación de acuerdo de arbitraje, o reconocida por el tribunal arbitral su propia competencia, el proceso será terminado sin resolución de mérito».

²¹ VAN DEN BERG, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958*. Deventer: Kluwer Law, 1981, p. 131.

²² V., entre otros, GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008, p. 128.

²³ Éste es, precisamente, el modelo adoptado por el ordenamiento jurídico brasileño, como se desprende de la teoría de la LARb 8, parágrafo único («Corresponderá al árbitro decidir de oficio, o por provocación de las partes, las cuestiones acerca de la existencia, validez y eficacia del acuerdo de arbitraje y del contrato que contenga la cláusula arbitral») y artículo 20, §2.º [«La parte que pretenda discutir cuestiones relativas a la competencia, suspensión o impedimento del árbitro o de los árbitros, así como nulidad, invalidez o ineficacia del acuerdo de arbitraje, deberá hacerlo en la primera oportunidad que tuviera que manifestarse, después de la institución del arbitraje» [...] «No siendo acogida la pretensión, el arbitraje proseguirá normalmente, sin perjuicio de venir a ser examinada la decisión por el órgano del Poder Judicial competente, cuando de la eventual interposición de la demanda de la que trata el art. 33 de esta ley»].

²⁴ Algunos países, como Alemania y Portugal, adoptan la disciplina un poco diferente. Al respecto, v. ampliamente Leandro TRIPODI y Thiago RODOVALHO. *Aspectos*

Se trata de un orden *cronológico* (*regla de prioridad*),²⁵ y no de un *criterio jerárquico*, buscándose, así, evitar que haya *concurrency temporal* entre la jurisdicción estatal y la jurisdicción arbitral para decidir sobre la competencia (*rectius* jurisdicción) o no del tribunal arbitral y de la arbitrabilidad o no del conflicto [la existencia de la convención de arbitraje, la capacidad de las partes para celebrar el acuerdo de arbitraje, la arbitrabilidad del litigio, la forma del acuerdo de arbitraje, licitud del objeto del acuerdo de arbitraje, la inclusión del litigio en el objeto del acuerdo, la constitución del tribunal arbitral].^{26 27}

Hay excepción a este principio solamente *si y cuando* se trata de acuerdo de arbitraje *manifestamente nula*, la teoría de la Convención de Nueva York (*New York Arbitration Convention —Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards done at New York, on 10 June 1958—*), según su artículo 2.º ítem III: «*The court of a Contracting State, when seized of an action in a manner in respect of which the*

da arbitragem securitária no contexto de projetos de infraestrutura: uma análise do caso Jirau à luz de princípios da arbitragem internacional e do direito brasileiro, en prensa, *passim*.

²⁵ NUNES, Thiago Marinho. «La práctica de las *anti-suit injunctions* en el procedimiento arbitral y su reciente desarrollo en el derecho brasileño». En *Revista Brasileira de Arbitragem*, n.º 5, enero-marzo 2005, p. 32.

²⁶ PEREIRA BARROCAS Manuel. *Manual de arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 247.

²⁷ El propio STJ ya reconoció, en una reciente sentencia, expresamente, que le corresponde al árbitro decidir primeramente sobre su propia competencia, correspondiendo al Poder Judicial solamente el control posterior de esta decisión. En este sentido, *cfr.* STJ, 4.ª T., REsp 1.278.852 - MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, v.u., j. 21.5.2013, DJ 19.6.2013, en el que consta: «De hecho, es cierta la coexistencia de las competencias de los tribunales arbitral y judicial relativamente a las cuestiones inherentes a la existencia, validez, extensión y eficacia del acuerdo de arbitraje. En verdad —excluyéndose el supuesto de cláusula arbitral patológica (“en blanco”)—, lo que se nota es una alternancia de competencia entre los referidos órganos, ya que la ostentan en momentos y procedimientos distintos, o sea, la posibilidad de actuación del Poder Judicial es posible tan solamente después de la emisión del laudo arbitral, en los términos de los arts. 32, I y 33 de la Ley de Arbitraje». (El resaltado es nuestro).

parties have made an agreement within the meaning of this article at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed»,²⁸ a cuyo dispositivo ha de ser dada *interpretación restrictiva*, a fin de evitar abusos.²⁹

La redacción del art. 347; sin embargo, podría ser mejorada, con la exclusión y modificación de la parte que dice «antes de la interposición de la acción», quedando con la siguiente redacción:

Art. 347.- Si el procedimiento arbitral ya hubiera sido instaurado antes de ser emitida la decisión judicial sobre la cuestión, el juez, al recibir la alegación de acuerdo de arbitraje, suspenderá el proceso, a la espera de la decisión del tribunal arbitral sobre su propia competencia; no habiendo sido instaurado, el juez decidirá la cuestión.

De este modo, se atiende por completo a la *racionalidad* internacionalmente reconocida del *principio de la competencia-competencia*, evitándose el conflicto de jurisdicciones. Con la redacción actual, el conflicto, en teoría, todavía puede ocurrir, en caso el arbitraje sea instaurado *en el curso de la acción judicial*, pero antes de la decisión del juez sobre la cuestión, y el árbitro se dé por competente. Lo mejor sería siempre la suspensión del proceso si, *antes de la decisión del juez*, el procedimiento ya hubiera sido instaurado.

Incluso al respecto de la *alegación de acuerdo de arbitraje*, el NCPC mantiene correctamente la imposibilidad de ser conocida de oficio por

²⁸ Traducción: «El tribunal de un Estado signatario, cuando se le someta una acción relativa a una materia sobre la cual las partes hayan establecido un acuerdo en los términos del presente artículo [acuerdo de arbitraje], a pedido de una de ellas, encaminará a las partes al arbitraje, a menos que constate que tal acuerdo es nulo y sin efectos, inoperante o inexigible».

²⁹ Al respecto, v. ampliamente Albert Jan VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*. Deventer: Kluwer Law, 1981, pp. 154-169, en especial, p. 155.

el juez, haciendo, además, claro el efecto de su no argumentación, que será comprendida, *ex vi legis*, como *renuncia* (tácita) al arbitraje.³⁰

Por último, con relación a la decisión que *rechaza* la alegación de acuerdo de arbitraje, cabrá recurso de *agravio de instrumento*, al tenor del NCPC, art. 1028, III, *verbis*:

Art. 1.028.- Además de las hipótesis previstas en ley, cabe agravio de instrumento contra la decisión interlocutoria que:

[...]

III. Rechaza la alegación de acuerdo de arbitraje [...].

En cuanto a la decisión que *reconoce el acuerdo de arbitraje* y *juzga extinto el proceso sin resolución de mérito*, cabrá recurso de *apelación*, con la importante previsión de que los efectos en regla de esta apelación, serán solamente *devolutivos*, es decir, sin el beneficio de *suspender* los efectos de la decisión apelada, permitiéndose así que se prosiga con el arbitraje (en caso haya sido instaurada) o que se proceda a su instauración.

A decir del NCPC, art. 1025, *verbis*:

Art. 1.025.- La apelación tendrá efecto suspensivo

§1.º Además de otros supuestos previstos en la ley, comienza a producir efectos inmediatamente después de su publicación la sentencia que:

[...]

III. Extingue sin resolución del mérito o juzga improcedentes las excepciones del ejecutado;

IV. Juzga procedente el pedido de institución de arbitraje;

[...]

³⁰ *Cfr.* NCPC:

Art. 349.- «La existencia de acuerdo de arbitraje no puede ser conocido de oficio por el órgano jurisdiccional».

Art. 350.- «La ausencia de alegación de la existencia de acuerdo de arbitraje, en la forma prevista en este capítulo, implica aceptación de la jurisdicción estatal y renuncia al juicio arbitral».

§2.º En los casos del §1º, el apelado podrá promover el pedido de cumplimiento provisorio después de publicada la sentencia.

Excepcionalmente, sin embargo, podrá ser atribuido efecto suspensivo a esa apelación, si se cumplen los requisitos legales, que son: (i) probabilidad de decisión estimatoria del recurso; (ii) o, siendo relevante la fundamentación, hubiera riesgo de daño grave o difícil reparación; según los §§3.º a 6.º del citado art. 1015 del NCPC:

§3.º En los supuestos del §1.º, el apelante podrá formular pedido de efecto suspensivo:

- I. En la petición de interposición del propio recurso; o,
- II. Por petición autónoma, que deberá ser instruida con los documentos necesarios al conocimiento de la controversia, cuando sea formulado después de su interposición, pero antes de la distribución del recurso al relator.

§4.º En los supuestos del §1º, la eficacia de la sentencia podrá ser suspendida por el relato si el apelante demuestra la probabilidad de estimación del recurso, o, siendo relevante la fundamentación, hubiera riesgo de daño grave o difícil reparación.

§5.º Cuando el pedido fuera formulado por petición autónoma y los autos ya estuvieran en el respectivo tribunal competente para juzgar el recurso de apelación, es indispensable la formación del instrumento del que trata el §3º, inciso II.

§6.º La apreciación del pedido de concesión de efecto suspensivo al recurso de apelación en los supuestos del §1º competirá al:

- I. Juez que emite la decisión apelada, en el período comprendido entre la interposición del recurso en primer grado y la distribución al relator en el tribunal de segundo grado;
- II. Relator designado, después de la distribución del recurso en el tribunal de segundo grado.

En estos supuestos, *si y cuando*, efectivamente presentes y reunidos los requisitos legales arriba anotados, el efecto suspensivo a la apelación *debe* ser concedido, tratándose de *poder-deber* del juez o relator, según el estado temporal del recurso (si ya fue distribuido o no).

2.3. *Secreto de justicia del arbitraje en el NCPC*

Otro importante avance del NCPC fue relativo al *secreto de justicia* en el arbitraje, pues el secreto en el procedimiento es una de las más atrayentes características del arbitraje, pues a través de él, se preserva la imagen de las partes, intimidades de sus negocios, *know-how*, secreto industrial, entre otras informaciones relevantes de carácter estratégico o comercial que derivan de la actividad empresarial.

En este contexto, aunque la Ley de Arbitraje, correctamente, no *determina obligatoriamente* el secreto en los arbitrajes,³¹ es un hecho que, en la práctica, la absoluta mayoría de ellos ocurre en secreto, sea porque las partes así lo previeron en el acuerdo de arbitraje, o porque eligieron una cámara arbitral cuyo reglamento prevé el secreto (lo que es la regla en los reglamentos de las cámaras arbitrales en el Brasil y en el exterior).

El secreto es, en verdad, al lado de la *flexibilidad*, *celeridad* y *especialidad*, uno de los *atractivos* del arbitraje.³² En este sentido, una reciente investigación conducida por la *School of International Arbitration (Centre for Commercial Law Studies)* y por el *Queen Mary College*, con apoyo de la *PriceWaterhouseCoopers*,³³ reveló que 62% de las empresas consideran la confidencialidad del arbitraje un punto muy importante.

³¹ La Ley de Arbitraje determina sólo el deber de discreción del árbitro, en los términos del art. 13A §6.º:

Art. 13.- «Puede ser árbitro cualquier persona capaz y que tenga la confianza de las partes.

[...]

§6.º En el desempeño de su función, el árbitro deberá proceder con imparcialidad, independencia, competencia, diligencia y discreción». (El resaltado es nuestro).

³² En este sentido, v., entre otros, Francisco José CAHALI. *Curso de arbitragem*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2013, 3.ª ed., n.º 9.4.3, pp. 240-241.

³³ *School of International Arbitration, Centre for Commercial Law Studies*, y *Queen Mary University of London* (con apoyo de la PwC). «Corporate choices in International Arbitration-Industry perspectives», disponible en: www.pwc.com/arbitrationstudy, fecha de acceso: 31.5.2013.

De ahí la relevancia del mejor tratamiento dado a la materia por el NCPC, que así reguló la cuestión del secreto de justicia cuando se trata de un proceso judicial que verse sobre arbitraje.

Art. 189.- Los actos procesales son públicos. Se tramitan, sin embargo, en secreto de justicia los procesos:

[...]

iv. Que versan sobre arbitraje, inclusive sobre el cumplimiento de carta arbitral, siempre que la confidencialidad estipulada en el arbitraje sea comprobada ante el juez.

Parágrafo único.- El derecho de consultar los autos de procesos que se tramita en secreto de justicia y de pedir certificaciones de sus actos está restringido a las partes y a sus abogados. El tercero que demuestra interés jurídico puede requerir al juez certificación del dispositivo de la sentencia, así como del inventario y acciones resultantes del divorcio.³⁴

Siendo así, cuando el propio arbitraje fuera secreto (sea porque las partes así lo previeron en el acuerdo de arbitraje, o porque eligieron una cámara arbitral cuyo reglamento prevé el secreto), por fuerza del citado artículo del NCPC, el proceso judicial —sea en el momento de *alegación de acuerdo de arbitraje*, o incluso en *acción de ejecución y cumplimiento de decisión (cautelares, v.gr.) o laudo arbitral*—, será llevado a cabo en *secreto de justicia*, prestigiando y protegiendo el deseo de las partes de mantener su *confidencialidad*.

Se trata de un importante avance, pues, en el actual sistema, no obstante el arbitraje se desarrolla de forma *confidencial*, toda vez que, por algún motivo, haya necesidad de *judicializar* el arbitraje, *de cierta manera*, se publicita, lo que se traduce en un hecho indeseable.

³⁴ Este dispositivo contó con contribución del Grupo de Investigación en Arbitraje, de la Pucsp, liderado por el Prof. Francisco José Cahali (al respecto, *cf.* CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2013, 3.^a Ed., n.º 9.4.3, pp. 240-241.

Con el aludido dispositivo, el NCPC regula mejor la cuestión, de tal suerte que un tercero solamente tendrá cualquier información sobre el proceso judicial *si* demuestra *interés* jurídico (y no meramente *económico*) para ello, al tenor del párrafo único del referido artículo.

2.4. Fraude a la ejecución y arbitraje

El NCPC trae, en la versión aprobada en el Informe Final de la Cámara de los Diputados, además, una novedad interesante y bienvenida, relativa al *fraude a la ejecución*, excluyendo expresamente la buena fe del adquirente que, *consciente de la existencia de procedimiento arbitral que potencialmente podría reducir al deudor a la insolvencia*, incluso así, adquiere el bien.

En este sentido, el NCPC dispone al respecto:

Art. 808.- Se considera fraude a la ejecución la enajenación de un bien o la imposición de gravamen a un bien:

- i. Cuando sobre él esté pendiente una acción fundada en un derecho real o con pretensión reipersecutoria, desde que la pendencia del proceso haya sido anotada en el respectivo registro público, si lo hubiera;
- ii. Cuando hubiera sido anotada, en su registro, la pendencia del proceso de ejecución, de acuerdo al art. 844;
- iii. Cuando hubiera sido anotado, en su registro, hipoteca judicial u otro acto de restricción judicial originario del proceso donde fue acusado el fraude;
- iv. Cuando, al tiempo de la enajenación o imposición de gravamen, se tramitaba contra el deudor una acción capaz de reducirlo a insolvencia;
- v. En los demás casos expresos en la ley.

§1.º La enajenación en fraude a la ejecución es ineficaz en relación al ejecutante.

§2.º En el caso de adquisición de un bien no sujeto a registro, el tercero adquirente tiene la carga de la prueba de que adoptó las medidas necesarias para la adquisición, mediante la exhibición de las certificaciones correspondientes, obtenidas en el domicilio del vendedor.

§3º En los casos de desconsideración de la personalidad jurídica, el fraude a la ejecución se verifica a partir de la citación de la parte cuya personalidad se pretende desconsiderar.

§4º No será considerado adquirente de buena fe **aquél que tuviera conocimiento de la pendencia de proceso arbitral contra el ejecutado.**

§5º Antes de declarar el fraude a la ejecución, el órgano jurisdiccional deberá intimar al tercero adquirente, que, si quisiera, podrá oponer excepciones de tercero, en el plazo de quince días. (El resaltado es nuestro).

Podrá surgir cuestionamiento relativo al *secreto* del arbitraje. Sin embargo, el secreto existe *para las partes*, de tal modo que no es absoluto, cediendo para la *defensa de los derechos*. Siendo así, no existe, a nuestro parecer, incompatibilidad entre la previsión del NCPC relativa al fraude a la ejecución y la confidencialidad en el arbitraje.

De este modo, la parte interesada podrá, en defensa de sus derechos e intereses, dar a conocer al potencial adquirente acerca de la existencia del procedimiento arbitral, de modo que pueda precaverse contra un eventual fraude a la ejecución.

2.5. La relación de cooperación entre el Poder Judicial y el arbitraje (carta arbitral)³⁵

Otro importante avance del NCPC fue la creación de la *Carta Arbitral*, instrumento sin correspondencia en el vigente CPC/73.³⁶

³⁵ En esta relación de cooperación, la jurisdicción es dividida, y no compartida. Son funciones complementarias, y no concurrentes. A un tribunal le corresponderá la decisión; a otro, la efectividad de lo decidido. Todo sin jerarquía o subordinación, pues son tareas distintas que derivan de los poderes y atribuciones de cada uno en nuestro sistema jurídico.

³⁶ La proposición de la carta arbitral en el NCPC también contó con contribución de Grupo de Investigación en Arbitraje de la Pucsp, liderado por el Prof. Francisco José Cahali, en colaboración con la Comisión de Arbitraje y la Procuraduría-General de la Oarb, en las personas de los doctores Joaquín de Paiva Muniz, Leonardo Corrêa

Con la creación de la referida carta arbitral *se uniformiza* la comunicación entre árbitro (o tribunal arbitral) y el *Poder Judicial*, para las situaciones, no siempre raras, que demandan interacción entre las dos jurisdicciones (medidas coercitivas y cautelares, auxilio en producción de prueba, prestación de informaciones, etc.).

Actualmente, sin regulación específica, no existe propiamente uniformidad en esta interlocución entre las jurisdicciones judicial y arbitral, adoptando, cada uno, el formato que considera adecuado, lo que, a veces, en la práctica, trae dificultades.

Estos problemas tienden a desaparecer, al menos en lo que respecta a la interlocución propiamente dicha (y no necesariamente su efectivo cumplimiento), con la creación de la denominada *carta arbitral*.

En este sentido, el NCPC así reguló la materia:

Art. 69.- El pedido de cooperación jurisdiccional debe ser prontamente atendido, prescinde de forma específica y puede ser ejecutado como:

- I. Auxilio directo;
- II. Reunión o acumulación de procesos;
- III. Prestación de informaciones;
- IV. Actos concertados entre los jueces cooperantes.

§1.º Las cartas de orden, exhorto y arbitral seguirán el régimen previsto en este Código.

§2.º Los actos concertados entre los jueces cooperantes podrán consistir, además de otros, en el establecimiento de procedimiento para:

- I. La práctica de la citación, intimación y notificación de actos;
- II. La obtención y presentación de pruebas y la recopilación de testimonios;

y Ronaldo Cramer (al respecto, *cf.* CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2013, 3.ª ed., n.º 10.5, pp. 262-265).

- III. La efectución de tutela anticipada;
- IV. La efectución de medidas y providencias para la recuperación y preservación de empresas;
- V. Facilitar la habilitación de créditos en la falencia y en la recuperación judicial;
- VI. La centralización de procesos repetitivos;
- VII. La ejecución de decisión jurisdiccional.

Art. 237.- Será expedida carta:

[...]

- IV. Arbitral, para que el órgano del Poder Judicial practique o determine el cumplimiento, en el área de su competencia territorial, de un acto objeto de pedido de cooperación judicial formulado por el tribunal arbitral, inclusive los que importen efectución de tutela anticipada.

El NCPC prescribe, también, ciertos requisitos *formales* que debe observar la carta arbitral:

Art. 260.- Son requisitos de las cartas de orden, exhorto nacional e internacional:

- I. La indicación de los jueces de origen y de cumplimiento del acto;
- II. El total contenido de la petición, del despacho judicial y del instrumento del mandato conferido al abogado;
- III. La mención del acto procesal que le constituye el objeto;
- IV. El cierre con la firma del juez.

§1.º El juez mandará trasladar la carta a cualquier otra parte, así como instruirla con un mapa, dibujo o gráfico, siempre que estos documentos deban ser examinados, en la diligencia, por las partes, por los peritos o por los testigos.

§2.º Cuando el objeto de la carta fuera un examen pericial sobre documento, éste será remitido en original, quedando en los autos reproducción fotográfica.

§3.º La carta arbitral atenderá, en lo que corresponda, a los requisitos a que se refiere la parte inicial de este artículo y será

instruida con el acuerdo de arbitraje y con las pruebas del nombramiento del árbitro y de su aceptación de la función.

En este sentido, la carta arbitral, confeccionada por el árbitro o tribunal arbitral, deberá: (i) contener la indicación del nombre del árbitro o (árbitros, en caso de haber tribunal arbitral) y, eventualmente, también el de la cámara arbitral (en el supuesto de arbitraje *institucional*); (ii) contener el direccionamiento (*genérico*, a menos que se trate de carta arbitral cuando ya intervino algún tribunal estatal) al Poder Judicial; (iii) ser instruida con copias del acuerdo de arbitraje, del nombramiento del árbitro y de su aceptación de la función; (iv) ser instruido, además, con copias del pedido formulado por la parte, decisión arbitral y apoderamiento del abogado (de ser el caso, pues no siempre la parte se hará representar por abogado en el arbitraje, aunque esta representación, en la práctica sea frecuente); y (v) firma del árbitro. Podrá, además, ser instruida con otras copias de los «autos» del arbitraje, en caso sea necesario.

Y el procesamiento y cumplimiento de esta *carta arbitral* en el tribunal estatal, como fue visto anteriormente (v. n.º 2.3 arriba), deberá tramitar *en secreto de justicia*, cuando el arbitraje goce de confidencialidad.

Al respecto, a nuestro parecer, las *diligencias* propiamente dichas para este procesamiento y cumplimiento de la carta arbitral incumbe a la *parte interesada*, y no al árbitro; es decir, incumbe al árbitro la *confección y expedición* de la carta arbitral, correspondiendo, a su vez, a la parte interesada, las diligencias para su procesamiento y cumplimiento en el tribunal estatal.

Éste, inclusive, nos parece ser un punto que podría ser mejorado en el NCPC, para justamente constatar de forma expresa (con la inclusión de un párrafo, *v.gr.*) que *las diligencias para su procesamiento y cumplimiento en el tribunal estatal incumben a la parte interesada*, aunque esta conclusión se extraiga implícitamente del NCPC, evitándose, con esto, que, en la práctica, haya discusión y dudas al respecto.

Esto porque, además de tratarse indudablemente de un acto que escapa de las atribuciones del árbitro, podrá haber, hasta incluso, problemas o dificultades en su cumplimiento. El propio NCPC contiene una disposición en que en el cumplimiento de la carta arbitral, podrá ser recusado, *verbis*:

Art. 267.- El juez recusará el cumplimiento a la carta de exhorto nacional o arbitral, devolviéndola con despacho motivado:

- I. Cuando no estuviera revestida de los requisitos legales;
- II. Cuando le faltara competencia en razón de materia o de jerarquía;
- III. Cuando tuviera duda acerca de su autenticidad.

Parágrafo único.- En caso de incompetencia en razón de materia o de jerarquía, el juez exhortado, conforme al acto a ser practicado, podrá remitir la carta al juez o al tribunal competente.

En este supuesto, en caso la diligencia incumbiese al árbitro, se podría crear una situación extraña e indeseable, como la posibilidad y/o necesidad de interposición de recurso (en este supuesto, por el árbitro), en caso de decisión judicial que equivocadamente se niega a cumplir la *carta arbitral*. Se trataría de una situación absolutamente extraña e indeseable en la medida en que la función del árbitro, de cierta forma, se inmiscuiría con la de la propia parte [quizá, hasta incluso, con la necesidad de contratación de abogado para interposición de recurso contra la decisión judicial que no la cumple (pues, el árbitro no necesariamente precisa ser abogado), lo que sería una situación manifiestamente absurda].

Es por esto que, por regla, al menos a nuestro parecer, la relación entre el árbitro y el juez no debe ser *directa*, sino, *indirecta*, vía procesamiento y cumplimiento de la carta arbitral por la parte interesada.

De este modo, en suma, en el procesamiento y cumplimiento de decisiones arbitrales, como por ejemplo, de la Carta de Exhorto Nacional, la carta arbitral es *emanada* del árbitro, a la parte interesada [distribución o protocolo (según la situación), pago de eventuales cos-

tas judiciales, interposición de recursos contra la decisión judicial no la cumple, etc.], no habiendo, pues, en este supuesto, relación *directa* entre el Poder Judicial y el arbitraje, sino sólo y tan sólo indirecto.

Se crea, por lo tanto, como fue visto, *una estructura formal para la comunicación*, y de esta forma facilita la integración entre ambas jurisdicciones, en la medida en que una sabrá cómo solicitar y la otra como recibir las solicitudes, evitando desencuentro de posiciones al respecto, nocivas, ciertamente, a la efectividad pretendida en la tutela de los intereses de la parte.

2.6. Cumplimiento de laudo arbitral

Respecto del *cumplimiento del laudo arbitral*, el NCPC, acertadamente, *mantuvo* la regulación actual prevista tanto en el vigente CPC/73 como en la Ley de Arbitraje, en el sentido de constituir el laudo arbitral o título ejecutivo *judicial*, *verbis*:

Art. 529.- Además de la sentencia condenatoria, son títulos ejecutivos judiciales, cuyo cumplimiento se dará de acuerdo con los artículos previstos en este Título:

[...]

vi. El laudo arbitral.

La innovación quedó por cuenta de la posibilidad de promoverse su cumplimiento en el domicilio del ejecutado o donde los bienes sujetos a ejecución estuvieron localizados o incluso donde la obligación de hacer o no hacer deba ser cumplida, a opción del ejecutante, lo que, en la práctica, puede hacer la ejecución más célere:

Art. 530.- El cumplimiento de las sentencias se efectuará ante:

[...]

iv. El juez civil, cuando se trate de sentencia penal condenatoria, de laudo arbitral o de sentencia extranjera.

Parágrafo único.- En los supuestos de los incisos II y III, el ejecutante podrá optar por el juez del actual domicilio del ejecutado, por el juez del lugar donde se encuentran los bienes sujetos a ejecución o donde debe ser ejecutada la obligación de hacer o de no hacer, casos en los que el envío de los autos del proceso será solicitado al juez de origen.

O sea, de forma saludable se permitirá, lo que hoy está prohibido, ejecutar el laudo arbitral donde se encuentran los bienes en el lugar donde debe ser cumplida la obligación de hacer o no hacer, además de la opción por el domicilio del ejecutado.

Consustanciándose ambos, a nuestro parecer, en medidas correctamente adoptadas por el NCPC, tanto al mantener el laudo arbitral como título ejecutivo judicial, como al innovar donde ella podrá ser ejecutada, flexibilidad de ésta que puede posibilitar ejecuciones más céleres.

2.7. Reconocimiento de laudo arbitral extranjero y concesión de exequatur a carta de exhorto internacional

Last but not least, en relación al *reconocimiento de laudo arbitral extranjero*, el NCPC trae, una vez más, importantes innovaciones.

Primeramente, el NCPC innova al incorporar la expresión *decisión arbitral*, que no existe en el vigente CPC/73, en la parte dedicada a la homologación de sentencia extranjera;³⁷ en verdad, el CPC/73 regula de forma muy sucinta e insuficiente la materia, y refiriéndose sólo a la *sentencia extranjera*.³⁸

³⁷ En esta parte, el NCPC, nos parece, reafirma, una vez más, la naturaleza jurisdiccional del arbitraje al preceptuar en su art. 973 973 §1.º: «Es pasible de homologación la decisión judicial definitiva, así como la no judicial que, por la ley brasileña, *tendría naturaleza jurisdiccional*». (El resaltado es nuestro).

³⁸ *Cf.* CPC/73:

Art. 483.- «La sentencia emitida por tribunal extranjero no tendrá eficacia en el Brasil sino después de homologada por el Tribunal Federal Supremo.

Inclusive, el NCPC, con mucha propiedad, usa la expresión *decisión* arbitral extranjera (vocablo con acepciones más amplias), en vez de *laudo* arbitral, pues busca, con eso, referirse tanto al *laudo* propiamente dicho como a las *decisiones interlocutorias* (como las concesivas de tutelas de urgencias y cautelares, para la producción de pruebas, etc.).

Así, el NCPC, en la versión que ahora se examina, reguló más detenidamente la cuestión, buscando armonizarla con los nuevos tiempos, de *mundialización* o *globalización*, en los cuales la *movilidad* de las decisiones es mucho mayor, y las fronteras, cada vez menores, y buscando, además, armonizarla también según lo dispuesto en nuestra Ley de Arbitraje (en especial, arts. 34 a 40), en la Convención de Nueva York (*New York Arbitration Convention-Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards done at New York, on 10 June 1958*), y en la Resolución n.º 9/2005 del Tribunal Superior de Justicia, que, igualmente, trata de la materia [*cf.* NCPC 972 §3.º «La homologación de decisión arbitral extranjera obedecerá a lo dispuesto en el **tratado** y en la **ley**, aplicándose, **subsidiariamente**, las disposiciones de este capítulo». (El resaltado es nuestro)].

En este sentido, el NCPC trató las cuestiones concernientes al reconocimiento de decisiones (judicial y arbitral) extranjeras de la siguiente manera:

Art. 972.- La homologación de decisión extranjero será requerida por acción de homologación de decisión extranjera, salvo disposición extranjera, salvo disposición especial en sentido contrario prevista en el tratado.

§1.º La decisión interlocutoria extranjera podrá ser ejecutada en el Brasil por medio de carta de exhorto internacional.

Parágrafo único.- La homologación obedecerá a lo que dispusiera el Reglamento Interno del Tribunal Federal Supremo».

Art. 484.- «La ejecución se hará por carta de sentencia extraída de los autos de la homologación y obedecerá a las reglas establecidas para la ejecución de la sentencia nacional de la misma naturaleza».

§2.º La homologación obedecerá a lo que dispusieran los tratados en vigor en el Brasil y el regimiento interno del Tribunal Superior de Justicia.

§3.º La homologación de decisión arbitral extranjera obedecerá a lo dispuesto en el tratado y en la ley, aplicándose, subsidiariamente, las disposiciones de este capítulo.

Art. 973.- La decisión extranjera solamente tendrá eficacia en el Brasil después de la homologación de sentencia extranjera o la concesión del *exequatur* a las cartas de exhorto internacional, salvo disposición en sentido contrario de ley o tratado.

§1.º Es pasible de homologación la decisión judicial definitiva, así como la no judicial, por la ley brasileña, tendría naturaleza jurisdiccional.

§2.º La decisión extranjera podrá ser homologada parcialmente.

§3.º La autoridad judicial brasileña podrá referir pedidos de urgencia y realizar actos de ejecución provisoria en el proceso de homologación de decisión extranjera.

§4.º Habrá homologación de decisión extranjera para fines de ejecución fiscal cuando es prevista en el tratado o en la promesa de reciprocidad de presentada a la autoridad brasileña.

§5.º La sentencia extranjera de divorcio consensual produce efectos en el Brasil, independientemente de homologación por el Tribunal Superior de Justicia.

§6.º En el supuesto del §5.º, competirá a cualquier órgano jurisdiccional examinar la validez de la decisión, en carácter principal o incidental, cuando esta cuestión fuera suscitada en un proceso de su competencia.

Art. 974.- Es pasible de ejecución la decisión extranjera concesiva de medida de urgencia.

§1.º La ejecución en el Brasil de decisión interlocutoria extranjera concesiva de medida de urgencia se dará por carta de exhorto internacional.

§2.º La medida de urgencia concedida sin audiencia del demandado podrá ser ejecutada, siempre que se garantice el contradictorio en un momento posterior.

§3.º El juicio sobre la urgencia de la medida compete exclusivamente a la autoridad jurisdiccional emisora de la decisión extranjera.

§4.º Cuando la homologación es dispensada para que la sentencia extranjera produzca efectos en el Brasil, la decisión concesiva de medida de urgencia dependerá, para producir efectos, de haber sido expresamente reconocida su validez por el órgano jurisdiccional competente para darle cumplimiento, dispensada la homologación por el Tribunal Superior de Justicia.

Art. 975.- Constituyen requisitos indispensables a la homologación de la decisión:

- I. Ser emitida por autoridad competente;
- II. Ser precedida de citación regular, aunque haya sido verificada a rebeldía;
- III. Ser eficaz en el país en que fue emitida;
- IV. No ofender la cosa juzgada brasileña;
- V. Estar acompañada de traducción oficial, salvo disposición que la dispense prevista en el tratado;
- VI. No haber manifiesta ofensa al orden público.

Parágrafo único.- Para la concesión del *exequatur* a las cartas de exhorto internacional, se observarán los presupuestos previstos en la parte inicial de este artículo y del art. 974, §2º.

Art. 976.- No será homologada la decisión extranjera en la hipótesis de competencia exclusiva de la autoridad judicial brasileña.

Parágrafo único.- El dispositivo también se aplica a la concesión del *exequatur* a la carta de exhorto internacional.

Art. 977.- El cumplimiento de decisión extranjera se hará ante el juez federal competente, a requerimiento de la parte, conforme a las normas establecidas para el cumplimiento de decisión nacional.

Parágrafo único.- El pedido de ejecución deberá ser instruido con copia certificada de la decisión homologatoria o del *exequatur*, según el caso.

La mayor innovación del NCPC —relativa al reconocimiento de decisión extranjera—, es respecto a la posibilidad de concesión de *exequatur* a las *decisiones de urgencia cautelares e interlocutorias* (producción de pruebas, *v. gr.*) [*cf.* «Art. 974.- Es pasible de ejecución la decisión extranjera concesiva de medida de urgencia»], e incluso a las decisiones *inales*, para medidas para asegurar su cumplimiento, *v. gr.* (según el art.

973 §3.º «La autoridad judicial brasileña podrá conceder medidas de urgencia y realizar actos de ejecución provisoria en el proceso de homologación de decisión extranjera»).

Inclusive, muy modernamente, el NCPC prevé, además, la posibilidad de concesión de *exequatur* a las *medidas de urgencia*, incluso cuando todavía no haya sido formado el *contradictorio*, siempre que sea asegurado en un momento posterior (*verbis*: «Art. 974. [...] §2.º La medida de urgencia concedida sin audiencia del demandado podrá ser ejecutada, desde que sea garantizado el contradictorio en un momento posterior»).

Además, al respecto, la actual versión del NCPC suprimió el polémico (y, a nuestro parecer, equivocado) dispositivo previsto en la versión original del Anteproyecto que preceptuaba que la «decisión que deniega la homologación de la sentencia extranjera revocará la tutela de urgencia» (*cf.* art. 880 §2.º). Ahora, corresponde, evidentemente, al Brasil, en el ejercicio de su soberanía y en la preservación del orden público y de garantías esenciales (*cf.* NCPC arts. 975 y 976, además de los requisitos igualmente previstos en la Ley de Arbitraje, en la Convención de NY y en la Resolución n.º 9/2005-STJ), controlar la exigibilidad de la decisión extranjera en el país;³⁹ sin embargo, esto no significa que la decisión pueda tener el privilegio de *invadir* jurisdicción extranjera, «revocando» la tutela de urgencia concedida en el exterior, a quien corresponde únicamente el juicio de la *urgencia* de la medida (según el propio NCPC art. 973 §3.º: «El juicio sobre la urgencia de la medida compete exclusivamente a la autoridad jurisdiccional emisora de la decisión extranjera»). Se puede, así, sólo y tan sólo denegarle eficacia en territorio nacional.

³⁹ En este ejercicio, el NCPC pasó, inclusive, a expresamente admitir la posibilidad de homologación parcial de la sentencia extranjera, al tenor de su art. 973 §2.º, *verbis*: «La decisión extranjera podrá ser homologada parcialmente».

Se trataba, por tanto, a nuestro parecer, de un equivocado dispositivo que fue correctamente suprimido en la nueva y actual versión del NCPC, que ahora se examina

2.8. *Alteración de la Ley de Arbitraje 33, §3.º*

Por último, todavía en relación al arbitraje, hubo una última disposición constante en el art. 1.075 del nuevo NCPC, que buscó *armonizar* el cumplimiento del laudo arbitral al nuevo régimen de la *fase de cumplimiento de sentencia judicial, verbis*:

Art. 1.075.- «El art. 33, §3º, de la Lei n.º 9.307 de 23 de septiembre de 1996, tendrá la siguiente redacción:

Art. 33.- [...]

§3º La declaración de la nulidad del laudo arbitral también podrá ser requerida en la impugnación al cumplimiento del laudo, en los términos del art. 539 y siguientes del Código de Proceso Civil, si hubiera ejecución judicial (NR).

Así, con la abolición, para este supuesto, de las *excepciones de ejecución, ahora impugnación al cumplimiento de sentencia* (en el caso, arbitral), el NCPC, con este artículo, promovió la alteración de forma (y necesaria) en la Ley de Arbitraje, art. 33, §3.º, a fin de adecuarlo y armonizarlo con la nueva regulación procesal del referido instituto.⁴⁰

Sin embargo, todavía subsiste el supuesto en que podrá haber la oposición de *excepciones de ejecución* contra el laudo arbitral, que es, en el supuesto de ejecución de laudo arbitral contra la Hacienda Pública. En este sentido, con la posibilidad de que entes públicos se sometan al arbitraje, la eventual sentencia condenatoria de la Hacienda Pública no tendrá su procedimiento de ejecución alterado, de tal modo que la

⁴⁰ Cfr. CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 3.ª ed., n.º 12.4.4, pp. 312-313.

defensa continuará siendo hecha vía *excepciones de ejecución*.^{41 42} En este sentido, mejor sería constar del texto que la nulidad podrá ser requerida «en la impugnación al cumplimiento de la sentencia o en excepciones, en los términos de las reglas procesales pertinentes, si hubiera ejecución judicial».

3. CONCLUSIÓN

En relación al arbitraje, objeto de nuestro estudio en este artículo, el NCPC, a nuestro parecer, trae más avances que retrocesos, aunque pudiese ser mejorado de uno u otro punto.

En este contexto, en relación al actual Código de Proceso Civil, el NCPC trae importantes avances en lo que respecta al arbitraje, armonizándose mejor con nuestra Ley de Arbitraje, y trayendo nuevas innovaciones, especialmente, en cuanto a la relación de *cooperación* entre el Poder Judicial y el arbitraje (con la creación de la carta arbitral), en la alegación de acuerdo de arbitraje, secreto de justicia, y *reconocimiento de laudo arbitral extranjero*, más aún con el mejor tratamiento para la *concesión de exequatur a la carta rogatoria*.

⁴¹ V. NCPC art. 926, *verbis*:

«Capítulo V

De la ejecución contra la hacienda pública

Art. 926.- En la ejecución fundada en título extrajudicial, la Hacienda Pública será citada para oponer excepciones en treinta días.

§1º No opuestas las excepciones o quedando definitiva la decisión que las rechaza, se expedirá una orden de pago de poco valor en favor del ejecutante, observándose lo dispuesto en el art. 100 de la Constitución Federal.

§2º En las excepciones, la Hacienda Pública podrá alegar cualquier materia que le sería lícito deducir como defensa en el proceso de conocimiento.

§3º Se aplica a este capítulo, en lo que corresponda, lo dispuesto en los artículos 548 y 549».

⁴² Sobre el tema, v., ampliamente, CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 3.ª ed., n.º 12.7, pp. 325-326.

Éstas son, en suma, nuestras primeras impresiones sobre los impactos que el NCPC tendrá en el arbitraje. Constituyen, obviamente, impresiones iniciales a ser decantadas en la práctica y mejoradas por la doctrina y jurisprudencia, para que el tiempo diga, efectivamente, los aciertos y desaciertos de la nueva codificación que ahora se elabora.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *O anteprojeto do novo CPC e os prejuízos à arbitragem*, disponible en el sitio electrónico Migalhas <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI110149,81042-O+anteprojeto+do+-novo+CPC+e+os+prejuizos+a+arbitragem>, fecha de acceso: 26.6.2013.

ANDRIGHI, Nancy e Gláucia Falsarella FOLEY. «Sistema multiportas: o Judiciário e o consenso». En *Folha de São Paulo, Tendências e Debates*, 24.6.2008.

ARMELIN, Donaldo. «Arbitragem e o novo código de processo civil». In *Revista de Arbitragem e Mediação*. Coordinación: Arnaldo Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 28, 2011.

ARRUDA ALVIM, Eduardo e Daniel Willian GRANADO. «Novo CPC sistematiza conciliação e mediação». En *Revista Consultor Jurídico*, 22 de junio de 2011, disponible en el sitio electrónico <http://conjur.com.br/2011-jun-22/cpc-sistematiza-conciliacao-mediacao-supre-lacunas>, fecha de acceso: 26.6.2013.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo*. En DANTAS, Bruno (org.). *Revista de informação legislativa-Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, abril-junio 2011, n.º 190, t. 1.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011.

BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010.

BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Atlas, 2011, 2.^a ed.

BATISTA MARTINS, Pedro A. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BATISTA MARTINS, Pedro A. *Aspectos jurídicos da arbitragem comercial no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990.

CAHALI, Claudia Elisabete Schwerz. *O Gerenciamento de Processos Judiciais em busca da efetividade da prestação jurisdicional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, en prensa.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 3.^a ed.

CAHALI, Francisco José. «Medidas de urgência na arbitragem e o novo regulamento do CAM-CCBC». En *Revista de Arbitragem e Mediação*. Coordenação: Arnaldo Wald. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 33, 2012.

CAHALI, Francisco José. «Arbitragem e o Projeto de Código de Processo Civil». In José Anchieta da Silva. *O Novo Processo Civil*. São Paulo: Lex/ Magister, 2012.

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. São Paulo: Atlas, 2009, 3.^a ed.

DANTAS, Bruno (org.). *Revista de informação legislativa - Novo Código de Processo Civil*, n.º 190, ts. 1 e 2. Brasília: Senado Federal, abril-junio 2011.

FICHTNER, José Antonio, Sergio Nelson MANNHEIMER y André Luís MONTEIRO. «Cinco pontos sobre a arbitragem no Projeto do Novo Código de Processo Civil». In *Revista de Processo*. Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 205, marzo 2012.

FREIRE, Alexandre *et alii* (orgs.). *Novas tendências do processo civil - estudos sobre o projeto do novo código de processo civil (baseado no relatório apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, em novembro de 2012)*. Salvador: JusPodivm, 2013.

GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008.

GAMA E SOUZA JUNIOR, Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do Unidroit 2004 - Soft Law, Arbitragem e Jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. «Conciliação e mediação judiciais no Projeto de Novo Código de Processo Civil». En DANTAS, Bruno (org.). *Revista de informação legislativa - Novo Código de Processo Civil*, n.º 190, t. 1. Brasília: Senado Federal, abril/junio-2011.

GUERRERO, Luis Fernando. «A arbitragem e o novo CPC». En *Jornal Valor Econômico*, 31 de enero de 2012.

MAGALHÃES, José Carlos de e Luiz Olavo BAPTISTA. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

MARINONI, Luiz Guilherme e Daniel MITIDIERO. *O projeto do CPC - críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Projeto do novo código de processo civil - confronto entre o CPC atual e o projeto do novo CPC (com comentários às modificações substanciais)*. São Paulo: Atlas, 2011.

NUNES, Thiago Marinho. «A prática das anti-suit injunctions no procedimento arbitral e seu recente desenvolvimento no direito brasileiro». En *Revista Brasileira de Arbitragem*, n.º 5, ene-mar 2005, p. 32.

POLIDO, Fabrício B.P. *Direito internacional da propriedade intelectual: fundamentos, princípios e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

RODOVALHO, Thiago. «Cultura do litígio». En *Jornal Gazeta de Limeira, Coluna Fatos & Direito*, 1.º Caderno, p. 2, el 16.6.2013.

RODOVALHO, Thiago e Leandro TRIPODI. *Aspectos da arbitragem securitária no contexto de projetos de infra-estrutura: uma análise do caso Jirau à luz de princípios da arbitragem internacional e do Direito brasileiro*, em prensa.

SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa - dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOARES, Guido Fernando S. «Arbitragens comerciais internacionais no Brasil - vicissitudes». En *RT 641*. São Paulo: Revista dos Tribunais, março 1989.

SOMBRA, Thiago Luís. «A constitucionalidade da arbitragem e sua disciplina no Anteprojeto de CPC». En DANTAS, Bruno (org.). *Revista de informação legislativa - Novo Código de Processo Civil*, n.º 190, t. 2. Brasília: Senado Federal, abril-junio 2011.

TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993.

VAN DEN BERG, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958*. Deventer: Kluwer Law, 1981.

WATANABE, Kazuo. «Cultura da sentença e cultura da pacificação». En Flavio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

WATANABE, Kazuo. «Modalidade de mediação». In CJF. *Mediação: um projeto inovador* (Série Cadernos do CEJ), v. 22, Brasília: CJF, 2003.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA
CASA CIVIL
SUBGERENCIA DE ASUNTOS JURÍDICOS

LEY N.º 9.307, DE 23 DE SETIEMBRE DE 1996

Dispone sobre el arbitraje.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Hago saber que el Congreso Nacional decreta y yo sanciono la siguiente Ley:

Capítulo I
Disposiciones Generales

Art. 1.- Las personas capaces de contratar podrán valerse del arbitraje para dirimir litigios relativos a derechos patrimoniales disponibles.

Art. 2.- El arbitraje podrá ser de derecho o de equidad, a criterio de las partes.

§1º Las partes podrán escoger, libremente, las reglas de derecho que serán aplicadas en el arbitraje, siempre que no haya violación a las buenas costumbres y al orden público.

§2º Las partes podrán, también, acordar que el arbitraje se realice con base en los principios generales del derecho, en los usos y costumbres y en las reglas internacionales de comercio.

Capítulo II

Del Acuerdo de Arbitraje y sus Efectos

Art. 3.- Las partes interesadas puede someter la solución de sus litigios al juicio arbitral mediante acuerdo de arbitraje, que comprende la cláusula arbitral y el convenio arbitral.

Art. 4.- La cláusula arbitral es el acuerdo a través del cual las partes en un contrato se comprometen a someter a arbitraje los litigios que puedan surgir, relativos a tal contrato.

§1º La cláusula arbitral debe ser estipulada por escrito, pudiendo estar inserta en el propio contrato o en documento apartado que a él se refiera.

§2º En los contratos de adhesión, la cláusula arbitral sólo tendrá eficacia si el adherente tomara la iniciativa de instituir el arbitraje o concordar, expresamente, con su institución, siempre que sea por escrito en documento anexo o en negrita, con la firma o visto especialmente para esta cláusula.

Art. 5.- Refiriéndose a las partes, a la cláusula arbitral, a las reglas de algún órgano arbitral institucional o entidad especialidad, el arbitraje será instituido y procesada de acuerdo con tales reglas, pudiendo, igualmente, las partes establecer en la propia cláusula, o en otro documento, la forma acordada para la institución del arbitraje.

Art. 6.- No habiendo acuerdo previo sobre la forma de instituir el arbitraje, la parte interesada manifestará a la otra parte su intención de dar inicio al arbitraje, por vía postal o por cualquier otro medio de comunicación, mediante comprobación de recepción, convocándola para, en día, hora y lugar ciertos, firmar el convenio arbitral.

Parágrafo único. No compareciendo la parte convocada o, compareciendo, se niegue a firmar el convenio arbitral, la otra parte podrá in-

terponer la demanda de la que trata el art. 7 de esta Ley, ante el órgano del Poder Judicial al que, originariamente, le tocaría el juzgamiento de la causa.

Art. 7.- Existiendo cláusula arbitral y habiendo resistencia en cuanto a la institución del arbitraje, la parte interesada podrá requerir la citación de la otra parte para comparecer en juicio a fin de realizarse el convenio, designando el juez audiencia especial para tal fin.

§1º El autor indicará con precisión, el objeto del arbitraje, instruyendo el pedido con el documento que contuviera la cláusula arbitral.

§2º Compareciendo las partes a la audiencia, el juez intentará, previamente, la conciliación del litigio. No obteniendo éxito, el juez intentará conducir a las partes a la celebración, de común acuerdo, del convenio arbitral.

§3º No concordando las partes sobre los términos del convenio, el juez decidirá, después de oír al demandado, sobre su contenido, en la propia audiencia en el plazo de diez días, respetando las disposiciones de la cláusula arbitral y atendiendo al dispositivo en los arts. 10 y 21, § 2º, de esta Ley.

§4º Si la cláusula arbitral no dispusiera nada sobre el nombramiento de árbitros, corresponderá al juez, una vez oídas las partes, estatuir al respecto, pudiendo nombrar a un árbitro único para la solución del litigio.

§5º La ausencia del autor, sin justo motivo, a la audiencia designada para la realización del convenio arbitral, importará la extinción del proceso sin juzgamiento de mérito.

§6º No compareciendo el demandado a la audiencia, corresponderá al juez, una vez oído el autor, estatuir al respecto del convenio, nombrando un árbitro único.

§7º La sentencia que juzga procedente el pedido valdrá como convenio arbitral.

Art. 8.- La cláusula arbitral es autónoma en relación al contrato en que estuviera inserta, de tal suerte que la nulidad de este no implica, necesariamente, la nulidad de la cláusula arbitral.

Parágrafo único.- Corresponderá al árbitro decidir de oficio, o a pedido de parte, las cuestiones acerca de la existencia, validez y eficacia del acuerdo de arbitraje y del contrato que contenga la cláusula arbitral.

Art. 9.- El convenio arbitral es el acuerdo a través del cual las partes someten un litigio al arbitraje de una o más personas, pudiendo ser judicial o extrajudicial.

§1º El convenio arbitral judicial se celebrará por medio de anotación en los autos, ante el juez o tribunal, donde tenga curso la demanda.

§2º El convenio arbitral extrajudicial celebrado por escrito particular, firmado por dos testigos, o por instrumento público.

Art. 10.- En el convenio arbitral, constará obligatoriamente:

I. El nombre, profesión, estado civil y domicilio de las partes;

II. El nombre, profesión y domicilio del árbitro, o de los árbitros, o, si fuera el caso, la identificación de la entidad a la cual las partes delegaron el nombramiento de los árbitros;

III. La materia que será objeto de arbitraje; y

IV. El lugar en que será emitido el laudo arbitral.

Art. 11.- El convenio arbitral podrá contener, además:

I. El lugar, o lugares, donde se desarrollará el arbitraje;

II. La autorización para que el árbitro o los árbitros juzguen por equidad, si así fuera acordado por las partes;

III. El plazo para la presentación del laudo arbitral;

IV. La indicación de la ley nacional o de las reglas corporativas aplicables al arbitraje, cuando así lo acordaran las partes;

V. La declaración de la responsabilidad por el pago de los honorarios y de los gastos del arbitraje; y

VI. La fijación del árbitro, o de los árbitros.

Parágrafo único.- Fijando las partes los honorarios del árbitro, o de los árbitros, en el convenio arbitral, éste constituirá título ejecutivo extrajudicial; no habiendo tal estipulación, el árbitro requerirá al órgano del Poder Judicial que sería competente para juzgar, originariamente, la causa que los fije por sentencia.

Art. 12.- Se extingue el convenio arbitral:

I. Si cualquiera de los árbitros se excusa, antes de aceptar el nombramiento, siempre que las partes hayan declarado, expresamente, no aceptar sustituto;

II. Si fallece o queda imposibilitado de dar su voto alguno de los árbitros, siempre que las partes hayan declarado, expresamente, no aceptar sustituto; y

III. Si expiró el plazo al que se refiere el art. 11, inciso III, en la medida de que la parte interesada haya notificado al árbitro, o al presidente del tribunal arbitral, concediéndole el plazo de diez días para la emisión y presentación del laudo arbitral.

Capítulo III

De los Árbitros

Art. 13.- Puede ser árbitro cualquier persona capaz que tenga la confianza de las partes.

§1º Las partes nombrarán uno o más árbitros, siempre en número impar, pudiendo nombrar, también, a los respectivos suplentes.

§2º Cuando las partes nombraran árbitros en número par, éstos están autorizados, inmediatamente, a nombrar un árbitro más. No habiendo acuerdo, requerirán al órgano del Poder Judicial al que le tocaría, originariamente, el juzgamiento de la causa, el nombramiento del árbitro, siendo aplicable, en lo que corresponda, el procedimiento en el art. 7 de esta Ley.

§3º Las partes podrán, de común acuerdo, establecer el proceso de elección de los árbitros, o adoptar las reglas de un órgano arbitral institucional o entidad especializada.

§4º Siendo nombrados varios árbitros, éstos, por mayoría, elegirán al presidente del tribunal arbitral. No habiendo consenso, será designado presidente el árbitro de mayor edad.

§5º El árbitro o el presidente del tribunal designará, si considera conveniente, un secretario, que podrá ser uno de los árbitros.

§6º En el desempeño de su función, el árbitro deberá proceder con imparcialidad, independencia, competencia, diligencia y discreción.

§7º El árbitro o el tribunal arbitral podrá determinar a las partes el adelanto de fondos para gastos y diligencias que consideren necesarias.

Art. 14.- Están impedidos de ser árbitros las personas que tengan, con las partes o con el litigio que le fuere sometido, algunas de las re-

laciones que caracterizan los casos de impedimento o suspensión de jueces, aplicándoseles, en los que corresponda, los mismos deberes y responsabilidades, conforme lo previsto en el Código de Proceso Civil.

§1º Las personas nombradas cómo árbitros tienen el deber de revelar, antes de la aceptación de la función, cualquier hecho que denote duda justificada en cuanto a su imparcialidad e independencia.

§2º El árbitro solamente podrá ser recusado por motivo ocurrido después de su nombramiento. Sin embargo, podrá ser recusado por motivo anterior a su nombramiento cuando:

No fuera nombrado, directamente, por la parte; o

El motivo para la recusación del árbitro fuera conocido posteriormente a su nombramiento.

Art. 15.- La parte interesada en la recusación del árbitro, presentará, en los términos del art. 20, la respectiva excepción, directamente al árbitro o al presidente del tribunal arbitral, deduciendo sus razones y presentando las pruebas pertinentes.

Parágrafo único.- Acogida la excepción, el árbitro sospechoso o impedido será apartado, y será sustituido, según la forma del art. 16 de esta Ley.

Art. 16.- Si el árbitro se excusa antes de la aceptación del nombramiento, o, si después de la aceptación, llegara a fallecer, o se vea imposibilitado para el ejercicio de la función, o fuera recusado, asumirá su lugar el sustituto indicado en el convenio, si lo hubiera.

§1º No habiendo sustituto indicado para el árbitro, se aplicará las reglas del órgano arbitral institucional o entidad especializada, si las partes la hubieran invocado en el acuerdo de arbitraje.

§2º Si el acuerdo de arbitraje no dispone nada, y si las partes no llegan a un acuerdo sobre el nombramiento del árbitro a ser sustituido, la parte interesada procederá según la forma prevista en el art. 7 de esta Ley, a menos que las partes hayan declarado, expresamente, en el acuerdo de arbitraje, no aceptar sustituto.

Art. 17.- Los árbitros, en el ejercicio de sus funciones o en razón de ellas, quedan equiparados a los funcionarios públicos, para los efectos de la legislación penal.

Art. 18.- El árbitro es juez de hecho y de derecho, y la sentencia que emita no queda sujeta a recurso o a homologación por el Poder Judicial.

Capítulo IV

Del Procedimiento Arbitral

Art. 19.- Se considera instituido el arbitraje cuando el árbitro acepta el nombramiento, si fuera único; o por todos, si fueran varios.

Parágrafo único.- Instituido el arbitraje y considerando el árbitro o tribunal arbitral que hay necesidad de explicitar alguna cuestión dispuesta en el acuerdo de arbitraje, será elaborada, junto con las partes, una acta, firmada por todos, que será parte integrante del acuerdo de arbitraje.

Art. 20.- La parte que pretende discutir cuestiones relativas a la consecuencia, suspensión o impedimento del árbitro o de los árbitros, así como la nulidad, invalidez o ineficacia del acuerdo de arbitraje, deberá hacerlo en la primera oportunidad que tuviera de manifestarse, después de la institución del arbitraje.

§1º Acogido el argumento de suspensión o impedimento, será el árbitro sustituido en los términos del art. 16 de esta Ley, reconocida la incompetencia del árbitro o del tribunal arbitral, así como la nulidad,

invalidez o ineficacia del acuerdo de arbitraje, las partes remitidas al órgano del Poder Judicial competente para juzgar la causa.

§2º No siendo acogido el argumento, el arbitraje tendrá que proseguir normalmente, sin perjuicio de que la decisión pueda ser examinada por el órgano del Poder Judicial competente, cuando eventualmente se interponga la demanda de la que trata el art. 33 de esta Ley.

Art. 21.- El arbitraje obedecerá al procedimiento establecido por las partes en el acuerdo de arbitraje, que podrá referirse a las reglas de un órgano arbitral institucional o entidad especializada, facultándose, además, a las partes a delegar al propio árbitro, o al tribunal arbitral, regular el procedimiento.

§1º No habiendo estipulación acerca del procedimiento, corresponderá al árbitro o al tribunal arbitral disciplinarlo.

§2º Serán, siempre respetados en el procedimiento arbitral, los principios del contradictorio, de la igualdad de las partes, de la imparcialidad del árbitro y de su libre convicción.

§3º Las partes podrán exponer sus argumentos por intermedio de un abogado, respetándose siempre la facultad de designar quién las represente en el procedimiento arbitral.

§4º Le compete al árbitro o al tribunal arbitral, en el inicio del procedimiento, intentar la conciliación de las partes, aplicándose, en lo que corresponda, el art. 28 de esta Ley.

Art. 22.- El árbitro o tribunal podrá tomar la declaración de las partes, oír testigos y determinar la realización de pericias u otras pruebas que considere necesarias, a pedido de parte o de oficio.

§1º La declaración de las partes será tomada en el lugar, día y hora previamente comunicados, por escrito; y, constituyendo acuerdo, firmado por el declarante, o a su pedido, por los árbitros.

§2º En caso de desatender, sin justa causa, la citación para prestar declaración personal, el árbitro o el tribunal arbitral tendrá en consideración el comportamiento de la parte no cooperante, al emitir su laudo; si la ausencia fuera de un testigo, en las mismas circunstancias, el árbitro o el presidente del tribunal arbitral podrá requerir a la autoridad judicial que conduzca la declaración no prestada, comprobando la existencia del acuerdo de arbitraje.

§3º La rebeldía de parte no impedirá que el laudo arbitral sea emitido.

§4º Sin perjuicio de lo dispuesto en el §2º, habiendo necesidad de medidas coercitivas o cautelares, los árbitros podrán solicitarlas al órgano del Poder Judicial que sería, originariamente, competente para juzgar la causa.

§5º Si, durante el procedimiento arbitral, un árbitro fuera sustituido, queda a criterio del sustituto repetir las pruebas ya producidas.

Capítulo V

Del Laudo Arbitral

Art. 23.- El laudo arbitral será emitido en el plazo estipulado por las partes. Si nada fue acordado, el plazo para la presentación del laudo es de seis meses, contado desde la institución del arbitraje o de la sustitución del árbitro.

Parágrafo único.- Las partes y los árbitros, de común acuerdo, podrán prorrogar el plazo estipulado.

Art. 24.- La decisión del árbitro o de los árbitros será expresada en documento escrito.

§1º Cuando fueran varios los árbitros, la decisión será tomada por mayoría. Si no hubiera acuerdo mayoritario, prevalecerá el voto del presidente del tribunal arbitral.

§2º El árbitro que difiere de la mayoría podrá, si quiere, declarar su voto por separado.

Art. 25.- Si en el curso del arbitraje sobreviene una controversia acerca de derechos indisponibles y, verificándose que de su existencia o no dependerá el juzgamiento, el árbitro o el tribunal remitirá a las partes a la autoridad competente del Poder Judicial, suspendiendo el procedimiento arbitral.

Parágrafo único.- Resuelta a cuestión prejudicial y anexo a los autos el laudo o la decisión firme, el arbitraje continuará normalmente.

Art. 26.- Son requisitos obligatorios del laudo arbitral:

El informe, que contendrá los nombres de las partes y un resumen del litigio;

II. Los fundamentos de la decisión, donde serán analizadas las cuestiones de hecho y de derecho, mencionándose, expresamente, si los árbitros decidieron según la equidad;

III. La parte dispositiva, en la que los árbitros resolverán las cuestiones que les fueron sometidas y establecerá el plazo para el cumplimiento de la decisión, si fuera el caso; y

IV. La fecha y el lugar en que fue emitido.

Parágrafo único.- El laudo arbitral será firmado por el árbitro o por todos los árbitros. Corresponderá al presidente del tribunal arbitral, en la hipótesis de que uno o algunos de los árbitros no puedan o no quieran firmar el laudo, certificar tal hecho.

Art. 27.- El laudo arbitral decidirá sobre la responsabilidad de las partes acerca de las costas y costos del arbitraje, así como sobre los derivados del litigio de mala fe, si fuera el caso, respetando las disposiciones del acuerdo de arbitraje, si lo hubiera.

Art. 28.- Si, en el decurso del arbitraje, las partes llegaran a un acuerdo sobre el litigio, el árbitro o el tribunal arbitral podrá, a pedido de las partes, declarar tal hecho mediante laudo arbitral, que contendrá los requisitos del art. 26 de esta Ley.

Art. 29.- Emitido el laudo arbitral, se da por terminado el arbitraje, debiendo el árbitro, o el presidente del tribunal arbitral, enviar copia de la decisión a las partes, por vía postal o por cualquier otro medio de comunicación, mediante comprobación de recibo, o, inclusive, entregándola directamente a las partes mediante recibo.

Art. 30.- En el plazo de cinco días, contados desde el recibo de la notificación o del conocimiento personal del laudo arbitral, la parte interesada, mediante comunicación a la otra parte, podrá solicitar al árbitro o al tribunal arbitral que:

I. Corrija cualquier error material del laudo arbitral;

II. Esclarezca alguna oscuridad, duda o contradicción del laudo arbitral, o se pronuncie sobre un punto omitido respecto del cual debía referirse la decisión.

Parágrafo único.- El árbitro o el tribunal arbitral decidirá, en el plazo de diez días, añadiendo al laudo arbitral y notificando a las partes en la forma del art. 29.

Art. 31.- El laudo arbitral produce, entre las partes y sus sucesores, los mismos efectos de la sentencia emitida por el órgano del Poder Judicial y, siendo condenatoria, constituye título ejecutivo.

Art. 32.- Es nulo el laudo arbitral si:

I. Fuera nulo el convenio arbitral;

II. Emanó de quien no podía ser árbitro;

III. No contuviera los requisitos del art. 26 de esta Ley;

IV. Fuera emitido fuera de los límites del acuerdo de arbitraje;

V. No decidiera sobre todo el litigio sometido al arbitraje;

VI. Fuera comprobado que fue emitido con prevaricato, concusión o corrupción pasiva;

VII. Fuera emitido fuera del plazo dispuesto en el art. 12, inciso III de esta Ley; y

VIII. No fueran respetados los principios de los que trata el art. 21, § 2º de esta Ley.

Art. 33.- La parte interesada podrá pedir al órgano competente del Poder Judicial la declaración de nulidad del laudo arbitral, en los casos previstos en esta Ley.

§1º La demanda para la declaración de nulidad del laudo arbitral seguirá el procedimiento común, previsto en el Código de Proceso Civil, y deberá ser propuesto en el plazo de hasta noventa días después del recibo de la notificación del laudo arbitral o de su modificación.

§2º La sentencia que juzgue procedente el pedido:

I. Declarará la nulidad del laudo arbitral, en los casos del art. 32, incisos I, II, VI, VII y VIII;

II. Determinará que el árbitro o el tribunal arbitral emita un nuevo laudo, en los demás supuestos.

§3º La declaración de la nulidad del laudo arbitral también podrá ser discutida mediante acción del deudor para suspender la ejecución, conforme al art. 741 y siguientes del Código de Proceso Civil, si hubiera ejecución judicial.

Capítulo VI

Del Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros

Art. 34.- El laudo arbitral extranjero será reconocido o ejecutado en el Brasil de conformidad con los tratados internacionales con eficacia en el ordenamiento interno y, en su ausencia, estrictamente de acuerdo con los términos de esta Ley.

Parágrafo único.- Se considera el laudo arbitral extranjero al que haya sido emitido fuera del territorio nacional.

Art. 35.- Para ser reconocido o ejecutado en el Brasil, el laudo arbitral extranjero está sujeto, únicamente, a la homologación del Tribunal Federal Supremo.

Art. 36.- Se aplica a la homologación para el reconocimiento o ejecución de laudo arbitral extranjero, en lo que corresponda, lo dispuesto en los arts. 483 e 484 del Código de Proceso Civil.

Art. 37.- La homologación del laudo arbitral extranjero será requerida por la parte interesada, debiendo la petición inicial contener las indicaciones de la ley procesal, conforme al art. 282 del Código de Proceso Civil, y ser instruida, necesariamente, con:

I. El original del laudo arbitral o una copia debidamente certificada, legalizada por el consulado brasileño y acompañada de traducción oficial;

II. El original del acuerdo de arbitraje o copia debidamente certificada, acompañada de traducción oficial.

Art. 38.- Solamente podrá ser negada la homologación para el reconocimiento o ejecución de laudo arbitral extranjero, cuando el demandado demuestre que:

I. Las partes eran incapaces al realizar el acuerdo de arbitraje;

II. El acuerdo de arbitraje no era válido según la ley a la cual las partes se sometieron, o, a falta de indicación, en virtud de la ley del país donde el laudo arbitral fue emitido;

III. No fue notificado de la designación del árbitro o del procedimiento del arbitraje, o que se violó el principio de contradicción, imposibilitando la amplia defensa;

IV. El laudo arbitral fue emitido fuera de los límites del acuerdo de arbitraje, y no fuera posible separar la parte excedente de aquella sometida al arbitraje;

V. La institución del arbitraje no está de acuerdo con el convenio arbitral o con la cláusula arbitral;

VI. El laudo arbitral no se haya hecho obligatorio para las partes, haya sido anulado, o haya sido suspendido por órgano judicial del país donde el laudo arbitral fue emitido.

Art. 39.- También será denegada la homologación para el reconocimiento del laudo arbitral extranjero, si el Tribunal Federal Supremo constata que:

I. Según la ley brasileña, el objeto del litigio no es susceptible de ser resuelto por arbitraje;

II. La decisión ofende al orden público nacional.

Parágrafo único.- No será considerada ofensa al orden público nacional el que se efectúe la citación de la parte residente o domiciliada en el Brasil, conforme al acuerdo del arbitraje o de la ley procesal del país donde se realizó el arbitraje, admitiéndose, inclusive, la citación postal con prueba inequívoca de recibo, siempre que asegure a la parte brasileña tiempo hábil para el ejercicio del derecho de defensa.

Art. 40.- La denegación de la homologación para el reconocimiento del laudo arbitral extranjero por vicios formales, no obsta para que la parte interesada renueve el pedido, una vez subsanados los vicios presentados.

Capítulo VII

Disposiciones Finales

Art. 41.- Los arts. 267, inciso VII; 301, inciso IX; e 584, inciso III del Código de Proceso Civil tendrán la siguiente redacción:

«Art. 267.- [...]

VII. Por el acuerdo de arbitraje;»

«Art. 301.- [...]

IX. Acuerdo de arbitraje;»

«Art. 584.- [...]

III. El laudo arbitral y la sentencia homologatoria de transacción o de conciliación;»

Art. 42.- El art. 520 del Código de Proceso Civil tendrá un inciso más, con la siguiente redacción:

«Art. 520.- [...]

VI. Juzgar procedente el pedido de institución de arbitraje».

Art. 43.- Esta Ley entrará en vigor sesenta días después de su publicación.

Art. 44.- Quedan derogados los arts. 1.037 a 1.048 de la Ley n.º 3.071 del 1 de enero de 1916, Código Civil brasileño; los arts. 101 y 1.072 a 1.102 de la Ley n.º 5.869 del 11 de enero de 1973, Código de Proceso Civil; y demás disposiciones en contrario.

Brasilia, 23 de septiembre de 1996; 175 de la Independencia y 108 de la República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Nelson A. Jobim

Este texto no sustituye el publicado en el DOU del 24.9.1996

EL ARBITRAJE CON ENTES ESTATALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE BRASIL

ARBITRATION INVOLVING STATE ENTITIES IN JURISPRUDENCE OF BRAZILIAN SUPERIOR COURT OF JUSTICE

*Andre Vasconcelos Roque**

Sumario.- 1. Introducción.— 2. Arbitrabilidad objetiva y materias sensibles.— 3. La evolución de la arbitrabilidad objetiva en el Brasil.— 4. Arbitraje y entes estatales: aspectos controvertidos.— 5. La importancia de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia para la consolidación del arbitraje con entes colectivos en el Brasil.— 6. Conclusión.

Resumen.- El presente trabajo tiene por objetivo analizar la posibilidad del arbitraje con entes colectivos en el Brasil a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia. En diversos países, ha sido verificada la expansión gradual de la arbitrabilidad objetiva, o sea, de las materias que pueden ser sometidas a los árbitros, además de las clásicas hipótesis de litigios estrictamente contractuales. Aunque tal fenómeno haya demorado en llegar al Brasil, después de algunos años de consolidación de la actual Ley de Arbitraje y del expreso reconocimiento de su constitucionalidad por el Tribunal Supremo de Federal, también aquí se comenzó a observar, gradualmente, la ampliación de los límites del arbitraje. En lo que respecta al arbitraje con entes estatales, es razonable concluir que

* Doctor en Derecho Procesal por la Universidad del Estado del Río de Janeiro, Profesor de Derecho Procesal de la Universidad Federal del Río de Janeiro. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y del Comité de Arbitraje Brasileño.

la tendencia también ha sido por la progresiva expansión de sus límites, sin perjuicio de la existencia de algunas importantes áreas grises, todavía no enfrentadas por los tribunales.

Palabras-clave.- Arbitraje; arbitrabilidad objetiva; administración pública.

Abstract.- This study aims to examine the possibility of arbitration involving state entities in Brazil in light of the jurisprudence of the Superior Court of Justice. In many countries, a gradual expansion of objective arbitrability, *i.e.*, matters which may be submitted to the arbitrators, has been observed, in addition to the classical hypotheses involving contractual disputes. Although this phenomenon has reached Brazil slowly, after some years of consolidation of current Arbitration Act and the express recognition of its constitutionality by the Brazilian Supreme Court, the expansion of arbitration limits, gradually, also began to be observed here. With regard to arbitration involving state entities, it is reasonable to conclude that the trend has also been the gradual expansion of its limits, notwithstanding the existence of some important gray areas not yet addressed by the courts.

Keywords.- Arbitration; objective arbitrability; public administration.

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje se viene consolidando en el Brasil, año tras año, como un importante medio de solución de controversias. Se evita la referencia a la expresión «medio alternativo» por creer que se trata, en verdad, del medio más adecuado para la resolución de litigios específicos, dadas las ventajas tradicionalmente atribuidas al instituto,¹ tales como la especia-

¹ Sobre las ventajas del arbitraje, entre muchos otros, v. FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 19; BRAGA,

lización de los árbitros; la celeridad e irrecurribilidad del laudo arbitral; la flexibilidad procedimental; la confidencialidad y la consensualidad, que contribuyó para la conservación de los vínculos establecidos² incluso después del fin del procedimiento, al contrario del ambiente belicoso de la jurisdicción estatal,³ que normalmente contribuye a la ruptura de las relaciones anteriores entre las partes.

Una importancia creciente ha sido atribuida al arbitraje con entes estatales, especialmente, en una época en que se vislumbran inversiones de gran porte en la infraestructura del país, con la realización de eventos

Rodrigo Bernardes. *Teoria e Prática da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pp. 5-9. La doctrina extranjera también ha apuntado las mismas ventajas del arbitraje expuestos en el texto, como se recoge, por ejemplo, en MARCUS, Richard L.; Edward F. SHERMAN. *Complex litigation-cases and materials on advanced civil procedure*. St. Paul: Thomson West, 2004, 4.^a ed., p. 891: «*The advantages often claimed for arbitration include speed, economy, expertise of the decision-maker, privacy, greater informality, convenience of time and place settings, and finality without recourse to appeal*».

² Cf. SILVA, Eduardo Silva da. «Código Civil e arbitragem: entre a liberdade e a responsabilidade». *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, año 2, n.º 5, abr-jun 2005, pp. 71-73; BASSO, Maristela. «¿Procedimiento arbitral atual: Necessidade de um diálogo de reforma?». En LEMES, Selma Ferreira; Carlos Alberto CARMONA; Pedro Batista MARTINS (coord.). *Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 2.

³ La afirmación que se hace en el texto; sin embargo, debe ser relativizada, no sólo por el incentivo observado en las últimas décadas a prácticas de naturaleza auto-compositiva en la jurisdicción estatal, sino también por la postura «contenciosa» y beligerante ocasionalmente verificada en el propio arbitraje, como ha sido apuntado, entre otros, por BASSO, Maristela, *cit.*, p. 6 («No obstante el amplio conocimiento que se tiene hoy sobre los atributos, todavía se ve, durante el procedimiento arbitral, la postura “contenciosa” de las partes. [...] Tal constatación causa perplejidad en la medida en que por años hablamos sobre las razones de la conveniencia y oportunidad de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, luchamos contra la cultura de la sentencia, el abuso de la formalidad y el desvirtuamiento de los fines del proceso tradicional») y por BLACKABY, Nigel *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2009, pp. 40-41.

como la Copa del Mundo de Fútbol, en 2014, y las Olimpiadas en la ciudad de Río de Janeiro, en 2016.

Una concepción absolutamente restrictiva podría, en línea de principio, eliminar completamente la solución arbitral que involucra intereses estatales. Después de todo, el arbitraje, en los términos del art. 1 de la Ley n.º 9.307/96, solamente es admisible para derechos disponibles y como el interés del Estado sería indisponible por definición, no habrá ningún espacio para tal medio de solución de controversias cuando estuviesen en juego, directa o indirectamente, los intereses de entes estatales.

No obstante, se trata de un entendimiento simplista. Como será visto en el momento oportuno, desde la década del setenta del siglo pasado, con ocasión del juzgamiento del «caso Lage»,⁴ el Tribunal Supremo Federal había reconocido la posibilidad, aunque con contornos bastante imprecisos, de arbitraje involucrando intereses de la Unión. A lo largo de los últimos diez años, estos contornos han sido mejor delimitados por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, sobre todo en materia de arbitrajes con participación de sociedades de economía mixta. A pesar de esto, todavía existen aspectos relevantes sobre el tema que no han sido enfrentados hasta el momento.

Así, lo que se busca con el presente estudio, es exponer la relevante contribución de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia para el reconocimiento de la posibilidad de arbitraje sobre intereses estatales, así como la definición de sus límites. Se pretende, además, indicar algunas dificultades aún no superadas en la materia.

2. ARBITRABILIDAD OBJETIVA Y MATERIAS SENSIBLES

El art. 1 de la Ley n.º 9.307/96 dispone que el arbitraje, mecanismo privado de resolución de litigios, a través del cual un tercero, escogido por

⁴ V. STF, Pleno, AI 52.181/GB, j. 14.11.1973, RTJ, v. 88, pp. 382 y ss.

los propios litigantes, impone su decisión, será admitida entre personas capaces de contratar para dirimir litigios relativos a derechos patrimoniales disponibles.

La norma en cuestión regula aquello que en doctrina se acostumbra a denominar *arbitrabilidad*, delimitando cuáles litigios pueden ser resueltos por arbitraje.⁵ ⁶ Se trata de un límite establecido por la ley a la autonomía de la voluntad, con el fin de resguardar el interés público que, eventualmente, podría estar implicado en un proceso arbitral.⁷ Dados los límites impuestos al presente estudio, no cabe aquí cuestionar los fundamentos por detrás del instituto de la arbitrabilidad. Basta, para los fines de este trabajo, considerar que determinadas controversias pueden, eventualmente, involucrar derechos fundamentales de la más alta relevancia (como la libertad en el derecho penal) o partes en situación desigual (como el derecho del consumidor o el derecho del Trabajo) o intereses de la colectividad, que pueden no estar adecuadamente repre-

⁵ V. FOUCHARD, Phillipe; Emmanuel GAILLARD; Berthold GOLDMAN. *International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 312; BLACKABY, Nigel *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 123; LEW, Julian D. M.; Loukas A. MISTELIS; Stefan M. KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 187. En la doctrina brasileña, entre otros, v. la obra específica sobre el tema de GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. 2010. Tesis (Doctorado en Derecho Internacional)-Universidad de São Paulo. São Paulo, p. 8.

⁶ En el derecho estadounidense, a veces, se utiliza el término arbitrabilidad con un significado mucho más amplio, refiriéndose a la determinación del campo de aplicación del acuerdo de arbitraje, delimitado por la voluntad de las partes y no por una restricción impuesta por la legislación estatal al arbitraje. La doctrina ha anotado que esta utilización más amplia del término es capaz de generar confusiones y no se compatibiliza con la práctica más amplia internacional. V. FOUCHARD, Phillipe; Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, *cit.*, p. 312; BLACKABY, Nigel *et al.*, *cit.*, p. 123, nota 162; CARBONNEAU, Thomas E.; François JANSON. «Cartesian logic and frontier politics: French and American concepts of arbitrability». *Tulane Journal of International and Comparative Law*, n.º 2, 1994, p. 194.

⁷ V. LEW, Julian D. M., Loukas A. MISTELIS, Stefan M. KRÖLL, *cit.*, p. 188.

sentados (como el derecho ambiental o el derecho de la competencia).⁸ En todos estos supuestos, por diversos motivos, las diversas legislaciones en el mundo en materia de arbitraje, incluyendo a la ley brasileña, imponen limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes del litigio.

La arbitrabilidad acostumbra ser analizada por la doctrina en dos dimensiones, que son: (i) relativa a la persona (*ratione personae*), delimitando quién puede ser sometido al arbitraje (arbitrabilidad subjetiva); y (ii) relativa a las materias (*ratione materiae*) que pueden ser llevadas al conocimiento de los árbitros (arbitrabilidad objetiva).⁹ Así, si un acuerdo de arbitraje es celebrado fuera de los límites de la arbitrabilidad, el resultado será un negocio jurídico inválido,¹⁰ sea porque en él participó, por lo menos, un agente que no tenía capacidad para este fin (falta de arbitrabilidad subjetiva), sea porque su objeto no era admitido por la ley (ausencia de arbitrabilidad objetiva).

En relación a la arbitrabilidad en la dimensión subjetiva, la ley brasileña determina que solamente las personas capaces de contratar, podrán celebrar un acuerdo arbitral. Naturalmente, tratándose de un negocio jurídico, la doctrina ha entendido que tal exigencia se refiere a la capacidad de hecho o de ejercicio, o sea, a la posibilidad de que la persona realice, sin el auxilio de terceros, los actos de la vida civil.¹¹ No

⁸ V. PARK, William. Private adjudicators and the public interest: the expanding scope of international arbitration. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 12, 1986, p. 638.

⁹ Sobre la clasificación entre otros, v. FOUCHARD, Phillipe, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN. *Cit.*, pp. 312-313; GONÇALVES, Eduardo Damião, *cit.*, p. 9.

¹⁰ La doctrina discutió en innumerables oportunidades la naturaleza jurídica del acuerdo de arbitraje, que ya fue considerada una forma de transacción, un contrato con producción de efectos procesales y, por último, un negocio jurídico procesal. Sobre el tema, de forma general, v. GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 10-15.

¹¹ V. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo - Um comentário à Lei n.º 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 37. En la realidad, la capacidad que se exige es la capacidad para contratar, evaluada al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje. En regla, ella coincide con la capacidad para la práctica de los actos

basta, así, la mera capacidad de derecho o de goce, entendida ésta como la aptitud de hacerse sujeto de derechos y deberes.¹² Hay quien sustenta incluso que, como el arbitraje presupone la disponibilidad de un derecho,¹³ la incapacidad de ejercicio no podría ser suplida ni siquiera por el representante o asistente del incapaz.¹⁴

Algunos autores han sustentado que la posibilidad de arbitraje involucrando al Estado sería una cuestión típica de arbitrabilidad subjetiva.¹⁵ No nos parece; sin embargo, que ésta sea la comprensión más adecuada de la discusión en el Brasil. Realmente, en algunas legislaciones extranjeras, hay disposiciones específicas sobre el tema, restringiendo o

de la vida civil, pero algunos civilmente capaces, excepcionalmente, pueden estar impedidos de firmar contratos, como los socios de la empresa quebrada. En este sentido, v. CRETELLA NETO, José. *Curso de Arbitragem*. Campinas: Milennium, 2009, p. 55; GUERRERO, Luis Fernando. *Cit.*, pp. 49-50.

¹² Aunque una interpretación literal del art. 1 de la Ley n.º 9.307/96 pudiese eliminar la posibilidad de que los llamados entes formales (condominios edilicios, masa hereditaria, masa de la quiebra) participen en arbitrajes (ya que no poseen personalidad jurídica, no siendo exactamente considerados «personas»), la doctrina ha considerado, acertadamente, que no hay fundamento para prohibir tal supuesto. Sólo se exige que los responsables de la representación de estos entes despersonalizados estén debidamente autorizados (por el juez, en los casos de masa hereditaria y de la masa de la quiebra y por la asamblea, en el caso del condominio). V. CARMONA, Carlos Alberto, *cit.*, p. 37/38. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 15-16.

¹³ Aunque se entienda que la simple opción por la vía arbitral no presuponga disposición de derecho material, lo que nos parece correcto, el acuerdo de arbitraje implica la disposición de un derecho eminentemente de naturaleza procesal, cual sea, o de someter las controversias delimitadas por el propio acuerdo al Poder Judicial. V. RICCI, Edoardo Flavio. «Admissibilidade de arbitragem nas lides sobre invalidade dos contratos: uma interpretação do art. 1 da Lei n.º 9.307/96». En *Lei de Arbitragem Brasileira-Oito anos de reflexão. Questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 131.

¹⁴ V. CARMONA, Carlos Alberto. *Cit.*, p. 37. «En sentido aparentemente contrario, exponiendo que “las incapacidades pueden ser suplidas”». GUERRERO, Luis Fernando, *cit.*, p. 50.

¹⁵ V., entre otros, GONÇALVES, Eduardo Damião. *Cit.*, p. 9.

incluso prohibiendo arbitrajes con entes estatales.¹⁶ En la ley brasileña, todavía, no hay alguna prohibición específica para arbitrajes que involucren intereses estatales. Los entes estatales, en general, son considerados personas jurídicas. Tratándose de entes federativos, en general, o de autarquía, serán considerados como personas jurídicas de derecho público interno, por mandato del art. 41 del Código Civil. En cualquier caso, todos pueden ser encuadrados en la definición genérica de «personas» del art. 1º de la Ley n.º 9.307/96.

La duda que siempre existió en el Brasil en cuanto al arbitraje con entes estatales no dice nada respecto exactamente a la arbitrabilidad en la dimensión subjetiva, pero sí en relación a la disponibilidad o no de los derechos involucrados en esas controversias. Entre nosotros, por lo tanto, el problema es, precisamente, de arbitrabilidad en su aspecto objetivo; o sea, si la materia que involucra intereses estatales, dadas sus peculiaridades, podrá o no ser excluida de la apreciación del Poder Judicial.

Las principales discusiones en los últimos años sobre la arbitrabilidad han ocurrido en su dimensión objetiva.¹⁷ El punto de partida sobre el tema en la legislación brasileña está igualmente en el art. 1 de la Ley n.º 9.307/96, que delimita el campo de exhaustividad del arbitraje a los derechos patrimoniales disponibles.

¹⁶ Ejemplo típico es encontrado en el art. 139 de la Constitución de Irán (exigiendo la aprobación de determinadas autoridades para la sumisión de controversias al arbitraje con entes estatales).

¹⁷ Como ya fue observado inclusive por autores extranjeros. En este sentido, LEW, Julian D.M., Loukas A. MISTELIS, Stefan M. KRÖLL. *Cit.*, pp. 187-188. Hay quien dice, incluso, que la arbitrabilidad subjetiva, cuando no se confunde enteramente con la noción de capacidad civil, sólo se hace visible a la luz del elemento objetivo de la relación jurídica a la que se refiere. V. GREBLER, Eduardo. A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 2, p. 62, mayo-agosto 2004. Éste parece ser el caso de la arbitrabilidad que involucra intereses de entes estatales en el Brasil.

No se observa gran controversia en doctrina en cuanto al concepto de derechos patrimoniales, que son aquéllos que pueden ser cuantificados en dinero,¹⁸ o sea, que son susceptibles de valoración económica. Así, no es difícil percibir que los derechos extrapatrimoniales comprenden los derechos de la personalidad, en general (derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física, al nombre, a la honra, a la intimidad), ínsitos a la esencialidad del ser humano y que no pueden ser cuantificados en dinero.¹⁹

Más difícil es establecer un concepto para derechos disponibles, que a veces son tratados como un sinónimo para derechos patrimoniales,²⁰ o son considerados como aquéllos que pueden ser objeto de transacción,²¹ o se toman como aquéllos que pueden ser libremente enajenados o ne-

¹⁸ V. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Río de Janeiro: Forense, 2000, p. 113; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil*. Río de Janeiro: Forense, 2011, v. 1, p. 39; TEPEDINO, Gustavo; Heloísa H. BARBOZA; Maria Celina Bodin de MORAES. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Río de Janeiro: Renovar, v. II, 2006, p. 659.

¹⁹ Una vez violado alguno de estos derechos; sin embargo, una eventual indemnización será susceptible de apreciación pecuniaria, eliminándose el obstáculo de la patrimonialidad para fines de sumisión al arbitraje. Después de todo, lo que se juzga en el ámbito de la responsabilidad civil por daño moral no es el derecho de la personalidad en sí mismo, sino a su violación, evaluándose la existencia del daño y su cuantificación.

²⁰ V. BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1994, v. 1, p. 55. LEE, João Bosco. «O conceito de arbitralidade nos países do Mercosul». *Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais*, n.º 8, p. 346, abril-junio 2000.

²¹ V. CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Comentários à Lei de Arbitragem*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 32-34; SCAVONE Jr., Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 26-29 (y al mismo tiempo refiriéndose también, de forma rápida, a la posibilidad de enajenación de los derechos disponibles). GARCEZ, José Maria Rossani. «Arbitralidade no direito brasileiro e internacional». *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n.º 12, p. 338, abril-junio 2001. Es de destacar que el art. 1072 del Código de Proceso Civil, derogado por la Ley n.º 9.306/97, establecía la admisibilidad del arbitraje para los derechos en que se admitiese transacción.

gociados,²² o como aquellos derechos que no precisan ser obligatoriamente ejercidos por el titular,²³ o, por último, derechos sobre los que no hay prohibición de que se reconozca espontáneamente al no tener razón sin el recurso a la jurisdicción.²⁴

En fin, son innumerables definiciones en doctrina para la noción de disponibilidad de un derecho, justamente uno de los criterios más utilizados por las legislaciones para delimitar las materias pasibles de arbitraje,²⁵ lo que explica la conocida cita doctrinaria de que la arbitralidad constituye una *cuestión abstracta, delicada, mal delimitada*.²⁶

²² V. GUERRERO, Luis Fernando, *cit.*, pp. 44-45 (enfaticando que esta noción sería más amplia que el concepto de derechos transigibles). MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Río de Janeiro: Forense, 2008, pp. 3-4. FIGUEIRA Jr., Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 178.

²³ V. CARMONA, Carlos Alberto. *Cit.*, p. 38 (y al mismo tiempo aludiendo también a la idea de que tales derechos pueden ser libremente enajenados o negociados, y enfatizando que la técnica legislativa vigente es superior a la del derogado art. 1072 del Código de Proceso Civil). CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro. «Direitos patrimoniais disponíveis-Conceptos e distinção em relação a direitos oriundos de aplicação de normas cogentes». En BERTASI, Maria Odete Duque; Oscavo Cordeiro CORRÊA NETTO (coord.). *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 40 y ss. (y al mismo tiempo también enfatizando la noción de que tales derechos pueden ser transferidos y apropiados individualmente).

²⁴ V. TALAMINI, Eduardo. «Sociedade de Economia Mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos. Especificidades técnicas do objeto litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa». *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 5, pp. 144-147, abr-jun 2005.

²⁵ Las legislaciones de varios países adoptan como criterio de arbitrabilidad objetiva, total o parcialmente, la disponibilidad del derecho en discusión. Ejemplos en este sentido son España, Francia, Italia, Suiza, Portugal, Argentina, Paraguay, Uruguay y el propio Brasil. En este sentido, haciendo un apanado general en la legislación comparada, GONÇALVES, Eduardo Damião, *cit.*, p. 176 y RICCI, Edoardo Flavio. Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas in LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; Pedro Batista MARTINS (coord.). *Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 402-404.

²⁶ La cita es de JARROSSON, Charles. «La notion d'arbitrabilité». *Revista Brasileira de Arbitragem*, n.º 0, p. 173, 2003.

Las hesitaciones en este tema corroboran la existencia de un conjunto considerable de materias consideradas sensibles²⁷ o, parcialmente, no arbitrables, en razón de la duda sobre la posibilidad de su sumisión a la justicia privada.²⁸ Son ejemplos de materias sensibles los arbitrajes que involucran entes públicos, el derecho del trabajo, el derecho de la competencia; y, por último, la protección de derechos colectivos *lato sensu*.

Es en este conjunto específico de materias sensibles que se puede hablar de evolución de la arbitrabilidad objetiva en el Brasil, como será demostrado a continuación.

3. LA EVOLUCIÓN DE LA ARBITRABILIDAD OBJETIVA EN EL BRASIL

El espacio ocupado por el arbitraje a lo largo de los tiempos siempre estuvo muy relacionado a la consolidación y al papel desempeñado por los órganos estatales y por el Poder Judicial. El fortalecimiento y la institucionalización progresiva del Estado redujeron, para comenzar, el campo de alcance del arbitraje. En la época de la Revolución Francesa; sin embargo, cuando había desconfianza del Poder Judicial, la posibilidad de elección por el arbitraje llegó a ser contemplada en sede constitucional.²⁹ Posteriormente, la noción de la jurisdicción como uno de los atributos de la soberanía estatal prevaleció, contribuyendo para el estrechamiento del espacio del arbitraje en los ordenamientos jurídicos.

El siglo xx acompañó la crisis del llamado *welfare state*, con la disminución de los espacios ocupados por el Estado, incremento de la

²⁷ Ésta es una denominación oriunda de la doctrina francesa, como se verifica en FOUCARD, Phillipe; Emmanuel GAILLARD; Berthold GOLDMAN. *Cit.*, p. 342.

²⁸ Existe, además, un conjunto específico de materias absolutamente inarbitrables, que comprenden los litigios relativos a la capacidad y al estado civil de las personas; los litigios puramente criminales; los litigios que derivan directamente de la quiebra, entre otros. Una relación bastante amplia puede ser consultada en GONÇALVES, Eduardo Damião, *cit.*, pp. 192-193.

²⁹ V. RICCI, Edoardo Flavio. *Desnecessária conexão...*, *cit.*, p. 407.

actividad privada y de la autorregulación de sectores de la economía e, igualmente, el fortalecimiento de los arbitrajes.³⁰ En diversos países, se verificó la expansión gradual de la arbitrabilidad objetiva; o sea, de las materias que podrían ser sometidas a los árbitros, más allá de los clásicos supuestos de litigios estrictamente contractuales entre dos empresas privadas.³¹

Tal fenómeno demoró en llegar al Brasil, debido a las diferencias en la legislación patria sobre arbitraje anterior a la Ley n.º 9.307/96.³²

Después de algunos años de consolidación de la actual Ley de Arbitraje en el Brasil y del expreso reconocimiento de su constitucionalidad por el Tribunal Supremo Federal,³³ también aquí se comenzó a observar, de forma gradual, la ampliación de los límites de la arbitrabilidad objetiva, a partir de una interpretación liberal de las normas contenidas en la Ley n.º 9.307/96. Esta expansión, que aún se encuentra en curso hasta los días actuales, puede ser verificada, entre otras materias sensibles, en el arbitraje que involucra entes estatales, como será demostrado más detenidamente en el próximo ítem.

³⁰ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. 2009. Tesis (Doctorado en Derecho Procesal. Universidad de São Paulo, São Paulo, p. 19.

³¹ V. FOUCHARD, Phillipe; Emmanuel GAILLARD; Berthold GOLDMAN, *cit.*, p. 337.

³² De forma general, dos modificaciones promovidas por la vigente Ley de Arbitraje contribuirían decisivamente para su desarrollo: a) previsión de fuerza vinculante para la cláusula arbitral, apartando la jurisdicción estatal y permitiendo la institución compulsiva del arbitraje, incluso en caso de recalcitrancia de la parte contraria, a diferencia del régimen anterior, en el que solamente el convenio arbitral vinculaba a los litigantes; b) equiparación de los efectos del laudo arbitral a la sentencia judicial y formación de título ejecutivo judicial independientemente de la homologación por el Poder Judicial (con excepción de las sentencias arbitrales extranjeras), al contrario del régimen regulado anteriormente, en el cual se exigía, por regla, la homologación judicial de los laudos arbitrales.

³³ V. STF, Pleno, SE 5.206-7 AgR España, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001, DJ 30.4.2004.

4. ARBITRAJE Y ENTES ESTATALES: ASPECTOS CONTROVERTIDOS

El arbitraje que involucra intereses del Estado siempre suscitó controversia en el Brasil. No se pretende, dados los límites del presente estudio, agotar todas las posiciones doctrinarias sobre el asunto.³⁴ El objetivo aquí es sólo corroborar la tendencia reciente de ampliación del campo de la arbitrabilidad objetiva en el derecho patrio.

Una concepción absolutamente restrictiva en términos de arbitrabilidad objetiva podría eliminar por completo la posibilidad de sumisión de los intereses públicos a los árbitros. El razonamiento para llegar a tal conclusión sería simple: el arbitraje solamente es admisible para derechos disponibles y como el interés del Estado es indisponible, no habría espacio para tal medio de solución de controversias cuando estuviesen en juego, directa o indirectamente, los intereses de entes estatales.³⁵

No obstante, se trata de una concepción equivocada. Hace muchas décadas, el Tribunal Supremo Federal decidió el célebre «caso Lage»,³⁶ en el cual se sentó la posibilidad de la Unión de someter cuestiones susceptibles de transacción al arbitraje.³⁷ La decisión se basó en dos fundamentos principales, que ya habían sido invocados por el Tribunal

³⁴ Un buen resumen de las posiciones doctrinarias sobre el tema puede ser encontrado en PEREIRA, César Augusto Guimarães. «Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ». En PEREIRA, César Augusto Guimarães y Eduardo TALAMINI (coords.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 136, nota 5 y en BARBOSA, Joaquim Simões; Carlos Affonso PEREIRA DE SOUZA. «Arbitragem nos contratos administrativos: panorama de uma discussão a ser resolvida». En ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). *Arbitragem interna e internacional. Questões de doutrina e da prática*. Río de Janeiro: Renovar, 2003, p. 269, nota 2.

³⁵ En este sentido, entre otros, v. FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, 6.^a ed., p. 106.

³⁶ V. STF, Pleno, AI 52.181/GB, j. 14.11.1973, RTJ, v. 88, pp. 382 y ss.

³⁷ Un estudio más detallado sobre el caso puede ser encontrado en LIMA, Leandro Rigueira Rennó. «O caso Lage e a falácia da inconstitucionalidade do juízo arbitral: uma história da arbitragem no Brasil através da análise das decisões do Supremo

Federal de Recursos con ocasión del juzgamiento de la apelación: (i) el arbitraje siempre fue admitido y consagrado en nuestro derecho;³⁸ (ii) no se podía restringir la autonomía contractual del Estado, que puede prevenir el litigio por el convenio arbitral, salvo en las relaciones en que actúa como Poder Público, por no ser susceptibles de transacción.

Desde la década del setenta del siglo pasado, por lo tanto, el Tribunal Supremo Federal ya había reconocido la tradicional distinción entre los «actos de imperio» (en que el Estado actúa con supremacía, de forma imperativa sobre los administrados) y los «actos de gestión» (en los cuales el Estado actúa sin usar su supremacía sobre los destinatarios, tratándose de actos típicamente de derecho privado practicados por la administración pública). Como el contenido de los denominados actos de gestión es típicamente negocial, igualándose a los actos practicados por particulares, sólo antecedidos de formalidades administrativas para su realización, se admite inclusive la transacción en este campo de actuación del Estado, y así sería posible someter tales actos a la solución arbitral.

En esta misma línea de razonamiento, otra distinción interesante oriunda del derecho administrativo remite a la clasificación del interés público en primario y secundario.³⁹ De acuerdo con tal diferenciación, el interés público primario es aquél destinado a la satisfacción del bien común de la sociedad como un todo, al paso que el interés público secundario es el que se refiere al interés meramente patrimonial de la Hacienda Pública. De ahí que, muchas veces, para satisfacer el verdadero interés público (primario), se hace necesario decidir contra la admi-

Tribunal Federal». In GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 126-160.

³⁸ Esta afirmación, evidentemente, no es de gran peso, dada la exigua experiencia arbitral en el Brasil antes de la Ley n.º 9.307/96, como ha sido destacado por CARMONA, Carlos Alberto, *cit.*, p. 45, nota 34.

³⁹ La distinción entre interés público primario y secundario tiene origen en la conocida obra de ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Giuffrè, 1953, pp. 151-152.

nistración. Indisponible y no susceptible de arbitraje es sólo el interés público primario, no ya el secundario.

Con una u otra peculiaridad, ésta es la línea de razonamiento básica encontrada en innumerables autores que sustentan la admisibilidad del arbitraje con entes estatales, restringida a los denominados «actos de gestión» o cuando estuviera en juego sólo el interés patrimonial —secundario, por lo tanto— del Estado.⁴⁰

Lo que se afirmó arriba vale para el Estado e igualmente para sus autarquías, que también pueden someter al arbitraje litigios sobre cuestiones que no digan nada respecto al interés público primario o a un acto de imperio. Así, sólo a título de ejemplo, el Banco Central de Brasil o el Instituto Nacional del Seguro Social pueden someter a los árbitros una cuestión sobre la prestación de servicios; la Casa de la Moneda puede llevar al arbitraje causas relacionadas al suministro de material para la acuñación de monedas, y así sucesivamente.⁴¹ No pueden existir dudas, por más fuertes motivos, en cuanto a las empresas públicas y a las sociedades de economía mixta, que pueden igualmente celebrar acuerdo de arbitraje, hasta porque

⁴⁰ V. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2001, 6.^a ed., pp. 150 y ss. y GRAU, Eros Roberto. «Arbitragem e contrato administrativo». *Revista Trimestral de Direito Público*, n.º 32, 2000, pp. 14-20. TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*. Río de Janeiro: Renovar, 2002, v. 3, pp. 83-88; DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista Trimestral de Direito Público*, n.º 13, 1996, pp. 5 y ss. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. «Arbitragem nos contratos administrativos». *Revista de Direito Administrativo*, n.º 209, julio-septiembre 1997, pp. 81-90; BRANCHER, Paulo. «Soluções de controvérsias e as Agências Reguladoras». *Revista Brasileira de Arbitragem*, n.º 1, jan-mar 2004, pp. 45-51; CARMONA, Carlos Alberto, *cit.*, pp. 45-52; WALD, Arnoldo. *O direito de parceria e a nova lei de concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, pp. 140 y ss. TALAMINI, Eduardo. *Sociedade de economia mista... Cit.*, pp. 144-147. FERREIRA LEMES, Selma Maria. *Arbitragem na Administração Pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 140-141.

⁴¹ Los ejemplos, bastante ilustrativos para visualizar el área cubierta por el arbitraje que involucra a los entes públicos, fueron extraídos de CARMONA, Carlos Alberto, *cit.*, p. 46.

ellas están sujetas al régimen jurídico propio de las empresas privadas, por mandato del art. 173, §1º de la Constitución de la República.

Sin embargo, incluso después del importante precedente del Tribunal Supremo Federal en el «caso Lage», y después de que diversos autores manifestaron su entendimiento favorable al arbitraje que involucra entes públicos, la evolución del tema en la jurisprudencia brasileña continuaba incierta. Además del clásico argumento de la indisponibilidad, ya superado, había quien sustentaba ser inadmisibles someter cuestiones que involucran al poder público, a los árbitros por al menos otros tres fundamentos: (i) necesidad de autorización legislativa previa para que los entes estatales pudiesen someter sus litigios al arbitraje; (ii) previsión en el art. 55, §2º de la Ley n.º 8.666/93, de una norma que exige la previsión de cláusula de foro de elección en la sede de la administración en todos los contratos celebrados por ésta con personas físicas o jurídicas, incompatible con la solución de controversias por la vía arbitral; (ii) imposibilidad de compatibilizar la confidencialidad en el arbitraje con el principio de la publicidad de los actos administrativos, consagrado en sede constitucional.

El argumento relativo a la exigencia de previa autorización legislativa parece lógico y fue consagrado en diversas decisiones del Tribunal de Cuentas de la Unión,⁴² así como en algunos juzgados aislados.⁴³ Se apli-

⁴² V., por ejemplo, Decisión n.º 286/93, Rel. Min. Homero Santos, DOU 4.8.1993; Decisión n.º 763/94, Rel. Min. Carlos Átila Álvares da Silva, DOU 3.1.1995; Decisión n.º 188/95, Rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, DOU 22.5.1995; Decisión n.º 394/95, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DOU 28.8.1995; Decisión n.º 584/03, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU 28.4.2003; Decisión n.º 215/04, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU 22.3.2004; Decisión n.º 587/03, Rel. Min. Adylson Motta, DOU 1.6.2003; Decisión n.º 631/03, Rel. Min. Marcos Vinícius Viçça, DOU 13.6.2003; Decisión n.º 1271/05, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, DOU 2.9.2005; Decisión n.º 537/06, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, DOU 17.3.2006 y Decisión n.º 1099/06, Rel. Min. Augusto Nardes, DOU 10.7.2006.

⁴³ Ejemplo emblemático fueron las decisiones en primera instancia del caso Copel, en el Poder Judicial del Estado de Paraná, en el sentido de, incluso en la etapa liminar, ordenar la abstención de la práctica de actos relacionados a la continui-

ca a la administración pública el principio de legalidad estricta, según el cual el administrador solamente puede actuar dentro de los límites permitidos expresamente por la ley, al contrario de los particulares, que pueden actuar en los límites no vedados por el legislador. La administración, por lo tanto, sólo podría celebrar acuerdo de arbitraje, si es autorizada de forma previa y específica para este fin.⁴⁴

Este razonamiento, todavía, pierde su fuerza en relación a las empresas públicas y a las sociedades de economía mixta, en la medida en que tales entes están constitucionalmente sometidos al régimen de las empresas privadas, derivando de ahí la autorización para que dispongan de su derecho de someter eventuales controversias al Poder Judicial. Incluso, en relación al Estado y a las autarquías, tal fundamento tampoco debe subsistir, bien por la previsión de autorización (aunque genérica) en el propio art. 1º de la Ley de Arbitraje, que no restringió, desde el punto de vista de la arbitrabilidad subjetiva, las personas que pueden celebrar un acuerdo de arbitraje,⁴⁵ o bien por la incidencia de

dad del procedimiento de arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y, por ocasión de la sentencia, declarar la nulidad del acuerdo de arbitraje, invocándose como fundamento también la regla del art. 55, §2º de la Ley n.º 8.666/93. Después de sucesivos recursos e incidentes procesales en el Tribunal de Justicia de Paraná, fue concedida una medida cautelar en agravio de instrumento, suspendiéndose la eficacia de la sentencia hasta el juzgamiento del mérito de la apelación interpuesta por la UEG Araucaria Ltda. (TJPR, AI 162874-3, 3.ª Cámara Civil, Rel. Des. Ruy Fernando de Oliveira, j. 5.8.2004). En junio del 2006, las partes llegaron a un acuerdo, quedando extintas todas las acciones accidentales y recursos pendientes. V., sobre el caso, los relatos detallados de DINAMARCO, Julia. «Algunas consideraciones sobre el caso Copel v. UEG». En GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). *Aspectos práticos...*, cit., pp. 80-104 e de ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 229-234.

⁴⁴ Ésta es, en síntesis, la tesis sustentada en la opinión de BARROSO, Luis Roberto. «Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez». En *Temas de direito constitucional*. Río de Janeiro: Renovar, 2003, t. II, pp. 610 y 615-626.

⁴⁵ V., sobre el punto, admitiendo como autorización legislativa la previsión de la parte inicial del art. 1 de la Ley n.º 9.307/96, KLEIN, Aline Lícia. «A arbitragem nas

los principios de la moralidad administrativa, de la buena fe objetiva y de la protección a la confianza legítima del administrado, que no puede ser perjudicado por el comportamiento contradictorio del Estado.⁴⁶ Se trata, en última instancia, de una proyección de la prohibición al *venire contra factum proprium*.⁴⁷

Más allá de esto, como ha sido ilustrado por la doctrina administrativista contemporánea, es preciso revisitar el principio de legalidad estricta, originalmente concebido como una limitación en torno del acto administrativo unilateral para proteger la actuación del particular contra el Estado. En la hipótesis de un acuerdo de arbitraje, su aplicación literal se muestra inadecuada, porque ella no tiene origen en acto unilateral del administrador, sino en la autonomía de la voluntad. Así, la legalidad debe ser interpretada aquí como la vinculación de la administración a la juridicidad constitucional, de tal modo que sus actos deben guardar conformidad con el mandato establecido por la Constitución.

concessões de serviço público». In PEREIRA, César Augusto Guimarães y TALAMINI, (coords.). *Arbitragem...*, cit., pp. 81-82 y ZIMMERMANN, Dennys. «Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça: por uma nova concepção do que seja interesse público». *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 12, p. 82, enero-marzo 2007.

⁴⁶ En este sentido, CARMONA, Carlos Alberto, cit., pp. 50-51; SOUZA Jr., Lauro da Gama e. «Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado)». En PANTOJA, Teresa Cristina G. (coord.). *Prática em arbitragem*. Río de Janeiro: Forense Universitária, 2008, pp. 144-145.

⁴⁷ Cabe resaltar, a propósito, que es frecuente la innovación de los argumentos de la buena fe y de la prohibición en el comportamiento contradictorio para justificar la sumisión del Estado a los arbitrajes en el plano internacional, cuando el ente estatal se arrepiente de la celebración del acuerdo de arbitraje y suscita, sin justo motivo, su inmunidad de jurisdicción. En este sentido, entre otros, FOUCARD, Philippe. «Os desafios da arbitragem internacional». *Revista Brasileira de Arbitragem*, n.º 1, enero-marzo 2004, p. 71; MALINTOPPI, Loreta. «La jurisprudencia arbitral de la CCI relativa a los contratos de Estado». *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 2, mayo-agosto 2004, p. 187.

Dentro de este orden, la exigencia legalista de autorización legislativa específica debe ceder ante los imperativos de la eficiencia administrativa. El principio de la eficiencia, que también está contemplado en el art. 37 de la Ley Mayor, impone que se flexibilicen los medios (lo que acarrea la admisibilidad de la solución por la vía arbitral) como contrapartida de un aumento de los controles de los resultados obtenidos por la administración. Vale decir, si la vía arbitral consiste en una alternativa más célere y menos costosa que el recurso al Poder Judicial, el análisis de costo-beneficio apunta para su admisibilidad.⁴⁸ En esta línea de razonamiento, se concluye que el poder de celebrar un acuerdo de arbitraje está implícito en el poder de contratar, en atención al principio administrativo de eficiencia.⁴⁹ Después de todo, no tendría sentido que los derechos fuesen considerados disponibles para efectos de ser regulados mediante un contrato; y, por otro lado, entender que son indisponibles para que eventuales controversias sean sometidas al arbitraje.

La evolución en el concepto de legalidad estricta no es más que una derivación de las transformaciones por las que viene pasando el derecho administrativo en estos días.⁵⁰ El retroceso en las actividades interven-

⁴⁸ V., sobre el punto, SOUZA JR., Lauro da Gama e, *cit.*, pp. 138-143.

⁴⁹ En estos términos, BINENBOJM, Gustavo. «As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição». *Revista de Direito Administrativo*, n.º 241, pp. 173-174, julio-septiembre 2005 y ZIMMERMANN, Dennys, *cit.*, pp. 88-91. En sentido análogo, sustentando que la previsión de acuerdo de arbitraje deriva de una evaluación del administrador público teniendo por balizas los principios de la economicidad, de la razonabilidad, de la motivación y, principalmente, de la continuidad del servicio público. GRINOVER, Ada Pellegrini. «Arbitragem e prestação de serviços públicos». *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n.º 26, noviembre-diciembre 2003, pp. 72-73 y MENEZELLO, Maria D'Assunção C. «O conciliador-mediador e o árbitro dos contratos administrativos». *Boletim de Direito Administrativo*, n.º 12, dec. 1997, p. 829.

⁵⁰ En este mismo sentido, destacando la evolución modernizadora en el derecho administrativo, v. MARTINS, Pedro A. Batista. «Arbitrabilidade objetiva, interesse público, indisponibilidade de direitos e normas de ordem pública». En LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade. Mediação, arbitragem e conciliação*. Río de Janeiro: Forense, 2008, pp. 257-258.

cionistas del Estado y la creciente interdependencia entre los intereses público y privado ocasionan, al mismo tiempo, la privatización de lo público y la publicitación de lo privado. La privatización de lo público acarrea la relativización de los mitos de la legalidad estricta o de la absoluta indisponibilidad de los intereses estatales, en desprecio total a la tutela de los administrados. La publicitación de lo privado impone el fortalecimiento de los derechos fundamentales del individuo, tanto en sus relaciones con el Estado (dimensión vertical), como con otros particulares (dimensión horizontal).⁵¹

Es preciso admitir, de todos modos, que el argumento de la exigencia de autorización legislativa específica puede conducir a controversias, lo que explica la previsión expresa, en cada vez más cuerpos normativos, de autorizaciones específicas para la celebración de acuerdos de arbitraje, aunque sólo sea para, por lo menos, eliminar posibles objeciones derivadas del Tribunal de Cuentas de la Unión. En este sentido, además de la previsión genérica en el art. 1 de la Ley de Arbitraje, actualmente, se encuentran normas específicas en este mismo sentido en los arts. 93, xv de la Ley n.º 9.492/97 (contratos de concesión firmados por la Agencia Nacional de Telecomunicaciones); art. 43, x de la Ley n.º 9.478/97 (contratos de concesión firmados por la Agencia Nacional de Petróleo); art. 11, III de la Ley n.º 11.079/04 (Ley de las Asociaciones Público-Privadas); art. 4, §§5º a 7 de la Ley n.º 10.848/04 (comercialización de energía eléctrica) y art. 23-A de la Ley n.º 8.987/95 (normas generales para la concesión y permiso de servicios públicos, en general), añadido por la Ley n.º 11.196/05, entre otros ejemplos.⁵²

⁵¹ Sobre la dimensión horizontal de los derechos fundamentales, entre muchos otros, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, 3.ª ed., *passim* e SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, *passim*.

⁵² Otro ejemplo ilustrativo de la tendencia reciente de contemplar autorizaciones legislativas expresas para el arbitraje que involucra intereses de entes públicos es la Ley Estatal n.º 19.477, de 12 de junio de 2011, promulgada sobre el Estado de

El segundo fundamento a veces invocado para eliminar la idoneidad de la solución por la vía arbitral de litigios con entes estatales, se refiere al art. 55, §2º de la Ley n.º 8.666/93, que exige la previsión, en los contratos celebrados por la administración pública, de una cláusula de elección de foro en la sede de la propia administración.⁵³

La incompatibilidad de esta norma con el arbitraje; sin embargo, es sólo aparente. En este sentido, se recuerda que el arbitraje, incluso entre particulares, no dispensa completamente el recurso al Poder Judicial, sea como instrumento de apoyo (como el supuesto de hipótesis de la acción destinada a la ejecución específica de la cláusula arbitral «vacía», en los términos del art. 1 de la Ley n.º 9.307/96), de revisión o, además, de ejecución del laudo a ser emitido por los árbitros (art. 475-N, iv del Código de Proceso Civil). En todas estas situaciones, habrá espacio para la convivencia armoniosa entre la cláusula de elección de foro y el acuerdo de arbitraje.⁵⁴ El proceso arbitral será procesado según los términos estipulados en el acuerdo, al paso que cualquier acción judicial deberá

Minas Gerais, disponiendo sobre la adopción del arbitraje por los entes estatales que forman parte de esta unidad federativa.

⁵³ Este fundamento también llegó a ser acogido en la sentencia emitida en primera instancia en el célebre caso Copel, anteriormente mencionado y, además, en el caso Guggenheim, juzgado por el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro (TJRJ, AI 2003.002.07839, 13.ª Cámara Civil, Rel. Des. Ademir Pimentel, Doerj. 21.1.2004). Demostrando cierta hesitación en cuanto a la arbitrabilidad de litigios en los que estén involucrados intereses estatales antes de la norma mencionada, BARBOSA, Joaquim Simões y Carlos Affonso PEREIRA DE SOUZA. *Arbitragem nos contratos administrativos... cit.*, pp. 271-273.

⁵⁴ V. CARMONA, Carlos Alberto. «Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro». En LEMES, Selma Ferreira; Carlos Alberto CARMONA; Pedro Batista MARTINS (coords.), *cit.*, p. 46. Una demostración inequívoca de esto se encuentra en la Ley n.º 8.987/95, con las alteraciones promovidas por la Ley n.º 11.196/05, en la medida en que conviven, en el mismo cuerpo legal, las previsiones legales de que el contrato de concesión prevea cláusula de elección de foro (art. 23, xv) y el acuerdo de arbitraje (art. 23-A), reforzando la posibilidad de armonización entre tales disposiciones. La cláusula de elección de foro con el acuerdo de arbitraje. V. TJRJ, AC 2003.001.16786, 8.ª Cámara Civil, Rel. Des. Adriano Celso Guimarães, j. 9.3.2004, reproducido y con comentarios de Lauro

ser juzgada en el foro de la sede de la administración, en los términos de la norma en cuestión.

Además de esto, la Ley de Licitaciones no impone que todas las demandas que derivan de contratos firmados con la administración, sean sometidas al Poder Judicial.⁵⁵ Si las partes no celebraron un acuerdo de arbitraje, la cláusula de elección de foro irá a operar de forma plena, para toda y cualquier controversia derivada del aludido contrato. En caso, sin embargo, de que las partes hayan regulado que eventuales litigios sean sometidos a árbitros, entonces, la cláusula de elección de foro solamente irá a regir para los supuestos en que todavía cupiera el recurso al Poder Judicial.

Conviene destacar, a propósito, que la exigencia del art. 55§2º de la Ley n.º 8.666/93 se refiere al *foro*, tratándose de término técnico específico para designar la competencia de órganos de la jurisdicción pública. Los árbitros, obviamente, no forman parte de la organización judicial estatal. Un acuerdo de arbitraje, en la realidad, no establece la competencia de los árbitros para controversia alguna, sino su jurisdicción privada.⁵⁶ Se concluye, así, que la regla en cuestión no representa óbice al arbitraje con el Estado.

Por último, el tercer fundamento que acostumbra ser suscitado como obstáculo para la sumisión de controversias que involucran al Estado, se refiere a la confidencialidad en el arbitraje y a su incompatibilidad con los principios de transparencia y de publicidad de los actos administra-

da Gama e Souza Junior en la *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 6, pp. 246-250, junio-septiembre 2005.

⁵⁵ V. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo...*, cit., p. 48.

⁵⁶ V. VALENÇA FILHO, Clávio. «Validade e eficácia da convenção de arbitragem em contratos administrativos: a ótica judiciária». En LEMES, Selma Ferreira; Carlos Alberto CARMONA y Pedro Batista MARTINS (coords.), cit., pp. 439-441 y Donaldo ARMELIN. «Medida cautelar incidental. Arbitragem em curso no exterior. Competência da justiça brasileira». *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 3, p. 217, septiembre-diciembre 2004.

tivos.⁵⁷ Se trata, sin embargo, de un falso dilema. La ley brasileña, así como la gran mayoría de las legislaciones extranjeras,⁵⁸ guarda silencio en cuanto a la confidencialidad en el arbitraje. Aunque la confidencialidad sea una característica común a la mayoría de los litigios sometidos a los árbitros, las partes pueden prescindir de ella sin ninguna dificultad.

Así, tratándose de arbitrajes que involucren intereses estatales, la incidencia de los principios de transparencia y de publicidad no permitirá la confidencialidad absoluta. En este caso, restan dos alternativas: o las partes eliminan completamente la confidencialidad del procedimiento arbitral o estipulan una forma de confidencialidad parcial, en la que se permite el acceso de los interesados al contenido de la decisión de los árbitros, preservándose; sin embargo, la confidencialidad de los documentos que instruirán el proceso en el arbitraje y de todas las informaciones brindadas por las partes, cuya revelación pueda causar daño al particular que contrató con el Estado.⁵⁹ En síntesis, las partes sujetas a los principios de publicidad y de transparencia, informan el camino y el resultado del arbitraje en los órganos propios de control, sin que se tenga que abrir las audiencias realizadas en el proceso arbitral a todo y cualquier ciudadano.

⁵⁷ Éste fue otro fundamento adoptado por el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro en el juzgamiento del caso Guggenheim, ya referido anteriormente.

⁵⁸ La confidencialidad acostumbra ser establecida, sin embargo, en los reglamentos de arbitraje de las instituciones arbitrales brasileñas, como se verifica en los arts. 9.8 y 9.9 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Brasil-Canadá; arts. 61 y 62 del Reglamento de la Cámara FGV de Conciliación y Arbitraje; art. 15.1 del Estatuto del Centro de Arbitraje de la Cámara Americana de Comercio para el Brasil-São Paulo; art. 15.1 del Reglamento del Centro Brasileño de Mediación y Arbitraje (CBMA) y art. 12.1 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Arbitraje Empresarial-Brasil (CamArb).

⁵⁹ Entre otros, v. CARMONA, Carlos Alberto, *cit.*, p. 52; LEMES, Selma Maria Ferreira. «Arbitragem na concessão de serviços públicos. Arbitrabilidade objetiva. ¿Confidencialidade ou publicidade processual?», p. 20. Disponible en <http://www.cacb.org.br>, fecha de acceso: 20.5.2011; PINTO, José Emílio Nunes. «A confidencialidade na arbitragem». *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 6, julio-septiembre 2005, pp. 35-36; KLEIN, Aline Lícia, *cit.*, pp. 102-204; SOUZA Jr., Lauro da Gama e, *cit.*, pp. 156-159.

Aunque sin debatir con la debida profundidad todos estos fundamentos, la jurisprudencia de los tribunales patrios, en su mayor parte, se ha manifestado en los últimos años de forma favorable a la arbitrabilidad de controversias que involucren a entes estatales, especialmente en los supuestos en los que participen empresas públicas o sociedades de economía mixta, sometidas, como ya fue visto, al régimen jurídico propio de las empresas privadas por mandato de norma constitucional expresa.⁶⁰

5. LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA PARA LA CONSOLIDACIÓN DEL ARBITRAJE CON ENTES COLECTIVOS EN EL BRASIL

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ), sobre todo en la última década, ha prestado una relevante contribución para la definición del tema en el Brasil. En efecto, aunque el mismo no fuese inédito en la jurisprudencia de los tribunales inferiores, la posición ocupada por el Tribunal Superior de Justicia en la organización judicial brasileña, como órgano destinado a la uniformización en la interpretación de la ley federal, fue esencial para que la delimitación de la materia ganase mayor seguridad y consistencia.

⁶⁰ Un precedente siempre citado en esta materia es el juzgamiento de la Acción de Amparo interpuesta contra el Tribunal de Cuentas del Distrito Federal, en el que se decidió por la ilegalidad del acto oriundo de la corte de cuentas que había prohibido la Caesb, sociedad de economía mixta concesionaria de los servicios agua de agua y desagüe en el Distrito Federal, de celebrar un acuerdo arbitral. Se afirmó que la exploración de los servicios de agua y desagüe constituye actividad económica empresarial. V. Tjdft, MS 1998002003099-9, Consejo Especial, Rel. Des. Nancy Andrighi, j. 18.5.1999, DJ 18.8.1999. Otro precedente importante fue Preferido caso Compagas resuelto por el antiguo Tribunal de Alzada de Paraná, V. TAPR, AC 247.646-0, 7.ª Cámara Civil, Rel. Juez Lauro Laertes de Oliveira, j. 11.2.2004. El fallo de la justicia paranaense sería confirmado años más adelante por el Superior Tribunal de Justicia, con ocasión del juzgamiento del Recurso Especial n.º 904.813, relatado con mayores detalles en el próximo ítem del presente estudio.

En la primera decisión específica sobre el tema, con ocasión del juzgamiento del Recurso Especial n.º 612.439, decidió la Segunda Sala del TSJ que sería posible el arbitraje en un contrato de energía firmado entre una sociedad de economía mixta, concesionaria de distribución de energía y una empresa privada, generadora de energía eléctrica, incluso sin autorización legislativa específica. Se enfatizó el hecho de que las sociedades de economía mixta están sometidas al régimen propio de las empresas privadas y que la controversia versaba sobre actividad económica empresarial, estando la eventual indisponibilidad restringida a los actos de imperio del Estado.⁶¹ La Segunda Sala del TSJ emitió, además, una decisión idéntica en el Recurso Especial n.º 606.345, que trataba de las mismas cuestiones discutidas en el precedente anterior.⁶²

Al mismo tiempo, otro importante caso fue apreciado por la Primera Sección del TSJ, que reúne integrantes de las Primera y Segunda Salas de aquel tribunal, competente para la apreciación de materias relacionadas al derecho público. Se trataba de un recurso interpuesto contra la decisión monocrática del Min. Luiz Fux en Acción de Amparo n.º 11.308, interpuesto contra el acto del Ministro de la Ciencia y Tecnología, que había ratificado la rescisión de un contrato de arrendamiento de un terminal portuario celebrado por la *Nuclebrás Equipamentos Pesados* (Nuclep), una sociedad de economía mixta, con empresa privada.

En el caso en cuestión, el contrato contenía un acuerdo de arbitraje, y una acción judicial intentada por la Nuclep que ya había sido desestimada anteriormente por el Poder Judicial, justamente, en razón de tal acuerdo. Debido a esto, la Nuclep resolvió simplemente rescindir el contrato, obteniendo la ratificación junto al Ministro de Ciencia y Tecnología. En defensa del acto cuestionado en la impugnación, se sustentó la ilegalidad del acuerdo de arbitraje por la sociedad de economía mixta, argumento recha-

⁶¹ V. STJ, REsp n.º 612.439/RS, Segunda Sala, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25.10.2005, DJ 14.9.2006.

⁶² V. STJ, REsp n.º 606.345/RS, Segunda Sala, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.5.2007, DJ 8.6.2007.

zado por la Primera Sección del TSJ, en una extensa decisión en la cual, trayendo a colación varios pasajes doctrinarios, se destacó la distinción entre el interés público y el interés de la administración, así como el hecho de que la Nuclep es una sociedad de economía mixta, sometida al régimen propio de las empresas privadas.⁶³ Más tarde, esta decisión provisoria fue confirmada en el juzgamiento del mérito de la acción de amparo.⁶⁴

Algunos años más tarde, el asunto volvió a ser discutido con ocasión del Recurso Especial n.º 904.813, juzgado por la Tercera Sala del TSJ, bajo la relatoría de la Min. Nancy Andrighi.⁶⁵ En el caso, la *Companhia Paranaense de Gás* (Compagás), una sociedad de economía mixta, había celebrado un contrato con un consorcio que tenía por objeto la ampliación de la red de distribución de gas. Posteriormente a la celebración del contrato, las partes celebraron un convenio arbitral.

Desencadenado el litigio e incurriendo en comportamiento contradictorio, Compagás ingresó con una acción de nulidad del acuerdo de arbitraje por ilicitud del objeto, ya que, a su parecer, había interés público indisponible; y, por lo tanto, no arbitrable. El pedido de Compagás fue juzgado improcedente en primera instancia, siendo la sentencia confirmada por el Tribunal de Alzada del Estado de Paraná, bajo el fundamento de que la controversia acerca de la adecuación económico-financiera del contrato, versaba sobre intereses económicos y plenamente disponibles.

Compagás interpuso Recurso Especial, en el que suscitó, entre otras cuestiones, la ocurrencia de violación al art. 41 de la Ley n.º 8.666/1993 (Ley de Licitaciones), aduciendo que no se podría haber reconocido la posibilidad de sumisión a los árbitros de las controversias que derivan

⁶³ V. STJ, AgRg no MS 11.308/DF, Primera Sección, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28.6.2006, DJ 14.8.2006.

⁶⁴ V. STJ, MS 11.308/DF, Primera Sección, Rel. Min. Luiz Fux, j. 9.4.2008, DJe 19.5.2008.

⁶⁵ V. STJ, REsp 904.813/PR, Terceira Sala, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.10.2011, 28.2.2012.

del contrato celebrado entre las partes, sin que tal condición estuviese prevista en el aviso de licitación. Sustentó, además, que el contrato disponía sobre la competencia del foro de la región de Curitiba, en los términos del art. 55, § 2º de la Ley de Licitaciones, lo que reforzaría la inviabilidad de solución por la vía arbitral.

Después de exponer detalladamente acerca de la posibilidad de arbitraje que involucra una sociedad de economía mixta, confirmando los fundamentos de la decisión regional y haciendo referencia al antiguo precedente propio, cuando todavía era juez del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios,⁶⁶ el voto de la Min. Nancy Andrichi desestimó el principal argumento de Compagás en el Recurso Especial, concluyendo que el hecho de no haber previsión del arbitraje en el aviso de licitación o en el contrato celebrado entre las partes, no invalida el convenio celebrado posteriormente. Se afirmó, por lo tanto, que la previsión del juicio arbitral no vulnera las reglas de la licitación, pues no se puede afirmar que su resultado sería otro o que en ella participarían más o menos concurrentes, únicamente por la falta de previsión de arbitraje en el aviso.⁶⁷ Se adujo, además, que la cláusula de foro no es esencial en los contratos administrativos y, además, que no es de forma alguna incompatible con el acuerdo de arbitraje.

⁶⁶ V. Tjdf, MS 1998002003099-9, Consejo Especial, Rel. Des. Nancy Andrichi, j. 18.5.1999, DJ 18.8.1999, ya referido en el presente estudio.

⁶⁷ Aunque se vea con buenos ojos el incentivo que la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia ha conferido en los últimos años al arbitraje, inclusive cuando hay en juego intereses públicos, no se puede dejar de registrar la preocupación con esta especie de fundamento, en la medida en que la previsión en los avisos de licitación sobre la solución de controversias por la vía arbitral —dadas las ventajas reconocidas en términos de celeridad, de especialización de los árbitros y de confidencialidad— podría, eventualmente, atraer un número mayor de interesados en contratar con la administración. No se cuestiona que, en el caso, Compagás actuó de forma contradictoria y contraria a los dictámenes de la buena fe objetiva y que la solución dada al caso fue correcta, pero se indaga si esta decisión del Tribunal Superior de Justicia podrá representar, para el futuro, un sello generalizado al cambio de las reglas del juego en términos de sumisión de los litigios al arbitraje después de que el contrato ya fue celebrado, lo que no parece aconsejable.

El voto de la relatora expone, además, que la controversia versaba sobre intereses típicamente disponibles y patrimoniales (equilibrio económico-financiero del contrato) y que la actitud de Compagás de impugnar, posteriormente, un convenio arbitral que ella misma celebró importa mala fe, además de ser perjudicial al propio interés público de ver resuelto el litigio de manera más célere. En suma, continúa el voto, como Compagás tenía autonomía para resolver la controversia sin precisar de autorización legislativa o de recurrir al Poder Judicial, en vista de la disponibilidad de los intereses involucrados, ella también tiene autonomía para someter la controversia a arbitraje.

Los otros integrantes de la Tercera Sala acompañaron el voto de la relatora, de modo que las decisiones de las instancias inferiores, confirmando la viabilidad de arbitraje que involucra intereses de una sociedad de economía mixta, fueron integralmente mantenidas en el caso en cuestión.

6. CONCLUSIÓN

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, como demostraron las decisiones arriba comentadas, trajo cierta seguridad jurídica en la materia. Actualmente, se puede afirmar, hasta incluso con cierta tranquilidad, que se admite en el Brasil el arbitraje sobre controversias que involucran intereses económico-financieros de las sociedades de economía mixta. Existen, además, sin embargo, algunas importantes áreas grises, que todavía no fueron enfrentadas por la jurisprudencia.

En primer lugar, prácticamente, todos los precedentes favorables al arbitraje de litigios que involucran entes estatales, trataron la hipótesis de que el acuerdo arbitral fue celebrado por una sociedad de economía mixta. No se tiene, todavía, una orientación bien definida para los casos en que estuvieran en juego intereses del propio Estado o de una autarquía, entes en relación a los cuales no se aplica la regla contenida en el

art.173, §1º de la Constitución de la República. Aunque la previsión específica sobre la posibilidad de optar por la vía arbitral esté contemplada en un número cada vez mayor de leyes, como ya fue demostrado a lo largo del presente estudio, existen contratos que no están cubiertos por ninguna autorización legislativa específica para la sumisión del litigio a los árbitros. Se aguarda, así, un pronunciamiento claro de los tribunales patrios sobre la cuestión, esperando que se consagre, también en estos casos, una solución favorable al arbitraje.

Otra área gris se refiere a las materias objeto de reglamentación estatal. ¿Hasta qué punto, por ejemplo, los árbitros pueden decidir una controversia sobre el equilibrio económico-financiero de un contrato, cuando éste estuviera íntimamente ligado a la fijación del valor de las tarifas establecidas en actos regulatorios? Es evidente que los árbitros no pueden, por ejemplo, determinar la naturaleza de la corriente eléctrica (si es continua o alterna) para los consumidores,⁶⁸ pues se trata de una materia en que el Estado actúa con su poder de imperio. Pero, cuando un acto reglamentario estuviera vinculado a una cuestión estrictamente económico-financiera, ¿hasta dónde los árbitros podrían decidir? Se trata de una cuestión para la cual la doctrina llegó a un consenso mínimo,⁶⁹ y cuyo debate superaría en mucho a los límites establecidos para el presente estudio.

⁶⁸ El ejemplo fue retirado de la clásica cita de BIELSA, Rafael. *Estudios de derecho público*. Buenos Aires: Depalma, p. 290.

⁶⁹ Compárese, por ejemplo, el abordaje restrictivo presentado por MUNIZ, Joaquim de Paiva. Os limites da arbitragem nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 2, p. 98, mayo-agosto 2004 («Las cláusulas reglamentarias de contratos de concesión se refieren a actos de imperio, y por consiguiente, no son arbitrables. Los actos de imperio configuran decisiones privativas del Estado, que no pueden ser apreciadas por un órgano arbitral, de naturaleza privada») con el entendimiento ampliativo propuesto por ARAGÃO, Alexandre Santos de. Arbitragem e regulação, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.º 27, p. 84, octubre-diciembre 2010 («Si determinado marco regulatorio sectorial dispone así o no, es una cuestión de mérito, no constituyendo presupuesto o preliminar para la decisión sobre la arbitrabilidad, ya que los árbitros de cualquier forma no estarán decidiendo por eliminar o declarar la invalidez de los

Es razonable concluir, de todos modos, que la tendencia verificada en el Brasil ha sido por la progresiva ampliación de los límites del arbitraje que involucra al Estado.⁷⁰ De una forma general, el ejemplo del arbitraje que involucra intereses estatales, demuestra que la tendencia observada en los últimos años en el Brasil, así como en otros países, ha sido la progresiva ampliación de los límites de la arbitrabilidad objetiva, sin perjuicio de existir puntuales retrocesos y además muchas incertezas en las llamadas materias sensibles, ya referidas en el inicio del presente estudio.

Ésta es una importante etapa rumbo a la consolidación definitiva del arbitraje en el Brasil con uno de los medios disponibles para la solución de controversias.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Renato. Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano. Milano: Giuffrè, 1953.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). *Arbitragem interna e internacional. Questões de doutrina e da prática*. Río de Janeiro: Renovar, 2003.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Río de Janeiro: Renovar, 2005.

actos regulatorios, sino sólo de interpretarlos, ya que la aplicabilidad y legalidad de tales actos no es controversial, discutiéndose sólo si ellos deben ser interpretados-aplicados como fijados de una forma única posible tarifa...»).

⁷⁰ Esta tendencia, por otra parte, también verificada ya hace algunas décadas en otros países, incluso en aquéllos en que se vislumbra cierto prestigio a teorías publicistas en el derecho administrativo, como en Francia. Sobre la evolución observada en aquel país en términos de arbitrabilidad objetiva del Estado, entre otros, v. DE LAUBADÈRE, André; Jean-Claude VENEZIA; Yves GAUDEMET. *Traité de droit administratif*. París: LGDJ, 1999, 15.^a ed., tomo 1, pp. 391-393.

ALVES, Rafael Francisco. «A arbitragem no Direito Ambiental: a questão da disponibilidade de direitos». En SALLES, Carlos Alberto; Solange Telles da SILVA; Ana Maria de Oliveira NUSDEO (orgs.). *Processos coletivos e tutela ambiental*. Santos: Leopoldianum, 2006, pp. 199-221.

ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2010.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A ordem pública no Direito Processual Civil*. 2010. Tesis (Doctorado en Derecho Internacional). São Paulo: Universidad de São Paulo.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. «Arbitragem e regulação». *Revista de Arbitragem e Mediação*, octubre-diciembre 2010, n.º 27.

ARMELIN, Donaldo. «A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial». *Revista de Arbitragem e Mediação*, abril-junio 2007, n.º 13.

ARMELIN, Donaldo. «Medida cautelar incidental. Arbitragem em curso no exterior. Competência da justiça brasileira». *Revista de Arbitragem e Mediação*, septiembre-diciembre 2004, n.º 3.

BARROSO, Luis Roberto. «Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez». En *Temas de direito constitucional*. Río de Janeiro: Renovar, 2003, t. II.

BINENBOJM, Gustavo. «As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição». *Revista de Direito Administrativo*, julio-septiembre 2005, n.º 241.

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1994, v. 1.

BLACKABY, Nigel *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2009.

BORGES, Daniza Rosário; Daniela Leal TORRES. «A arbitragem trabalhista». En BOMFIM, Ana Paula Rocha do; Hellen Ferreira Monique de MENEZES (coords.). *MESCs – Manual de Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Teoria e prática da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRANCHER, Paulo. Soluções de controvérsias e as Agências Reguladoras, *Revista Brasileira de Arbitragem*, enero-marzo 2004, n.º 1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, 3.ª ed.

CARAJELESCOV, Paula Corina Santone. *Arbitragem nos conflitos individuais do trabalho*. Curitiba: Juruá, 2010.

CARBONNEAU, Thomas E. y François JANSON. «Cartesian logic and frontier politics: French and American concepts of arbitrability». *Tulane Journal of International and Comparative Law*, n.º 2, 1994.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei n.º 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009, 3.ª ed.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Comentários à Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2.ª ed.

CORDOVIL, Paulo André de França. Nova lei de arbitragem sob a óptica do processo individual do trabalho. *Revista LTr*, 1997, v. 61, n.º 5.

CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro. «Direitos patrimoniais disponíveis. Conceitos e distinção em relação a direitos oriundos de aplicação de

normas cogentes». En BERTASI, Maria Odete Duque; Oscavo Cordeiro CORRÊA NETTO (coords.). *Arbitragem e Desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CRETELLA NETO, José. *Curso de Arbitragem*. Campinas: Milennium, 2009, 2.^a ed.

DALLARI, Adilson Abreu. «Arbitragem na concessão de serviço público». *Revista Trimestral de Direito Público*, 1996, n.º 13.

DE LAUBADÈRE, André, Jean-Claude VENEZIA e Yves GAUDEMET. *Traité de droit administratif*. París: LGDJ, 1999, 15.^a ed., tomo 1.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 2.^a ed.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, 6.^a ed.

FOUCHARD, Phillipe; Emmanuel GAILLARD y Berthold GOLDMAN. *International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

GARCEZ, José Maria Rossani. «Arbitrabilidade no direito brasileiro e internacional». *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, abril-junio 2001, n.º 12.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2004, 2.^a ed.

GIGLIO, Wagner D. *A arbitragem e os contratos coletivos de trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 1990. ROCHA, José de Albuquerque. *Lei de Arbitragem. Uma avaliação crítica*. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 15.^a ed.

GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. Tesis (Doctorado en Derecho Internacional). São Paulo: Universidad de São Paulo, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2001, 6.^a ed.

GRAU, Eros Roberto. «Arbitragem e contrato administrativo». *Revista Trimestral de Direito Público*, 2000, n.º 32.

GREBLER, Eduardo. «A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada». *Revista de Arbitragem e Mediação*, mayo-agosto 2004, n.º 2, p. 62.

GRINOVER, Ada Pellegrini. «Arbitragem e prestação de serviços públicos». *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, noviembre-diciembre 2003, n.º 26.

GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

JARROSSON, Charles. «La notion d'arbitrabilité». *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2003, n.º 0.

JOBIM, Eduardo y Rafael Bicca MACHADO (coords.). *Arbitragem no Brasil. Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LEE, João Bosco. «O conceito de arbitralidade nos países do Mercosul». *Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais*, abril-junio 2000, n.º 8.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEMES, Selma Ferreira. «Arbitragem na concessão de serviços públicos. Arbitralidade objetiva. ¿Confidencialidade ou publicidade processual?». Disponible en <http://www.cacb.org.br>.

LEMES, Selma Ferreira; Carlos Alberto CARMONA y Pedro Batista MARTINS (coords.), *Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

LEW, Julian D.M.; Loukas A. MISTELIS y Stefan M. KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

MALINTOPPI, Loreta. «La jurisprudencia arbitral de la CCI relativa a los contratos de Estado». *Revista de Arbitragem e Mediação*, mayo-agosto 2004, n.º 2.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Río de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS, Pedro A. Batista. «Arbitralidade objetiva, interesse público, indisponibilidade de direitos e normas de ordem pública». En LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade. Mediação, arbitragem e conciliação*. Río de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. São Paulo: Atlas, 2004, 8.ª ed.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2011, 32.^a ed.

MELO, Raimundo Simão de. «A arbitragem como mais uma alternativa à solução de conflitos trabalhistas». *Trabalho e Doutrina*: processo e jurisprudência, 1997, n.º 14.

MENEZELLO, Maria D'Assunção C. «O conciliador-mediador e o árbitro dos contratos administrativos». *Boletim de Direito Administrativo*, diciembre 1997, n.º 12.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. «Arbitragem nos contratos administrativos». *Revista de Direito Administrativo*, julio-septiembre 1997, n.º 209.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. «Os limites da arbitragem nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural». *Revista de Arbitragem e Mediação*, mayo-agosto 2004, n.º 2.

PACHECO, Iara Alves Cordeiro. *Os direitos trabalhistas e a arbitragem*. São Paulo: LTr, 2003.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. Tesis (Doctorado en Derecho Procesal). São Paulo: Universidad de São Paulo, 2009.

PASTORE, José. «Arbitragem trabalhista». *Revista Síntese Trabalhista. Administrativa e Previdenciária*, 2002, n.º 157.

PEREIRA, Ana Lúcia. -«Considerações sobre a utilização da arbitragem nos contratos individuais de trabalho». *Revista de Arbitragem e Mediação*, octubre-diciembre 2009, n.º 23.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, 24.^a ed., v. 1.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães y Eduardo TALAMINI (coords.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINTO, José Emílio Nunes. «A arbitragem na recuperação de empresas». *Revista de Arbitragem e Mediação*, octubre-diciembre 2005, n.º 7.

PINTO, José Emílio Nunes. «A confidencialidade na arbitragem». *Revista de Arbitragem e Mediação*, julio-septiembre 2005, n.º 6.

PINTO, José Emílio Nunes. «Contratos: uma interpretação do art. 1 da Lei n.º 9.307/96». In *Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de reflexão. Questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *Mediação e Arbitragem. Solução extrajudicial dos conflitos do trabalho, Trabalho e Doutrina: processo e jurisprudência*, 1997, n.º 14.

SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. «A solução de controvérsias fiscais por meio da arbitragem». *Revista de Arbitragem e Mediação*, julio-septiembre 2009, n.º 22.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. «A arbitragem na área tributária». *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, marzo-abril 2006, n.º 67, pp. 40-49.

SOUZA JR., Lauro da Gama e. «Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado)». En PANTOJA, Teresa Cristina G. (coord.). *Prática em arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v. 3.

TALAMINI, Eduardo. «Sociedade de Economia Mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos. Especificidades técnicas do objeto litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa». *Revista de Arbitragem e Mediação*, abril-junio 2005, n.º 5.

TEPEDINO, Gustavo; Heloísa H. BARBOZA y Maria Celina Bodin de MORAES. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Río de Janeiro: Renovar, v. II.

WALD, Arnoldo. «A evolução da arbitragem internacional no Brasil». *Revista de Arbitragem e Mediação*, outubro-diciembre 2009, n.º 23.

WALD, Arnoldo. *O direito de parceria e a nova lei de concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

YOSHIDA, Márcio. «A arbitrabilidade dos direitos trabalhistas». *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2003, n.º 0.

YOSHIDA, Márcio. *Arbitragem trabalhista. Um novo horizonte para a solução dos conflitos laborais*. São Paulo: LTTr, 2006.

ZIMMERMANN, Dennys. «Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça: por uma nova concepção do que seja interesse público». *Revista de Arbitragem e Mediação*, enero-marzo 2007, n.º 12.

ACUERDO DE ARBITRAJE: IMPEDIMENTO PROCESAL (Y NO PRESUPUESTO NEGATIVO DE VALIDEZ)

*Eduardo Talamini**

Sumario.- 1. Acuerdo de arbitraje: noción, especies y efectos.— 2. La directriz tradicionalmente consagrada.— 3. La Ley n.º 9.307/1996 y la tesis de que la existencia de la cláusula arbitral sería conocible de oficio por el Juez.— 4. Necesidad de oposición por el interesado, en cualquier supuesto.— 4.1. Ausencia de motivo razonable para la diferenciación entre convenio y cláusula arbitral en cuanto al aspecto en examen: interpretación conforme a la Constitución.— 4.2. La directriz de equiparación de efectos de la cláusula y del convenio arbitrales.— 4.3. La paradoja de la atribución de mayor eficacia a la cláusula que al convenio arbitral.— 4.4. La regla del art. 267, VII c/c § 3º.— 4.5. La Convención de Nueva York.— 4.6. El Derecho comparado.— 4.7. Resiliación tácita, cuando no hubiera oposición.— 5. Impedimento y no presupuesto procesal; excepción y no objeción: implicancias.— 6. El proyecto del nuevo Código de Proceso Civil.— 7. Régimen diverso, cuando ya hubiera arbitraje interno instaurado o laudado.

1. ACUERDO DE ARBITRAJE: NOCIÓN, ESPECIES Y EFECTOS

El acuerdo de arbitraje es el pacto por el cual las partes deciden que las pretensiones derivadas de los conflictos entre ellas, actuales o futuros, serán resueltas por medio de arbitraje (Ley n.º 9.307/1996, art. 3º;

* Abogado. *Livre-docente* en derecho procesal (USP). Profesor de proceso civil y arbitraje (UFPR).

Convención de Nueva York [promulgada por el Dec. n.º 4.311/2002], art. II, 2). Se divide en dos modalidades, convenio arbitral y cláusula arbitral.

El convenio arbitral es el acuerdo por el cual las partes someten a arbitraje la resolución de un conflicto ya existente entre ellas (Ley n.º 9.307, art. 9º; C. Civ., art. 851); y, por lo tanto, en principio, ya contiene todos los elementos necesarios para la instauración del tribunal arbitral y desarrollo del arbitraje.

La cláusula arbitral es el acuerdo, inserto en un contrato con objeto más amplio, por el cual las partes se comprometen a someter futuros litigios derivados de este contrato al arbitraje (Ley n.º 9.307, art. 4; C. Civ., art. 853). La cláusula arbitral puede ser llena o vacía. Llena es aquella que ya establece reglas suficientes para la instauración y desarrollo del futuro arbitraje —sea por la directa estipulación de tales normas, sea por la remisión a las reglas de alguna institución arbitral (Ley n.º 9.307, art. 5)—, de modo a dispensar un futuro convenio arbitral (Ley n.º 9.307, art. 6, *a contrario sensu*). Vacía es la cláusula que contiene la intención de las partes de someter sus futuros conflictos al arbitraje, pero no contiene todavía los elementos necesarios para ello, tales como el modo de elección de los árbitros y el procedimiento arbitral (Ley n.º 9.307, art. 6).

En la hipótesis de la cláusula vacía, no será posible la directa instauración de arbitraje. Cualquiera de las partes tendrá el derecho de exigir a la otra que respete la obligación de someter los conflictos a arbitraje, celebrándose para ello un convenio arbitral. Habiendo negación de una de las partes para tal efecto, la otra podrá ir al Poder Judicial, para que éste emita sentencia sustitutiva del convenio arbitral (Ley n.º 9.307, art. 7). Se puede llamar *efecto positivo leve* a esta consecuencia extraíble de la cláusula arbitral vacía.

Por otro lado, la cláusula llena y el convenio arbitral están revestidos de una *eficacia positiva plena*. Ya que tales acuerdos ya contienen todos

los elementos necesarios para la implementación y la tramitación del arbitraje, el proceso arbitral podrá ser directamente instaurado y desarrollado de acuerdo con tales reglas, aunque una de las partes se niegue a iniciarlo o a participar en él (Ley n.º 9.307, arts. 5º y 6º, *a contrario sensu*).

Sin embargo, todo acuerdo de arbitraje —incluso aquél que no permita directamente la instauración del arbitraje— posee también una *eficacia negativa*: obsta el juzgamiento de mérito, por el Poder Judicial, de los conflictos cubiertos en su objeto (CPC, arts. 267, VII, y 301, IX y §4º).

2. LA DIRECTRIZ TRADICIONALMENTE CONSAGRADA

En la tradición jurídica portuguesa-brasileña —y en consonancia con otros ordenamientos (v. adelante)—, el acuerdo de arbitraje necesitaría ser invocado por el interesado (por regla, el demandado), ante el juez estatal, para que produzca su efecto negativo.

En su redacción original, el Código de Proceso Civil de 1973 preveía explícitamente como acuerdo de arbitraje sólo la figura del convenio arbitral (arts. 1.072 a 1.077). El Código Civil de 1916 —como ejemplo del actual— también se refería sólo al convenio arbitral (C. Civ./1916, art. 1.037 y siguientes; C. Civil/2002, art. 852 y siguientes).

El art. 301, VIII (renumerado como IX, en 1973, por la Ley n.º 5.925), indicaba que el «convenio arbitral» como una de las materias procesales que el demandado tendría la carga de alegarlo en su defensa. Y el §4º del art. 301 establecía —como todavía establece— que la existencia del convenio arbitral no podría ser conocida de oficio por el juez. En este contexto, tal dispositivo tomaba en cuenta la única modalidad de acuerdo de arbitraje albergada, entonces, en el ordenamiento. Para

que opere su efecto negativo, el acuerdo de arbitraje necesitaría siempre ser opuesto por la parte interesada.

Ésta también era la directriz consagrada en la vigencia del Código de Proceso Civil anterior, e incluso antes. A pesar de faltar previsión explícita, la doctrina concluía en que era necesaria oposición. Como escribía J.M. de Carvalho Santos: «Corresponde a la parte, desde que tenga interés, probar el convenio arbitral celebrado, y una vez probado el hecho, el juez deberá decidir que no le es posible sentenciar la controversia, sobre la cual las partes ya acordaron. Sin embargo, si ninguna de las partes alega la existencia del acuerdo, no se puede pretender anular la sentencia bajo el fundamento de la falta de competencia. Realmente, es preciso no olvidar que el convenio no resguarda sino los intereses privados de los litigantes, y que, por esto mismo, les es lícito renunciar a él, sea expresa o tácitamente».¹

3. LA LEY N.º 9.307/1996 Y LA TESIS DE QUE LA EXISTENCIA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL SERÍA CONOCIBLE DE OFICIO POR EL JUEZ

Como fue indicado, la Ley n.º 9.307/1996 expresamente previó, al lado del convenio arbitral, la cláusula arbitral como modalidad de acuerdo de arbitraje.

Por esto, la Ley n.º 9.307 alteró la redacción del inciso ix del art. 301 del CPC. El dispositivo pasó a referirse al «acuerdo de arbitraje», en lugar de «convenio arbitral», como una de las materias que al demandado le compete alegar preliminarmente en su contestación.

¹ Código Civil brasileiro interpretado, 10.ª ed., v. xiv, Río de Janeiro, Freitas Bastos, 1982 (reimp.), pp. 29-30. Aunque en términos menos enfáticos, ésta también era la orientación de Pontes de Miranda, que aludía a una *exceptio ex compromisso* que necesitaría ser «opuesta» en el juicio estatal (*Tratado de direito privado*, 3.ª ed., t. 26, São Paulo, RT, 1984 [2.ª reimp.], p. 331).

Sin embargo, el § 4º del mismo art. 301 no fue alterado. Continuó previendo que, «con excepción del convenio arbitral, el juez conocerá de oficio de la materia enumerada en este artículo».

Como el «acuerdo de arbitraje» abarca tanto el convenio arbitral como la cláusula arbitral, la consideración literal y aislada de este dispositivo, conduce a la idea de que la cláusula arbitral es cuestión que deba el juez conocer de oficio —al paso que el compromiso arbitral depende de una oportuna oposición—.

Ésta es, por ejemplo, la opinión de Carlos Alberto Carmona. Él sustenta la posibilidad de conocimiento *ex officio* de la cláusula arbitral. Para Carmona, la razón del supuesto régimen diferenciado, residiría en que «el legislador quería fortalecer la cláusula arbitral, por reconocer que esta modalidad de pacto arbitral, probablemente, acabará suplantando al convenio como fórmula introductoria del juicio arbitral».²

Esta orientación ya encontró algún eco en el Poder Judicial, aunque sin remisión expresa a tal fuente doctrinaria y, en el caso, revestido de significativas particularidades.³

² *Arbitragem e processo*. São Paulo: Atlas, 2009, 3.^a ed., pp. 485-485. En el mismo sentido, BAPTISTA MARTINS, Pedro. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Río de Janeiro: Forense, 2008, p. 418; MARCATO, Antonio Carlos. *Código de processo civil interpretado* (org. A.C. Marcato). São Paulo: Atlas, 2004, p. 937; ALBUQUERQUE PARENTE, Eduardo de. «Comentário a acórdãos». En *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 32, 2011, pp. 76 y 79.

³ TJRJ, Ap. Civ. n.º 25.140/2007, 16.^a Cám. Civl, v.u., Rel. Des. Ronald Valladares, j. 18.09.2007. Como fue dicho, el caso era peculiar. Se tramitaba en Suiza un arbitraje fundado en el mismo acuerdo de arbitraje. En cierto sentido, la decisión reputó que este hecho sería también indicativo de la ausencia de renuncia tácita al acuerdo de arbitraje. La tramitación del arbitraje en el exterior no inducía litispendencia (CPC, art. 90-v. adelante).

4. NECESIDAD DE OPOSICIÓN POR EL INTERESADO, EN CUALQUIER SUPUESTO

A pesar del brillo de sus defensores, diversos fundamentos desautorizan esta tesis.⁴

Ausencia de motivo razonable para la diferenciación entre el convenio y la cláusula arbitral en cuanto al aspecto en examen: la interpretación conforme a la Constitución.

No tendría sentido ninguna distinción, en el supuesto, entre la cláusula arbitral y el convenio arbitral. Ambos retratan una libre elección del arbitraje por parte de los justiciables.

La misma libre voluntad que ampara la celebración de cualquiera de los dos es responsable de su posterior ejercicio o de su no utilización —*en cualquiera de los casos*—. La fuerza vinculante del acuerdo de arbitraje se impone sólo en la medida en que una de las partes pactantes desee todavía hacerlo valer. Si ninguna de las partes lo quiere, el pacto pierde su eficacia.

Es una derivación necesaria de esta directriz la regla procesal que califica la existencia de acuerdo de arbitraje como impedimento de que el proceso judicial pueda ser alegado por la parte interesada —y no una cuestión de orden público conocible *ex officio*—.

Cuando la ley condiciona el conocimiento del acuerdo de arbitraje —en cualquiera de sus dos modalidades— a la alegación del interesado, está reconociendo que, así como las partes fueron libres para elegir el arbitraje, son libres para desistir de él. Al final, la parte que va al Poder

⁴ Traté del tema anteriormente en: Curso avanzado de processo civil (en coop. L.R. WAMBIER). São Paulo: RT, 2013, 13.^a ed., v. 1, pp. 224-226 (reiterando lo expuesto en las ediciones anteriores); *Direito processual concretizado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 344-348.

Judicial, en vez de hacer valer el acuerdo de arbitraje inequívocamente, está manifestando su voluntad en este sentido. Si la parte adversaria, al contestar, no alega haber pacto arbitral, está también exteriorizando su intención de mantener la disputa ante el Poder Judicial.

Si fuese dada al juez la facultad de conocer la cuestión de oficio, esto significaría que, incluso con las partes no deseando más el arbitraje, serían forzadas a someterse a él, por el solo hecho de que, en el pasado, manifestaron la intención de adoptarlo. Vale decir, en este supuesto —descartado— el acuerdo de arbitraje sería irrevocable por el común acuerdo entre las partes. Además, en otra perspectiva: si fuese así, el juez podría negar la tutela jurisdiccional, a pesar de que ninguna de las partes desea más la vía arbitral. Entonces, la posibilidad del conocimiento de oficio del acuerdo arbitral, *en cualquiera de sus dos modalidades*, implicaría una afrenta al derecho fundamental de libertad y a la autonomía de la voluntad (CF, art. 3, I, y 5, II), de un lado, y a la improrrogabilidad de la tutela jurisdiccional (CF, art. 5, XXXV), de otro.

Se insiste: no hay justificación para la distinción entre convenio arbitral y cláusula arbitral en cuanto a este punto. Los principios subyacentes al supuesto, ahora destacados, son los mismos en un caso y otro. Imponen, como única solución constitucionalmente legítima, la necesidad de alegación por la parte demandada.

4.1. *La directriz de equiparación de efectos de la cláusula y del convenio arbitral*

Tal conclusión es, además, reforzada por la directriz declaradamente asumida por la legislación brasileña, en el sentido de equiparar los efectos de la cláusula arbitral a los del convenio arbitral (Ley n.º 9.307/1996, art. 6).⁵

⁵ Revisar la Exposición de Motivos de la Ley n.º 9.307, firmada por el autor del proyecto de la ley, el Senador Marco Maciel (publicada en la *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 9, 2006, p. 319).

La paradoja de la atribución de mayor eficacia a la cláusula arbitral que al convenio arbitral.

Por lo demás, la diferenciación en los términos sugeridos por la exigencia meramente literal del art. 301 del CPC, implicaría una situación paradójica.

Es indiscutible que el convenio arbitral representa un acuerdo todavía más sólido y firme que la mera cláusula arbitral. Como ya hemos visto, mientras que aquél, desde luego, es suficiente para el inicio del arbitraje, ésta, en determinadas circunstancias, es inapta por sí misma para instaurar el juicio arbitral (cláusula vacía).

Entonces, ¿por qué, precisamente, la modalidad convencional revestida de menor solidez es que sería conocible de oficio? ¿Por qué, precisamente, ella implicaría una situación irrevocable para las partes —si aun el mismo convenio implica tal irrevocabilidad, conforme se extrae de la propia letra del § 4º del art. 301 del CPC?—.

Una interpretación que conduce a resultados irrazonables jamás puede ser prestigiada. Así, también por esto, cabe reconocer que ambas modalidades de acuerdo de arbitraje se someten al mismo régimen, en lo que respecta a su resciliación por fuerza de la no alegación en el proceso judicial.

4.2. La regla del art. 267, VII c/c §3

Además, la conjugación del inciso VII del art. 267 con el §3º del mismo artículo, brinda una confirmación más de este entendimiento.

El §3º del art. 267 indica fundamentos de «extinción del proceso sin juzgamiento del mérito», que deben ser conocidos de oficio por el juez. Alude a los incisos IV, V y VI del art. 267 —los dos primeros se refieren a presupuestos de constitución y desenvolvimiento válido y regular del proceso—; el inciso VI, a las condiciones de la acción. Pero, el

referido §3º no incluye el «acuerdo de arbitraje», supuesto del inciso VII del art. 267, entre los fundamentos conocibles de oficio.

4.3. La Convención de Nueva York

Por si eso no basta, la Convención de Nueva York es explícita en la indicación de necesidad de oposición del acuerdo de arbitraje por la parte interesada, en el proceso judicial. En los términos de su art. II, n.º 3: «El tribunal de un Estado signatario, cuando se le someta una acción relativa a una materia sobre la cual las partes hayan establecido un acuerdo en los términos del presente artículo, a pedido de una de ellas, encaminará a las partes al arbitraje, a menos que constate que tal acuerdo es nulo y sin efectos, inoperante o inexigible».

La Convención de Nueva York fue ratificada por el Brasil (Decreto n.º 4.311/2002) e integra, por lo tanto, el ordenamiento jurídico brasileño. Ella tiene por objeto nuclear el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Pero, la regla en cuestión, como otras contenidas en la Convención, tiene finalidad y alcance que no son limitables a los arbitrajes cuya sentencia final necesite ser homologada por la jurisdicción de otro país. Incluso, porque ésta es una necesidad que muchas veces no tiene cómo ser evaluada sino en el momento en que se dará efectos al laudo arbitral. Se trata, por lo tanto, de una regla aplicable a la generalidad de acuerdos de arbitraje.

4.4. El derecho comparado

Por lo demás, la necesidad de oposición del acuerdo de arbitraje —sea ella convenio o cláusula arbitral— es un aspecto invariablemente presente en los ordenamientos extranjeros (*v. gr.*, Portugal, art. 5 de la actual Ley de Arbitraje; España, art. 11 de la actual Ley de Arbitraje; Alemania, art. 1.032, n.º 1, de la ZPO, en los términos de la Ley de Arbitraje de 1998; Francia, CPC, art. 1.448 etc.). Es también lo que prevé, en su art. 8, n.º 1, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el

Derecho Comercial Internacional (Uncitral) sobre el Arbitraje Comercial Internacional.

No hay por qué suponer que entre nosotros sería diferente.

4.5. Resciliación tácita, cuando no hubiera oposición

En suma, el acuerdo de arbitraje, sea ella cláusula o convenio arbitral, necesita siempre tener su existencia opuesta por la parte interesada, para que evite el proseguimiento del proceso judicial.⁶

En una demanda judicial de conocimiento que verse sobre un objeto cubierto por acuerdo de arbitraje, la falta de oportuna alegación de existencia del acuerdo de arbitral por el demandado, implica la extinción de la eficacia negativa de la cláusula o convenio arbitral (aunque dentro de específicos límites objetivos y subjetivos). El acuerdo, aunque limitadamente, estará resciliado de modo tácito por las partes —asumiendo el juez estatal la plena jurisdicción para conocer aquel litigio y

⁶ Vasta doctrina ha apuntado la necesidad de oposición también de la cláusula arbitral: ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2005, v. 2, 9.^a ed., p. 324; CALMON DE PASSOS. *Comentários*. Río de Janeiro: Forense, 2001, v. III, 8.^a ed., p. 273; DIAS FIGUEIRA Jr., Joel *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: RT, 1999, 2.^a ed., p. 194; FREITAS CÂMARA, Alexandre. *Arbitragem: Lei n.º 9.307/96*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2005, 4.^a ed., pp. 41-42; GRECO, Leonardo. «Os atos de disposição processual: primeiras reflexões». En *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem a Teresa Arruda Alvim Wambier*. (José Miguel García Medina e outros). (coords.) São Paulo: RT, 2008, p. 298; SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, t. I, p. 147; FICHTNER, J.A. e A.L. MONTEIRO. *Temas de arbitragem: primeira série*. Río de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 35 y ss.; GUERREIRO, L. Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 128; CAHALI, Francisco. *Curso de arbitragem*. São Paulo: RT, 2011, p. 129; RANGEL DINAMARCO, Cândido. *Arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 92-93, entre otros. Em la jurisprudencia: TJRJ, Ap. Civ. n.º 0000356-96.2010.8.19.0209, 6.^a Cám. Civ., v.u., Rel. Des. Sebastião Bolelli, j. 11.05.2011; TJPR, 15.^a Cám. Cível, v.u., Rel. Des. H. L. Swain F., j. 30.03.2011.

quedando eliminada la caracterización de cualquier defecto en el proceso judicial—.

El supuesto no es propiamente de renuncia, sino de *resciliación*: extinción (aunque limitada) del acuerdo de arbitraje por manifestación de voluntad (aunque tácita) de ambas partes del negocio jurídico arbitral.⁷

Nótese que la consecuencia ahora destacada incide en su plenitud, en relación a las acciones cognitivas. Las acciones de ejecución y de tutela de urgencia se someten parcialmente a otros parámetros, que no cabe ahora examinar (ver, respectivamente, STJ, REsp 944.917 y STJ, REsp 1.297.974).

5. IMPEDIMENTO Y NO PRESUPUESTO PROCESAL; EXCEPCIÓN Y NO OBJECCIÓN: IMPLICANCIAS

Ya que depende de la alegación de la parte para ser conocida, la existencia de acuerdo de arbitraje constituye una *excepción procesal*. Excepciones son las defensas que no pueden ser conocidas de oficio. Se contraponen a las objeciones, que son defensas conocibles *ex officio*. En lo que respecta a la objeción, «el demandado tiene la carga relativa de alegarla»; mientras que en la excepción, «la carga es absoluta».⁸

La excepción no sólo necesita ser opuesta, sino también serlo en el momento oportuno. El demandado tiene la carga de oponer la existencia de arbitraje en la contestación, como defensa preliminar al mérito (CPC, art. 301). Si no lo hace, ocurre en el plano del proceso la preclusión temporal (CPC, art. 183). La repercusión externa, como ya se vio, es la resciliación tácita del acuerdo de arbitraje.

⁷ Véase al respecto, TALAMINI, *Direito processual concretizado*, cit., pp. 348-350.

⁸ CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2001, 17.^a ed., p. 274.

De este modo, no se puede decir que el acuerdo de arbitraje constituya un presupuesto procesal negativo —tal como lo son la cosa juzgada y la litispendencia—. El hecho de haber acuerdo de arbitraje no es por sí solo un factor de invalidez de la relación procesal judicial. El acuerdo de arbitraje sólo repercute sobre la validez del proceso judicial si fue opuesto por la parte interesada.

Los presupuestos procesales se caracterizan, precisamente, porque su carencia constituye de modo autónomo y directo un obstáculo externo a la validez de la relación procesal. Por esto, son conocibles de oficio (CPC, art. 267, §5º).

El acuerdo de arbitraje sólo obstará el proseguimiento válido del proceso judicial si fue oportunamente suscitado. Por lo tanto, el acuerdo de arbitraje funciona como un *impedimento procesal*. Tal categoría es identificada por la doctrina alemana, que la diferencia de los presupuestos procesales. Como escribió Friedrich Lent, «al lado de los presupuestos procesales, cuya falta debe ser conocida de oficio, existen otros, cuya falta —aunque conduciendo siempre a la extinción del proceso— puede ser conocida sólo por iniciativa del demandado. Se habla, a propósito, de *impedimentos procesales* (*Prozesshindernisse*)». ⁹ Pero, esta categoría normalmente no es considerada por la doctrina brasileña. ¹⁰

Enseguida, Lent observaba que, entre los ejemplos de impedimentos procesales, «el único importante desde el punto de vista práctico, es

⁹ Diritto processuale civile tedesco: parte prima (trad. E. Ricci, da 9.ª ed. Alemã). Nápoles: Morano, 1962, p. 133. Esta noción es repetida por Othmar Jauernig, en la actualización y ampliación que hace de la obra de Lent (*Direito processual civil* [trad. F. Silveira Ramos, da 25.ª ed.], Coimbra, Almedina, 2002, p. 187). En la misma línea, está la lección de Stefan Leible (Proceso Civil alemán, Medelim, Bib. Jur. Diké/Konrad Adenauer Stiftung, 1999, pp. 161-162).

¹⁰ Hay notables excepciones: MARQUES, Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1980, 5.ª ed., v. II, pp. 130-131; CALMON DE PASSOS, *Comentários...*, cit., pp. 277-278.

aquél derivado del contrato de convenio arbitral». ¹¹ La mención sólo al convenio arbitral, no significaba que él pretendiese calificar la cláusula arbitral como presupuesto procesal. Derivaba, meramente, del hecho de que el derecho alemán de entonces, a ejemplo del anterior derecho brasileño, se valía solamente de esta denominación para indicar de modo genérico el acuerdo de arbitraje, en cualquiera de sus modalidades.

La invalidez acarreada por la falta del presupuesto procesal constituye un defecto que puede ser conocido en cualquier momento del proceso. Incluso, ni siquiera cuando la sentencia del mérito de la cuestión es irrecurrible, se sepulta definitivamente este vicio. Podrá todavía caber acción para anular la sentencia firme (acción rescisoria), siempre que sean cumplidos los requisitos de esta vía impugnativa.

El hecho cuya alegación es apta para constituir impedimento procesal, sólo asume relevancia para el proceso (y para afectar su validez), en la medida en que sea oportunamente alegado. La potencialidad del efecto desaparece sin la oportuna alegación. Hay así una convalidación propiamente dicha. ¹²

De este modo, si la existencia del acuerdo de arbitraje no fue suscitada, ella no podrá constituir después un fundamento para anular el resultado del mérito del proceso judicial. Para que la cuestión pueda ser invocada como motivo para la anulación de esta sentencia, será imprescindible, además de los presupuestos específicos de la acción para anular la sentencia firme (acción rescisoria), que la parte interesada haya opuesto el defecto y que éste no haya sido considerado.

¹¹ *Diritto processuale...*, cit., p. 133. Jauernig, en la actualización indica ser el único ejemplo ahora vigente (*Direito processual...*, cit., p. 187). Leíble también cita el acuerdo de arbitraje como ejemplo de impedimento (*Processo civil...*, cit., p. 161).

¹² TALAMINI, «Nota sobre a teoria das nulidades no processo civil». En *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 29, 2005, p. 46.

6. EL PROYECTO DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCESO CIVIL

En la propuesta del nuevo CPC que se tramita en el Congreso Nacional, se elimina cualquier duda respecto al tema.

El art. 327, §4º, del Proyecto de Ley del Senado n.º 166/2010, en la versión del sustituto encaminado a la Cámara de los Diputados, de modo preciso, alude al «acuerdo de arbitraje», al indicar las materias de defensa que no pueden ser conocidas de oficio por el juez. Idéntica redacción había sido adoptada en la versión original del proyecto (art. 338, §4º).

En la versión preliminar del proyecto —ampliamente modificado— que está en discusión en la Cámara, la oposición de la existencia del acuerdo de arbitraje pasa a tener un reglamento específico y detallado (arts. 345 a 350), y queda clara la inviabilidad de conocimiento *ex officio* de tal defensa por el juez. En los términos del art. 349 del proyecto en la Cámara: «La existencia de acuerdo de arbitraje no puede ser conocida de oficio por el órgano jurisdiccional». El art. 350, a su vez, contiene la siguiente disposición: «La ausencia de alegación de la existencia de acuerdo de arbitraje en la forma prevista en este capítulo, implica la aceptación de la jurisdicción estatal y renuncia al juicio arbitral».¹³

7. RÉGIMEN DIVERSO, CUANDO YA HUBIERA ARBITRAJE INTERNO INSTAURADO O LAUDADO

Cambian los parámetros de la cuestión, si, en vez de la simple existencia del acuerdo de arbitraje, ya se hubiera instituido con base en el propio arbitraje interno (*i.e.*, con previsión de emisión del laudo en el Brasil).

¹³ Sustituto, presentado por la comisión destinada a emitir opinión sobre el Proyecto de Ley n.º 6.025, de 2005, y del Proyecto de Ley n.º 8.046 de 2010.

En este supuesto, el obstáculo al proceso judicial que versa sobre el mismo objeto, no devendrá sólo del acuerdo de arbitraje, sino de la propia pendencia de la demanda, en la vía arbitral, entre las mismas partes y relativa al mismo objeto.

Habrà, entonces, litispendencia —defecto conocible de oficio—, verdadero presupuesto procesal negativo (CPC, art. 267, v y §3º, y art. 301, v y §§1º al 4º).

Lo mismo se diga si la controversia ya hubiera sido resuelta por laudo arbitral del mérito emitido en el Brasil o aquí homologado. A partir de ahí el obstáculo al proceso judicial entre las mismas partes y relativo al mismo objeto litigioso, es la cosa juzgada arbitral, que también constituye presupuesto procesal negativo, conocible de oficio (Ley n.º 9.307/1996, art. 31 c/c CPC, art. 267, v e §3º, y art. 301, vi y §§1º al 4º).

Pero aquí, además, cabe señalar una excepción a la excepción: si el arbitraje en curso tiene previsión de emisión de laudo en el exterior, no hay que hablar de litispendencia, en cuanto no hubiera homologación del laudo arbitral extranjero por el Tribunal Superior de Justicia (CPC, art. 90). En este supuesto, la tramitación del proceso judicial en el Brasil con las mismas partes y objeto, sólo podrá ser impedida por la oportuna alegación de la existencia del acuerdo de arbitraje.

PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO ARBITRAL: BREVES REFLEXIONES

*Edson Isfer y Mayara Roth Isfer**

Sumario: 1. Introducción.— 2. El principio de la autonomía de la voluntad-nociones iniciales.— 2.1. Autonomía de la voluntad: construcción y contenido.— 2.2. Trazos contemporáneos de la autonomía de la voluntad.— 3. Autonomía de la voluntad y proceso arbitral.— 3.1. Autonomía y arbitraje: la elección de un medio paraestatal de resolución de conflictos.— 3.2. La construcción del arbitraje y los poderes de elección.— 3.3. Limitaciones y restricciones al principio.— 4. La influencia de la autonomía de la voluntad en los principios del arbitraje doméstico.— 4.1. Aspectos generales.— 4.2. La flexibilidad de procedimiento.— 4.3. La buena fe.— 4.4. La oralidad.— 5. Consideraciones finales.— 5. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

Desde el Brasil ochocentista, ya se conocían las formas estatal y no estatal de solución de conflictos. El Reglamento n.º 737, legislación

* Edson Isfer, Abogado por la Pontificia Universidad Católica de Paraná. Profesor en la Universidad Federal de Paraná y la Pontificia Universidad Católica de Paraná. Autor del libro Sociedades unipersonales y empresas individuales de responsabilidad Limitada. Socio del Estudio Felipe, Gómez & Isfer Sociedad de Abogados. Mayara Roth Isfer, Abogada por la Universidad Federal de Paraná, con Maestría en Derecho Comercial por la Universidad de São Paulo. Mayara Roth Isfer, Abogada por la Universidad Federal de Paraná, con Maestría en Derecho Comercial por la Universidad de São Paulo.

contemporánea al Código Comercial de 1850; por ejemplo, preveía la posibilidad de solución no estatal de los conflictos entre comerciantes.

Se puede decir, sin embargo, que durante décadas esa posibilidad quedó relegada al olvido, habiendo vuelto a brillar actualmente, sea en razón de la superpoblación del sistema judicial, sea debido a la especialidad de las disputas que habían surgido.

En términos de soluciones no estatales, se puede trabajar con la transacción, la mediación y el arbitraje.

No obstante, las ventajas que esos medios tienen que ofrecer, notablemente el arbitraje, no se resumen a la menor cantidad de demanda (con la consecuente aceleración de juzgamiento), o a la posibilidad de especialistas como juzgadores.

De hecho, el arbitraje no puede ser entendido como una alternativa subsidiaria, porque casi todos los que lo utilizan lo consideran como único medio de solución de litigios. En otras palabras, son las particularidades inherentes al arbitraje que deben ser observadas en el momento de su elección.

Y lo que aquí se busca es describir el arbitraje a partir de un elemento que lo hace particular en relación a los demás métodos de composición de litigios.

Este elemento distintivo del arbitraje es la autonomía de la voluntad, vista como principio incidente en toda la relación arbitral.

En el primer capítulo, serán abordadas algunas nociones generales sobre el principio de la autonomía de la voluntad; se hará un rescate histórico, con el objetivo de verificar cómo se dio la construcción de su contenido. Al final del capítulo, se hará una breve investigación sobre cómo la doctrina considera tal principio contemporáneo, especialmente en el ámbito del derecho civil brasileño.

En el capítulo siguiente, será demostrada de qué forma la autonomía de la voluntad se refleja en el ámbito del arbitraje. Para ello, primeramente, se busca describir de qué forma el principio ahora en discusión, es absolutamente esencial para el proceso de selección del arbitraje como modo de solución de conflictos.

En segundo lugar, el capítulo se centrará en las dos elecciones que deben ser hechas por las partes, y que particularizan al arbitraje como medio de resolución de conflictos: la elección del procedimiento y la elección del juzgador.

Por último, serán abordados algunos de los límites a los poderes de elección inherentes a las partes en el arbitraje; y, por lo tanto, los límites también al principio de la autonomía de la voluntad. Tales límites, como será visto, están esencialmente relacionados, en el proceso arbitral nacional, con la necesidad de respeto a los preceptos constitucionales; y, en especial, al debido proceso legal.

En el tercer y último capítulo de este artículo, será analizado de qué forma la autonomía de la voluntad influye en todos los principios que ingresan al arbitraje. Algunos principios serán vistos de forma un poco más profunda, haciéndose siempre la relación con el tema central de este trabajo.

2. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD-NOCIONES INICIALES

2.1. Autonomía de la voluntad: construcción y contenido

Las cuestiones relativas a la autonomía de la voluntad no están relacionadas, exclusivamente, a la ciencia jurídica; muy por el contrario, los planos éticos, psicológicos, sociológicos, filosóficos y metafísicos; por ejemplo, tienen mucho que contribuir para el estudio de las posibles

concepciones de este principio.¹ Corresponde a este trabajo; sin embargo, adherirse al análisis de la idea de la autonomía de la voluntad frente al mundo del derecho, más específicamente al ámbito arbitral.

Históricamente, la noción de autonomía de la voluntad se remonta a los tiempos más remotos; en el derecho romano, la voluntad era considerada elemento esencial, en la medida en que «daba cuerpo al negocio jurídico».² Aunque en el derecho romano primitivo los contratos eran estrictamente formales, lo que llevaba a una interpretación objetiva de la voluntad, a partir de determinado período en el cual hay modificación en lo relativo a la forma de interpretación, la que pasa a ser preponderantemente subjetiva.

Sobre el asunto, diserta Strenger, mencionando a *Papiniano* y *Paulo*, que la verdadera intención de las partes era buscada, pero sólo en los casos en que el contrato que las involucraba generase dudas respecto a sus voluntades.³ Es posible señalar que, en los casos en que no era necesaria una declaración formal de la voluntad en el contrato, ésta podría, *e.g.*, ser expresada válidamente por medio de simples gestos, o incluso por medio del silencio.

Había gran evolución en lo que concierne a tal principio en el transcurso de los siglos, pero fue sólo con la obra de *Charles Dumoulin* (siglo XVI) que la verdadera doctrina de la autonomía de la voluntad, fue creada. Sus ideas giran en torno a la cuestión de la competencia legislativa en los contratos y surgieron a partir del caso de los «*époux de Gannay*». El objetivo de tal caso era saber si la comunidad establecida por la costumbre de París entre cónyuges que se habían casado sin firmar contrato, se debería extender a los bienes situados en una juris-

¹ STRENGER, Irineu. *Autonomia da vontade em direito internacional privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 1.

² STRENGER, p. 76.

³ Citando a STRENGER, Paulo expone: «Cuando en palabras no hay ninguna ambigüedad, no se debe admitir cuestionamiento sobre la voluntad» (p. 77).

dicción diferente, cuya organización no era la misma en relación a la costumbre de la ciudad.⁴

A partir de las ya mencionadas ideas, fue posible elaborar una teoría general en el siguiente sentido: aunque la comunidad fuese consuetudinaria, ésta era establecida en razón del consentimiento tácito de los cónyuges, ya que la costumbre, en un contrato, interviene como ley privada, objetivada por las partes, y no como ley pública; así, no debe estar sujeta a la regla de la territorialidad.

Aunque, de acuerdo con Strenger, la solución adoptada no sea perfecta, teniendo en cuenta que no es posible imaginar un contrato sin declaración de la voluntad —a pesar de ser un contrato tácito—, el objetivo real de *Dumoulin* fue de cierta forma alcanzado, ya que fue de su teorización que nació la idea de que la voluntad de las partes contratantes, tenía el poder de determinar la ley que rija la validez de sus efectos; estando esta voluntad expresa ausente, se presume que el contrato es regido por el derecho interno.⁵ Su teoría tuvo prevalencia y ganó fuerza, principalmente, en Francia.

Sucedieron a la teoría de *Dumoulin* las escuelas estatutarias, por casi tres siglos. De entre sus autores, destacó *Bretrand d'Argentré*, quien partió de la misma premisa de su antecesor: la de que todas las costumbres son territoriales, con excepción de los casos en que la persona atribuye el beneficio de la extraterritorialidad. Para él, sin embargo, los bienes no deberían ser afectados por esta regla aunque concuerde que en el caso del régimen matrimonial, incluso los bienes son regidos por la comunidad convencional, a pesar de que estén situados en territorio diverso.⁶

⁴ Sobre la solución trazada por *Dumoulin*, señala Strenger: «[...] la solución dada por Dumoulin fue en el sentido de asimilar al régimen explícitamente requerido aquél que sólo fue tácitamente o presuntamente deseado, atribuyendo al contrato tácito o presunto los mismos efectos extraterritoriales del contrato expreso» (p. 81).

⁵ STRENGER, p. 83.

⁶ STRENGER, p. 92.

A partir del siglo XVIII, las escuelas estatutarias caen en decadencia, surgiendo el período prelegal o precodicista. La racionalidad individualista se hace efectiva con toda la fuerza, en conjunto con las directrices lanzadas por el iusnaturalismo —considerado fuente subsidiaria del derecho positivo—. Sobre el tema, expone Strenger:

El racionalismo jurídico no es otra cosa sino la objetivación de la libertad. Es la libertad del hombre realizada racionalmente, considerándose el individuo como la única realidad, ocupando el centro de todo el sistema social e histórico, a punto de sacrificar el derecho público para los fines del individuo y transformarlo en los fines de los acuerdos privados derivados mediante contrato de derecho individual.

La teoría del contrato pasó a estar basada primordialmente en principios y valores como la autonomía privada, la libre creación de derechos subjetivos y el *pacta sunt servanda*. En ese período todavía pre-egal, la voluntad está absolutamente relacionada a su concepto subjetivista, estando, inclusive, prohibido al Estado, afectar de cualquier forma esa libertad individual, en favor de una libertad colectiva o social.

El propio derecho era entendido como libertad de actuar, y por medio de dos actos de voluntad es que las situaciones jurídicas eran creadas. En este período, son preponderantes los pensamientos de diversos autores, como *Rousseau* y *Kant*, por ejemplo.

El segundo de ellos, que teorizó durante un período de transición entre la prelegalidad y la legalidad, utilizó la idea de libertad para conceptualizar el derecho,⁷ y a partir de esta conceptualización diversos autores

⁷ Strenger, transmitiendo las enseñanzas de *Kant*, afirma que «[el] derecho implica coacción o constreñimiento y, por consiguiente, es el ejercicio de la libertad de cada uno limitada por la libertad de todos. Lo que es contrario al derecho es implícitamente un obstáculo a la libertad. La idea general del derecho implica, pues, la facultad de reprimir la violación de esa libertad y hacer respetar el derecho por la fuerza» (p. 101).

pasaron a elaborar tesis envolviendo el referido tema,⁸ las cuales demostraron las diversas vicisitudes de las cuales el principio de autonomía de la voluntad, sufrió en el transcurso de la historia.

2.2. Trazos contemporáneos de la autonomía de la voluntad

En la actualidad, gran parte de los autores civilistas que tratan del tema ahora en discusión, defiende la inaplicación de la idea de la autonomía de la voluntad, debiendo ésta ser sustituida por la noción de la autonomía privada. De acuerdo con éstos, la voluntad psíquica real del hombre, capaz de ejercer poder sobre las demás voluntades, no prevalecería más de la forma como prevaleció en el período revolucionario.

De acuerdo con Amaral, por ejemplo, la autonomía privada se distinguía de la autonomía de la voluntad en la medida en que la primera tendría la facultad de expresar «poder de la voluntad en el derecho, de modo objetivo, concreto y real», mientras que la segunda tendría «una connotación subjetiva, psicológica».⁹ De esta manera, de acuerdo con el autor, sólo tendría real relevancia para el derecho, aquella voluntad expuesta en el mundo concreto, y concedida, como poder, por el propio ordenamiento jurídico.

Perlingieri, de forma bastante semejante, también utiliza la concepción de la autonomía privada en detrimento de la autonomía de la voluntad; de acuerdo con el doctrinario:

⁸ Con el advenimiento de la codificación, las teorías ligadas a la autonomía de la voluntad, libertad y derecho, sufrieron modificaciones. *Hegel*, por ejemplo, hace diferenciación entre un concepto positivo y un concepto negativo de libertad; para él, sin embargo, la libertad no se agota en el derecho, siendo éste sólo su primer grado. *Laski*, de forma diversa, encara la libertad como un concepto estrictamente sólo negativo, ligado a la necesidad de limitación de la autoridad política, cuando eso se hace necesario. De acuerdo con Strenger, por lo tanto, la libertad es un concepto en constante mutación, acompañando las necesidades humanas (p. 104).

⁹ AMARAL, p. 77.

Se puede entender por «autonomía privada», en general, el poder, reconocido por el ordenamiento estatal a un individuo o a un grupo, de determinar vicisitudes jurídicas como consecuencias de comportamientos —en cualquier medida— libremente asumidos.¹⁰

El autor hace reserva, sin embargo, en el sentido de que, aunque la idea de autonomía privada sea constantemente relacionada al liberalismo económico, dicha concepción habría sido radicalmente alterada con el ordenamiento constitucional de 1988. A partir de esta nueva visión, la libertad no sería sólo económica, sino también de la persona humana, causando incluso que la propia iniciativa económica, necesite ser limitada.¹¹

A pesar de que admite que esta concepción de la autonomía privada no pueda ser contrariada de forma amplia, Strenger afirma que el principio de la autonomía de la voluntad no es enteramente falso; para él, eso significaría salir de un régimen de plena libertad y entrar en otro en el que el intervencionismo es la regla.¹²

Es relevante resaltar, con todo, que tal vez esta divergencia doctrinaria se deba a la temporalidad de cada doctrina. Esto porque, al defender la autonomía privada, Amaral y Perlingieri, por ejemplo, no extirpan la idea de la libertad de las partes, sino sólo la colocan como algo concedido o reconocido por el Estado. Vale decir, la concepción de que los contratantes sólo se adherirían a algo previamente formulado por el Estado, no va totalmente de encuentro a lo que los contemporáneos doctrinarios admiten como verdadero.

Por otro lado, Gomes, a pesar de utilizar la expresión autonomía de la voluntad, la conceptúa como «el poder de los individuos de suscitar,

¹⁰ PERLINGIERI, p. 17.

¹¹ PERLINGIERI, p. 17.

¹² STRENGER, p. 114.

mediante declaración de voluntad, efectos reconocidos y tutelados por el ordenamiento jurídico». ¹³

De cualquier modo, es un hecho que la mayor parte de los autores dedicados al derecho arbitral, queriendo significar este principio que se aplica de forma tan intensa en el derecho de los contratos, tiende a utilizar con más frecuencia la expresión *autonomía de la voluntad*.

De esta manera, con el objetivo de sistematizar el trabajo, es ésta la expresión que será aquí utilizada; además, no se hará distinción clara entre la autonomía de la voluntad y el principio de derecho internacional de la *party autonomy*, teniendo en vista que el presente artículo pretende abarcar, sin pretensiones de escapar del tema, el derecho arbitral como un todo, y no exclusivamente nacional.

En conclusión, en relación a estos aspectos generales del principio en discusión, es válido añadir que, de acuerdo con Amaral, este tema ha sido objeto de revisión crítica intensa, lo que hizo que su campo de actuación disminuyese de forma evidente, permaneciendo, con todo, como principal categoría en el área de contratos. Por otro lado, siguiendo al doctrinario,

El proceso de la globalización de la economía y el de la mundialización de la cultura, con el uso creciente de los modelos contractuales, y el reconocimiento de una pluralidad en las fuentes del derecho en los medios de composición de conflictos (*v.gr.* el arbitraje) apuntan al recrudecimiento de su importancia. ¹⁴

Así, como será visto adelante, la autonomía de la voluntad está en el corazón de la propia idea del arbitraje, llegando Lemes a exponer que este principio constituye la propia esencia de esta vía de solución de litigios. ¹⁵

¹³ GOMES, p. 22.

¹⁴ AMARAL, p. 80.

¹⁵ LEMES, pp. 73-89.

3. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y PROCESO ARBITRAL

3.1. Autonomía y arbitraje: la elección de un medio paraestatal de resolución de conflictos

Inicialmente, se hace necesario percibir que las soluciones de los conflictos no se agotan y nunca se agotarán en el Poder Judicial. El juicio estatal es, con toda certeza, el principal medio de composición de los litigios, pero no es el único.

El primer método de solución de conflictos, utilizado con gran frecuencia por los pueblos en el devenir de la historia, es la autotutela. Ésta consiste en el ejercicio violento de las propias razones, siendo la propia parte quien resuelve el litigio, sin el auxilio de un tercero. En la actualidad, sin embargo, la autotutela está prohibida, teniendo en cuenta el monopolio del Estado sobre el poder jurisdiccional.¹⁶ Hay excepciones, como, por ejemplo, los casos de defensa posesoria extrajudicial y la legítima defensa.

Una segunda modalidad que puede ser aquí comentada, son las soluciones consensuales, negociadas, en las cuales hay un ajuste recíproco entre las partes en conflicto. Éstas son las llamadas vías autocompositivas,¹⁷ ya que hay común acuerdo entre las partes. Insertados en este tipo de medio de resolución, puede haber tanto casos en que las partes no

¹⁶ De acuerdo con Silva [2000], el monopolio jurisdiccional es el responsable del crecimiento avasallador del Estado moderno; para él, la verdadera jurisdicción sólo surgió cuando el Estado asumió una posición de mayor independencia en relación a los valores religiosos, por ejemplo, asumiendo un poder en relación al control de la sociedad. Con el fin de conceptualizar la jurisdicción, bastante ilustrativa es la doctrina de Chiovenda seguida por el autor, según la cual la jurisdicción tendría un carácter sustitutivo, el cual derivaría necesariamente del hecho de que el Estado tiene su monopolio. En ese sentido, la actividad del Estado sería siempre secundaria en relación a una actividad primaria de los particulares, prohibida por el propio Estado. Y esta actividad, específicamente, que es la autotutela, o ejercicio violento de las propias razones (pp. 23-41).

¹⁷ COSTA, p. 27.

necesitan del auxilio de un tercero para facilitar la negociación,¹⁸ como casos en que este tercero es esencial.¹⁹

Están, por último, los medios heterocompositivos,²⁰ los cuales pueden ser definidos como aquéllos adoptados cuando las propias partes no dan solución del conflicto, sino que confían el resultado a un tercero. Éste puede ser tanto un particular —en el caso del arbitraje— como la autoridad estatal, detentadora del poder jurisdiccional.

Admitiendo esta premisa inicial, de que más allá de la sumisión del conflicto al Estado, las partes pueden buscar otras formas diversas de solucionarlo, es posible, desde luego, percibir que la simple posibilidad de elección de uno de esos medios alternativos, ya denota la gran importancia del principio de la autonomía de la voluntad.

¹⁸ La negociación directa por las partes es normalmente denominada transacción. De acuerdo con Garcez, éste sería «el más eficaz y radical método para la solución de cualquier problema, pues, en primer lugar, siendo personalísimo, preserva la autonomía y autenticidad de los negociadores en la solución de sus propios conflictos, no existiendo nada más adecuado y duradero que una solución autonegociada» (p. 1).

¹⁹ En los casos en que el auxilio de un tercero es esencial, éste puede ser tanto un particular, llamado mediador —habiendo en esos casos mediación— como el juez o su auxiliar —debiéndose hablar en conciliación—. En la primera, de acuerdo con Garcez, las partes son ellas mismas autoras de la decisión, mientras que el mediador sólo las aproxima, haciendo que ellas puedan comprender las circunstancias del problema existente y aliviarse de presiones irracionales y del nivel emocional elevado, que les obstruye la visión realista del conflicto [...]» (p. 39). Sobre las técnicas de mediación, ver Bacellar. La conciliación es actualmente prevista en nuestra codificación procesal civil, pudiendo el juez intentarla en cualquier tiempo (artículo 125, iv, CPC). Además, si la causa versa sobre derechos transigibles, el juez tiene la obligación de establecer audiencia específica para la conciliación, en los términos del artículo 331 del CPC, sólo pudiendo continuar el proceso si aquélla no fue obtenida. En estos términos, de acuerdo con Marinoni y Arenhart, «el juez no tiene la posibilidad de dispensar la audiencia preliminar con base en simples impresiones subjetivas de las circunstancias de la causa. [...] es necesaria la consulta a las partes respecto de la posibilidad de conciliación» (pp. 248-249).

²⁰ COSTA, p. 28.

En lo que respecta al arbitraje, ésta es un medio alternativo de resolución de litigios que, al menos en el Brasil, sirve para resolver disputas envolviendo derechos patrimoniales y disponibles²¹ de esas personas capaces y que optaron por este medio en cláusula compromisoria o compromiso arbitral.²²

El principio de la autonomía de la voluntad ya está presente en este concepto más básico, al encuentro de lo arriba expuesto. Ello porque, primeramente, someter los conflictos al arbitraje, no es una obligación o un deber de las partes, sino una elección. Y la consecuencia directa de este hecho, es que ella no puede ser utilizada.

Vale decir, si las partes no hubieran previamente contratado por el arbitraje y una de ellas no concuerda en someter su conflicto a este medio, ella puede oponerse, debiendo la demanda ser propuesta en el ámbito del Poder Judicial. Eso significa que el arbitraje no es la regla, sino la excepción, que debe ser contratada o elegida, de común acuerdo, para que tenga incidencia.

Esta diferencia, estrictamente relacionada al principio de la autonomía de la voluntad, es una de las esenciales entre el arbitraje y el juicio estatal. Como bien expone Alvim:

Aunque los árbitros y jueces togados ejerzan una actividad con idéntica finalidad (resolver el litigio),²³ su posición en el sistema

²¹ En estos términos dispone el artículo 1.º de la Ley Brasileña de Arbitraje: «Las personas capaces de contratar podrán valerse del arbitraje para dirimir litigios relativos a derechos patrimoniales disponibles».

²² Como concepto previo, Carmona [1993] ya informa: «El arbitraje de forma amplia, es la técnica para la solución de controversias a través de la intervención de una o más personas que reciben sus poderes del convenio privado, decidiendo con base a este convenio, sin intervención del Estado, estando la decisión destinada a asumir la eficacia de una sentencia judicial».

²³ En este punto, se hace necesario trazar una pequeña reserva. Aunque el mencionado autor defienda que los objetivos del arbitraje y del juicio estatal son los

jurídico es diversa, pues, mientras que el arbitraje depende de la voluntad de las partes, la jurisdicción estatal prescinde de ella, o, por lo menos, de una de ellas.²⁴

Y con base a esa diferencia la doctrina explicó el efecto negativo del arbitraje o del convenio arbitral, caracterizado como renuncia o revocación de la jurisdicción estatal. Al lado de este efecto negativo, hay diversos efectos positivos, siendo el más importante de ellos, de acuerdo con el citado doctrinario, «la obligación de las partes, de conceder a los árbitros los litigios previstos en el convenio arbitral del arbitraje».²⁵

En lo que concierne a la modalidad de elección del arbitraje, ésta se puede dar, de acuerdo con el artículo 3.º de la legislación arbitral brasileña, de dos formas: o por medio de la cláusula compromisoria²⁶

mismos, no me aúno a esta opinión. Teniendo en cuenta el carácter publicista del proceso, el Estado, diferentemente de lo que ocurre en relación a los tribunales arbitrales o a las instituciones arbitrales, posee un interés propio en el resultado del proceso, resultado que atiende a los objetivos de pacificación social y bienestar de la sociedad. Sobre este carácter público que permea a la jurisdicción estatal, Santos indica que: «Efectivamente la concepción publicista del proceso, conforme a la cual éste es un instrumento de la jurisdicción, y no simple instrumento de las partes, como lo concebía la teoría privatista, alargó de sobremana los poderes del juez, con el fin de ponerlo en condiciones de permitirle dirigir el proceso para el fin al cual se destina» (p. 325).

²⁴ ALVIM, p. 116.

²⁵ ALVIM, p. 116. Sobre los demás efectos positivos, expone el autor: «El efecto es superado por numerosos efectos positivos del convenio arbitral, siendo el primero de ellos la atribución a los árbitros de competencia sobre la controversia; el segundo ve, en el convenio arbitral, la fuente de una obligación de las partes de someter la controversia a los árbitros; un tercer efecto sería la derogación de la “competencia” de la autoridad judicial, no de la jurisdicción; por último, un cuarto efecto estaría en la interrupción de la prescripción» (pp. 117-118).

²⁶ Según Carmona [2004], después de que el legislador brasileño abandonó el modelo clásico francés, según el cual la cláusula compromisoria no necesitaba del compromiso arbitral posterior para ser efectiva, hoy ésta puede ser entendida como «un negocio jurídico procesal, donde la voluntad de las partes produce, desde luego, efectos en relación al proceso (pp. 102-103). De acuerdo con Martins, por ejemplo, que conceptualizó la cláusula compromisoria anteriormente

o por medio del compromiso arbitral —ambas entendidas, de manera general, como convenio arbitral—. Sin embargo, como ya se ha afirmado, es absolutamente necesario que una cosa u otra sea hecha para que la renuncia al juicio estatal ocurra.

La necesidad del convenio arbitral del arbitraje para que ésta incida, no es una regla propia del derecho brasileño; por el contrario, ella se remonta a los propios orígenes del proceso arbitral moderno. En ese sentido, expone Redfern y Hunter que el acuerdo de las partes en someter sus disputas al juicio arbitral, es la piedra de toque del arbitraje moderno.²⁷

De acuerdo con los autores, el convenio demuestra de forma clara y precisa, que las partes consintieron en resolver sus disputas por medio del arbitraje.²⁸ En efecto, este acuerdo nada más es la materialización de la autonomía de la voluntad de las partes, lo que reafirma la esencialidad del principio ahora en discusión. Además, sin ese elemento que demuestra el consentimiento, no puede existir un arbitraje válido.²⁹

al advenimiento de la nueva ley, ésta sería «una obligación de hacer, asumida por los pactantes, que se responsabilizan por emitir nueva declaración cuando al surgimiento de la controversia, que se consubstanciará en la subscripción del compromiso [...]» (p. 46). De cualquier modo, la diferencia entre los dos institutos, actualmente, está en el momento de su formación. Mientras que la cláusula compromisoria es insertada en el propio instrumento negocial, como un pacto preventivo, el convenio es el pacto por el cual las partes someten a arbitraje la solución de un conflicto ya existente entre ellas; él se da; sin embargo, en un momento posterior al surgimiento del conflicto.

²⁷ Según los autores [1986], «un acuerdo de las partes para someter cualquier disputa entre ellos al arbitraje es la roca fundacional del moderno arbitraje comercial internacional» (p. 3).

²⁸ REDFERN; HUNTER [1986], p. 4.

²⁹ Esto es verdadero tanto para los arbitrajes internacionales, como para internos. En el Brasil, esta regla fue materializada por medio del artículo 32, II de la Ley Brasileña de Arbitraje.

Demostrada la absoluta importancia de la autonomía de la voluntad para la elección de un medio paraestatal de resolución de conflictos, notablemente el arbitraje, serán exploradas, en el próximo capítulo, algunas de las demás implicaciones que el mencionado principio genera en el ámbito del procedimiento arbitral.

3.2. La construcción del arbitraje y los poderes de elección

a) Elección del procedimiento y el derecho aplicable

La autonomía de las partes incide, de forma bastante acentuada, en lo que concierne al procedimiento a ser aplicado por los árbitros en el desenvolvimiento del arbitraje, así como en lo relativo al derecho según el cual será juzgado el mérito de la disputa.³⁰ Diferentemente de lo que usualmente ocurre en el ámbito estatal, en el arbitraje las partes eligen qué reglas incidirán en la resolución de su caso.

El Brasil prevé esta posibilidad de forma expresa, primeramente, por medio del artículo 2 y párrafos de la Ley Brasileña de Arbitraje, que disponen:

Art. 2.º El arbitraje podrá ser del derecho o de equidad, a criterio de las partes. § 1.º Las partes podrán escoger, libremente, las reglas de derecho que serán aplicadas en el arbitraje, siempre que no haya violación a las buenas costumbres y al orden público. § 2.º Las partes podrán, también, convenir que el arbitraje se realice en base a los principios generales del derecho, a los usos y costumbres y a las reglas internacionales de comercio.

³⁰ Resaltando la incidencia del principio en discusión, Almeida: «En el derecho brasileño, en el que la autonomía de la voluntad todavía es principio controvertido en el derecho internacional privado, la Ley de Arbitraje decidió tomar un claro partido en favor del principio, consagrándolo en términos indudables y alejando, así, cualquier duda que pudiese persistir sobre su intención liberalizadora» (p. 156).

Según tal regla, las partes son libres para determinar, de común acuerdo, la forma cómo los árbitros deberán analizar su litigio, pudiendo inclusive determinar que el juzgamiento deba ser hecho por equidad. En ese aspecto, de acuerdo con Carmona, el legislador habría ido en contra de la alternativa acogida por la Ley de Introducción al Código Civil, ya que la priorización de la autonomía de la voluntad, pudiendo las partes ejercer de forma absolutamente libre la elección de la legislación a la cual se quieran someter, no fue el método allí utilizado.

Así, destaca el autor que «las partes pueden escoger la vía arbitral no sólo para evitar la solución judicial de los conflictos, sino más especialmente para que puedan seleccionar la ley material aplicable en la eventualidad del litigio, lo que es especialmente importante en el campo del comercio internacional».³¹

En cuanto a la posibilidad de elección del procedimiento adoptado, la Ley Brasileña de Arbitraje dispone expresamente en su artículo 21:

El arbitraje obedecerá al procedimiento establecido por las partes en el convenio arbitral, que podrá referirse a las reglas de un órgano arbitral institucional o entidad especializada, facultándose, también, las partes a delegar al propio árbitro, o al tribunal arbitral, regular el procedimiento.

Es necesario darse cuenta, por lo tanto, de que las reglas arbitrales formales pueden ser escogidas por las partes. Tal vez sea éste uno de los aspectos más interesantes en lo que se refiere a la elección del arbitraje como medio de composición, especialmente, en la actualidad.

En el momento histórico por el cual nuestro país está pasando, en que el derecho de acción no se resume más a la posibilidad de algunos de que sus conflictos sean apreciados por el Poder Judicial, pasando a ser un

³¹ CARMONA [2004], p. 76.

derecho de todos,³² nuestro sistema se encuentra saturado, lo que hace que ciertas características ideales —como, por ejemplo, una verdadera incidencia del principio de oralidad— no puedan darse en el caso concreto.

En estos términos, la elección del arbitraje permite de forma todavía más intensa, que la autonomía de la voluntad se concretiza en el mundo real, posibilitando a las partes escoger ser juzgadas con cautela, plena apreciación de las pruebas y un número elevado de audiencias.³³

La forma de elección del procedimiento, no sólo en Brasil, sino también en relación a los arbitrajes internacionales, lleva a la división entre dos tipos de arbitrajes: los arbitrajes institucionales, y los arbitrajes *ad-hoc*. En las segundas, el arbitraje tiene como «sujetos» sólo a las partes y al tribunal arbitral, estableciendo, normalmente después del inicio de la disputa, la determinación del procedimiento, inclusive de organizaciones internacionales no-comerciales, como por ejemplo, las reglas de arbitraje de la Uncitral.³⁴

Ya en el caso de arbitrajes institucionales, hay un tercer elemento, la institución responsable de administrar el procedimiento. Es válido resaltar que el tribunal arbitral no tiene ningún vínculo con la cámara; él no juzga el litigio, sino al pactar con la institución, ya adopta su reglamento.³⁵

³² Sobre el tema, Marinoni.

³³ Téngase conciencia de que muchas veces estos criterios no son seguidos en la práctica. Sin embargo, vemos que el arbitraje comprende esa posibilidad de elección como algo a ser alcanzado de forma efectiva en, al menos, algunos casos.

³⁴ Sobre los arbitrajes *ad-hoc* REDFERN y HUNTER [1986]: «El arbitraje *ad-hoc* es llevado a cabo bajo reglas de procedimiento que son adoptadas para el propósito del arbitraje, normalmente después de que una disputa ha surgido. Esas reglas de procedimiento pueden ser aquellas elaboradas por una de las organizaciones internacionales no-comerciales [...]. Alternativamente, ellas pueden ser elaboradas por las partes, o por el tribunal arbitral, o por alguna combinación de los dos» (p. 8).

³⁵ REDFERN; HUNTER [1986], p. 9.

De esta manera, en el caso de los arbitrajes institucionales, las partes pueden establecer en la cláusula compromisoria o compromiso arbitral, un procedimiento, y las reglas de la institución se aplican en lo que no fuera contrario a lo estipulado por las partes.³⁶

Como el derecho comparado, de acuerdo con Lee, «el principio que determina que las partes pueden escoger las reglas aplicables al procedimiento es ampliamente aceptado», centrándose el autor, especialmente, en los países del Mercosur.³⁷ Además de los países de ese bloque, este principio es mundialmente aplicado en lo que respecta al derecho arbitral, habiendo sido, inclusive, adoptado por el Instituto Internacional de Derecho.³⁸

Según lo mencionado por el autor, en caso las partes no escojan las reglas formales aplicables, los países de este bloque económico adoptan dos posibilidades distintas: el poder de los árbitros para determinar las normas aplicables o el retorno a la ley de la sede del tribunal arbitral.

La primera de esas posibilidades es, con certeza, la más utilizada por los países del Mercosur, habiendo sido, inclusive, enumeradas por nuestro legislador (parágrafo 1.º del artículo 21 de la Ley Brasileña de

³⁶ Sobre la inclusión del principio de la autonomía de la voluntad en las reglas de las instituciones arbitrales, Fouchard, Gaillard y Goldman: «El principio de la autonomía de las partes también aparece en muchas reglas de arbitraje institucional. Sin embargo, como esas reglas son sólo vinculantes en virtud de las intenciones de las partes, su reafirmación del principio de la autonomía asciende a no más que a una afirmación de las partes mismas de su propia autonomía. Estrictamente hablando, sólo el derecho nacional puede proveer la base de la autonomía de las partes y determinar las condiciones y límites dentro de los cuales pueden ser ejercidos» (p. 786).

³⁷ LEE, p. 147.

³⁸ En ese sentido, FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN: «La mayoría de las leyes de arbitraje reconocen el principio de la autonomía de las partes en términos similares. La resolución adoptada por el Instituto Internacional de Derecho en septiembre 12, 1989, en Santiago de Compostela, también respalda el principio, proveyendo en el artículo 6 que: “las partes tienen total autonomía para determinar el procedimiento y las reglas sustantivas y principios que se aplicarán en el arbitraje”» (p. 786).

Arbitraje). De acuerdo con Lee, la segunda opción sería, actualmente ultrapasada, aunque utilizada por países como la Argentina, el Paraguay o el Uruguay.³⁹

La misma forma de proceder es utilizada en los arbitrajes internacionales, de modo general.⁴⁰ Sin embargo, según Dolinger y Tibúrcio, «los tribunales han interpretado que, al escoger la sede del arbitraje, las partes están implícitamente escogiendo, en carácter subsidiario, las reglas procedimentales de aquel foro».⁴¹

De acuerdo con Kröll y Mistelis, la ley del lugar del arbitraje, la *Lex Loci Arbitri*, debe ser aplicada a los casos, aunque de forma subsidiaria, con el principal objetivo de sanar las omisiones dejadas por las reglas elegidas por las partes.⁴²

De cualquier forma, aunque haya divergencia doctrinaria en cuanto a este último aspecto,⁴³ lo importante es destacar que, incluso, en los arbitrajes internacionales, la elección de la legislación aplicable coloca, en primer lugar, a las partes, hecho que hace clara la franca incidencia del principio de la autonomía de la voluntad en este ámbito.⁴⁴

³⁹ LEE, p. 149.

⁴⁰ DOLINGER; TIBÚRCIO, p. 78. En este sentido, el artículo 19 de la Uncitral.

⁴¹ DOLINGER; TIBÚRCIO, p. 79.

⁴² KRÖLL; MISTELIS, p. 371. Tal entendimiento es bastante controversial en la doctrina arbitral mundial. Sobre las diversas teorías al respecto del tema, ver GAILLARD, Emmanuel. *Teoria jurídica da arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014.

⁴³ Almeida, siguiendo una visión bastante amplia sobre el tema, argumenta que las reglas locales no deben ser aplicadas de forma automática, ya que sólo los jueces estatales estarían vinculados a ellas. De acuerdo con el autor, «los árbitros son, en razonable medida, independientes del ordenamiento jurídico del país donde está instaurado el arbitraje» (p. 178). Llega a tal conclusión, afirmando que los árbitros no poseen foro, o *lex fori*, utilizando las indicadas doctrinas de Dolinger y Tibúrcio, Lee y Valença Filho.

⁴⁴ En importante y consagrado pasaje, Fouchard, Gaillard y Goldman demuestran, una vez más, la ligación entre la posibilidad de que las partes escojan el procedimiento y el principio de la *party autonomy*: «Virtualmente, todas las leyes de

b) Elección del juzgador

Más allá de la posibilidad de la elección del derecho y del procedimiento que incidirán en el caso concreto, también poseen las partes, en el arbitraje interno e internacional, la prerrogativa de ejercitar su autonomía de la voluntad en el momento de la elección de los propios juzgadores.

En ese sentido, expone Lemes:

La aplicación por excelencia del principio de la autonomía la voluntad es reconocida de modo amplio, principalmente, en cuanto a las normas que regirán el procedimiento arbitral y la elección de los árbitros en las diversas legislaciones, disposiciones de la Uncital y convenciones Internacionales.⁴⁵

En el Brasil, el procedimiento de elección de los árbitros por las partes es regido, básicamente, por lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Brasileña de Arbitraje, y en sus párrafos. De acuerdo con el *caput* del referido artículo, «puede ser árbitro cualquier persona capaz y que tenga la confianza de las partes».

De hecho, es clara la importancia de las partes en el procedimiento de elección de los árbitros. El atributo de la confianza, que se suma a los ordinarios de independencia e imparcialidad, dirigidos a los jueces de forma general, no equivale a estos últimos. En otras palabras, más allá de deber ser independientes e imparciales durante todo el procedimiento arbitral,⁴⁶ los árbitros que juzgarán el litigio deberán poseer la confianza de las partes. Tal requisito está absolutamente ligado a la necesidad de que las partes escojan sus juzgadores, o al menos, decidan la forma cómo ellos serán.

arbitraje moderno reconocen que, en situaciones internacionales, las partes son libres de determinar la ley aplicable a los méritos de la disputa de la cual los árbitros están por resolver. Este principio, tradicionalmente referido al principio de la autonomía de las partes, es vinculante en el arbitraje» (p. 785).

⁴⁵ LEMES, pp. 73-89.

⁴⁶ En virtud del § 6 del artículo 13 de la Ley de Arbitraje de Brasil.

En ese sentido, Carmona afirma que «la autonomía de la voluntad fue plenamente respetada (se podría decir, ¡hasta estimulada!), de suerte que pueden las partes disciplinar el método de elección de sus árbitros».⁴⁷

En cuanto a esta forma de elección, de acuerdo con el régimen brasileño ella puede ocurrir de modos diversos. Las partes mismas pueden escoger cuáles serán sus árbitros, o pueden delegar la indicación a un tercero, pudiendo ser él personas o entidad.⁴⁸

También en arbitrajes internacionales pueden, tanto las partes nombrar a los árbitros, como terceros, o *Appointing Authorities*, como son llamadas. De acuerdo con Lew, Mistelis y Kröll el nombramiento por las partes es, invariablemente, el mejor método, ya que garantiza que tengan legítima confianza en sus árbitros.⁴⁹

A pesar de ello, de acuerdo con los doctrinarios, el segundo método de elección es bastante importante, especialmente cuando las partes no consiguen llegar a un acuerdo o cuando una de ellas actúa de forma que obstruya la posibilidad de nombramiento conjunto. En estos casos, las *Appointing Authorities* funcionan como una válvula de escape, y es en este sentido que gran parte de las reglas de cámaras arbitrales o leyes de arbitraje prevén que, si las partes tomaran más de cierto tiempo para indicar sus árbitros, esas autoridades entrarán en escena.⁵⁰

⁴⁷ CARMONA [2009], p. 234.

⁴⁸ Regula la materia el punto II del artículo 10 de la Ley de Arbitraje de Brasil, ALVIM, p. 264.

⁴⁹ Según estos autores, «this increases the likelihood of co-operation during the proceedings as well as the voluntary enforcement of the award rendered» (p. 237). Sobre este asunto opinan también FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN: «[...] If a minimum of trust is to be maintained between the parties and their judges in international arbitration, the appointment of arbitrators must be left to the parties. It is up to them to exercise that right or, if they so choose, to delegate it to an arbitral institution» (p. 453).

⁵⁰ LEW; MISTELIS Y KRÖLL, p. 239.

Con respecto al número de árbitros, puede ser designado número par o impar. Considerando que, de acuerdo con la legislación brasileña, con la intención de evitar empates, sólo pueden juzgar árbitros en número impar, en caso las partes designen número par, éstas quedan, desde luego, autorizadas a entrar en consenso sobre el tercer árbitro, en los términos del §2.º del artículo 13 de la ley. De acuerdo con el mismo dispositivo, en la falta de consenso entre los árbitros sobre el último juzgador, el Poder Judicial es el que deberá dirimir la cuestión

En el ámbito del arbitraje internacional, de acuerdo con Lew, Miltelis e Kröll, arbitrajes con número par de árbitros son bastante raros, ya que ella puede llevar a situaciones sin salida si los árbitros no consiguen llegar a un consenso. Excepción, no obstante, es el sistema *umpire*, utilizado en la Inglaterra y en algunos otros países del *common law*.

Aquí, más allá de los dos árbitros indicados por las partes, un tercer miembro es nombrado; pero, diferentemente de lo que ocurre con el presidente del tribunal arbitral, necesariamente envuelto en el proceso de elaboración de la decisión, este tercer miembro sólo inicia su participación en caso los demás árbitros no lleguen a un acuerdo en lo que respecta al laudo. En ese caso, en vez de que la decisión sea emitida por los tres, ella sólo es emitida por el *umpire*, como si fuese una especie de árbitro único.⁵¹

En cuanto al momento de la elección de los árbitros, el arbitraje también se puede diferenciar. Las partes pueden estipular qué árbitro(s) quieren o en el momento de firmar el convenio arbitral⁵² o en la ocasión de la propia constitución del tribunal.⁵³

⁵¹ LEW; MISTELIS Y KRÖLL, pp. 229-230.

⁵² En el caso de que las partes escogieran de antemano los árbitros que componen el tribunal arbitral, su aceptación debe ocurrir; sin embargo, en un momento posterior, ya que puede surgir condición que lleve a la falta de independencia o imparcialidad del árbitro.

⁵³ Hay casos en que las partes no escogen de antemano un árbitro específico en sí; pero, por otro lado, estipulan características específicas que los árbitros deben

Cuestión importante, bastante debatida en la doctrina, y también relacionada al principio de la autonomía de la voluntad, es aquélla referente a la necesidad o no de que los árbitros sean efectivamente independientes e imparciales. Como ya fue dicho, hay referencia expresa en la Ley Brasileña de Arbitraje de que los árbitros deberán poseer tales características. Sin embargo, de acuerdo con Alvim, por ejemplo, por ser el arbitraje un juicio consensual, el impedimento no tendría la misma naturaleza objetiva que tiene el juicio estatal, pudiendo las partes decidir por mantener tal árbitro, independientemente de la incidencia de la causa.

En el arbitraje en que el juicio es consensual, o por lo menos nace de un consenso, las partes pueden renunciar de las causas de impedimento, excepto en la hipótesis del inciso 1 del art. 134 del Código Procesal Civil (proceso en el que es parte), por lo que, si nombraran a un árbitro impedido o sospechoso, conscientes del motivo que lo ocasiona, no pueden recusarlo más tarde.⁵⁴

Se hace necesario resaltar que, en este punto, el principio de la buena fe, que en los próximos tópicos será abordado, posee relevancia impar. Es que, como explica el autor, en caso las partes tengan conocimiento de la causa de impedimento o de la imparcialidad y decidan por no impugnar el árbitro, estarían actuando contrariamente a este principio si se tentasen de impedir la ejecución del laudo alegando este mismo motivo; quedan, por tanto, vedadas a actuar en nítido *venire contra facum proprium*.⁵⁵

poseer, como por ejemplo, ser especialista en determinada materia, etc. Sobre el tema de requisitos impuestos por las partes en arbitrajes internacionales, LEW; MISTELIS Y KRÖLL, pp. 235-236.

⁵⁴ ALVIM, p. 266.

⁵⁵ Conforme a la conocida teoría del *Estoppel*.

3.3. Limitaciones y restricciones al principio

Es notorio que, al diferenciarse de las reglas, los principios se encuentran sujetos a juicios de ponderación o reestructuraciones interpretativas capaces de reducir o redimensionar su grado de incidencia. Para algunos, inclusive, todos los principios serían susceptibles de limitaciones y restricciones.⁵⁶ Aquí, en lo que respecta al principio ahora estudiado, no es diferente.

En el derecho brasileño, la autonomía de la voluntad en el arbitraje es limitada en razón de eventuales colisiones con otros principios igualmente esenciales, no sólo en el arbitraje, sino en el proceso y el procedimiento,⁵⁷ de un modo general. Éstas pueden ser resumidas en un debido proceso legal.

En ese sentido expone Dinamarco:

Muchos de estos principios, garantías y exigencias convergen a un núcleo central y común, que es el debido proceso legal, porque observar los padrones previamente establecidos en la Constitución y en la ley es ofrecer el contradictorio, la publicidad, la posibilidad de defensa amplia, etc.⁵⁸

Como fue afirmado, dentro de la idea de debido proceso legal hay otros principios que también son rectores tanto del arbitraje, como del

⁵⁶ Sobre el tema, Silva [2009].

⁵⁷ De acuerdo con Carmona [2009], «la preocupación con los principios alcanza al proceso arbitral, y no solo al procedimiento, pues es clara la intención de tutelar las relaciones jurídicas procesales, y no sólo la forma y la secuencia de los actos que serán practicados por unos u otros» (p. 295). Ejemplo claro de esto, Dinamarco, al hacer la distinción, entre las normas de cuño procesal y procedimental, añade que las facultades, cargas y sujeciones de los sujetos procesales, sin interferir en las actividades a realizar» (p. 67). Cuando lo que está en discusión es la imparcialidad del árbitro, por tanto, la norma posee cuño procesal, y no procedimental.

⁵⁸ DINAMARCO, p. 217.

proceso judicial; los principales pueden ser resumidos en contradictorio, imparcialidad, igualdad y libre-convicción.

Tales principios fueron, inclusive, objeto de normalización expresa por el legislador de la Ley Brasileña de Arbitraje, en su artículo 21, parágrafo 2.º. Importante destacar que el inicio del mencionado artículo hace referencia a la libertad que las partes poseen de determinar el procedimiento, y luego abajo, en este parágrafo, es mencionado tal contenido limitador. Se sabe, «serán siempre respetados en el procedimiento arbitral los principios del contradictorio, de la igualdad de las partes, de la imparcialidad del árbitro y de su libre convicción».

Es válido resaltar que no sólo el legislador brasileño juzgó importante establecer explícitamente principios relacionados al debido proceso legal para el arbitraje. Esto es corriente en la legislación extranjera, como señala Carmona, el cual expone como ejemplos las leyes portuguesa, paraguaya, canadiense, italiana, sueca, y española, cada una privilegiando algunos principios específicos.⁵⁹

Así, al mismo tiempo en que el legislador dio gran autonomía y libertad a las partes también delimitó esta libertad al imponer el respeto a estos principios básicos. El no cumplimiento, inclusive, genera la posibilidad de la impugnación del laudo emitido, en los términos del artículo 32, inciso VIII de la Ley Brasileña de Arbitraje, según el cual es nulo el laudo arbitral si no fueron respetados los preceptos establecidos en el §2.º del artículo 21.

En cuanto a los laudos arbitrales extranjeros a ser homologadas en el Brasil, en caso el proceso que dio origen a tales laudos no respetase algunos de los principios aquí enumerados, se podría, por ejemplo, configurarse violación al orden público nacional, no pudiendo haber

⁵⁹ CARMONA [2009], pp. 293 y 294.

homologación, en los términos del artículo 39, II de la Ley Brasileña de Arbitraje.⁶⁰

En lo que respecta al principio de igualdad de las partes, las cuestiones no escapan de lo que ya se conoce, en virtud de estudios sobre derecho procesal de forma general⁶¹ cuando esta cuestión no afecta, es claro, la imparcialidad del árbitro, que serán más analizadas.

En relación al principio del contradictorio, Ricci hace una exposición esclarecedora sobre la necesidad de su respeto, aun cuando las partes determinaron el juzgamiento por la vía *ex aequo et bono*.

De acuerdo con el autor, la utilización de la equidad hace incidir, por sí solo, el elemento sorpresa, ya que cuando el litigio se inicia las partes ya asumirán ésta o aquella actitud, restando sólo confiar en que el árbitro juzgue de una manera o de otra. Siendo esto un hecho, se hace necesario, al menos, que el árbitro revele las reglas que utilizó para llegar a la conclusión tomada, lo que garantizaría la posibilidad de verificación sobre la existencia de real coincidencia.

Si hay problema en relación al derecho sustancial aplicable, esto es aún más intenso en lo que respecta al procedimiento adoptado. En este sentido, el autor defiende que el árbitro debe dejar claro a las partes de qué forma el procedimiento se ejecutará, evitando una clara confrontación con el principio del contradictorio.⁶²

En cuanto al tratamiento de los principios de libre-convicción e imparcialidad del juzgado, también hay algunas distinciones en relación al

⁶⁰ «Art. 39.- También será denegada la homologación para el reconocimiento o ejecución del laudo arbitral extranjero, si el Supremo Tribunal Federal constata que: [...] II. La decisión ofende el orden público nacional».

⁶¹ Sobre el tema, Nery Júnior, pp. 99-129.

⁶² Ricci, pp. 149-162.

juicio estatal, que hacen que la restricción a la autonomía de la voluntad incida de forma atenuada.

Primeramente, en cuanto a la parcialidad, como ya ha sido afirmado, ésta es menos intensa en el arbitraje, ya que las partes no quedan imposibilitadas de nombrar como árbitro una persona cuya imparcialidad sea cuestionable, desde que sea titular de su confianza.⁶³

Sobre este tópico, es válido hacer reserva, ya que en el arbitraje internacional puede ocurrir que en determinados países el laudo no sea reconocido o exigible por más de que las partes hayan aceptado el árbitro dependiente o parcial. Esto porque, de acuerdo con el artículo 5.2.d de la Convención de Nueva York⁶⁴ la autoridad competente del país en que el reconocimiento o ejecución son buscados, se puede denegar a hacerlo, en caso tal procedimiento genere ofensa al orden público de aquel país en que el reconocimiento o ejecución genere ofensa al orden público de aquel país. Así, si en el país específico donde se busca el reconocimiento o ejecución, determinada condición de falta de impedimento o imparcialidad, caracteriza ofensa al orden público, puede haber denegación en ejecutar el laudo.

En cuanto al principio de libre-convicción, el árbitro queda condicionado a apreciar la materia de hecho y de derecho en la forma como las partes convinieron en la cláusula arbitral. Si definieran que los usos y costumbres, por ejemplo, serían utilizados, no pueden utilizar los principios generales del derecho. De la misma forma, si decidieran que el juzgamiento debería ser por equidad, el árbitro no puede emitir juzgamiento exclusivamente de acuerdo con la norma legal. Así, es posible decir que la autonomía de la voluntad opera casi como una restricción integral a la libre convicción y no lo contrario.

⁶³ ALVIM, p. 138.

⁶⁴ El mencionado artículo así dispone: «El reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral puede también ser rechazada si la autoridad competente en el país donde el reconocimiento y la ejecución buscadas determina que: [...] (b) El reconocimiento o ejecución del laudo sería contrario al orden público de tal país».

De cualquier forma, la importancia de estos principios que adecúan el arbitraje al debido proceso legal, moldeando la forma de incidencia de la autonomía de la voluntad, es evidente.

Sobre el tema, es interesante la posición de Lemes, la cual parte de la doctrina de *Antonio Maria Lorca Navarrete*, arbitralista español. De acuerdo con ambos,

[...] la existencia del arbitraje implica en el desenvolvimiento de una sistema de garantías procesales que poseen proyección constitucional, denominada teoría de la garantía del procedimiento arbitral, que deberá ser asumida por el árbitro, puesto que si así no fuera, se desconocería la existencia del derecho fundamental al debido proceso a través del arbitraje, impidiéndose la tutela jurídica efectiva consagrada en los textos constitucionales.⁶⁵

Para Alvim, la presencia de estas garantías procesales, defendida por la teoría de la garantía del procedimiento arbitral, estaría fundamentalmente relacionada a la supuesta función jurisdiccional del árbitro.⁶⁶ No cabe en este trabajo investigar la naturaleza del arbitraje, si privada o pública, si jurisdiccional o no.⁶⁷ Lo importante es constatar que, independientemente de haber o no jurisdicción en el ejercicio del arbitraje, por ser ella, en lo mínimo, un medio de solución de conflicto a disposición de las partes, los principios previstos en la Constitución, incidentes en el proceso judicial, sí deben ser respetados en el ámbito arbitral, limitando, por consiguiente, el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes.

⁶⁵ LEMES, pp. 73-89.

⁶⁶ ALVIM, p. 110.

⁶⁷ A pesar de que creo que no hay cómo admitir la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, en primer lugar, en razón de la imposibilidad del árbitro de emitir medidas de carácter ejecutivo u obligatorio —ligadas al Poder de Imperio—, cuyo monopolio es estatal; y en segundo lugar, teniendo en vista que los dos medios de solución de litigio poseen objetivos absolutamente diversos, como ya ha sido demostrado aquí, en nota de pie de página.

De forma bastante similar, sin mencionar, no obstante, el debido proceso legal, la doctrina relativa al arbitraje internacional observa los hechos de restricción en relación al principio de la *party autonomy*.

De acuerdo con Redfern y Hunte, por ejemplo, cuatro factores principales son los que están en condición de limitar el mencionado principio. El primero es la igualdad de tratamiento de las partes. Con el objetivo de ilustrar la restricción que se opera en el caso concreto, los autores señalan el siguiente ejemplo: la previsión en el convenio de que sólo una de las partes puede ser oída, debe ser considerada inválida, aunque ambas partes lo hayan acordado en ese sentido.⁶⁸

El segundo factor es el orden público, o las reglas imperativas del país en que el laudo será ejecutado —*mandatory rules*—. ⁶⁹ Como ya fue afirmado, de acuerdo con la Convención de Nueva York, así como en la Ley Modelo,⁷⁰ en caso la ejecución del laudo va de encuentro con el orden público del país, éste puede negarse a hacerlo. De acuerdo con los doctrinarios, ejemplo claro de regla imperativa es la dispuesta en la Ley Modelo: cada una de las partes debe tener oportunidad amplia de presentar su caso.⁷¹

Más allá de la igualdad y del orden público, las normas de arbitraje escogidas por las partes, cuando se presenten *mandatory rules*, deben

⁶⁸ REDFERN Y HUNTER [2004], p. 267. Los autores citan, al discutir la cuestión, que este dilema también fue enfrentado por la Secretaría General de la Uncitral, en un documento que trata de la Ley Modelo; de acuerdo con la secretaria, «[...] será uno de los más delicados y complejos problemas de la preparación de la Ley Modelo alcanzar un balance entre los intereses de las partes para determinar libremente el procedimiento a ser seguido y los intereses del sistema legal expresado para dar reconocimiento y efecto a la misma».

⁶⁹ Sobre la orden pública como factor limitador de la autonomía de la voluntad de las partes, LEE, pp. 136-138. Más allá de esto, con una visión amplia y profunda del tema, Almeida.

⁷⁰ Artículo 34(2)(b)(ii) de la Ley Modelo.

⁷¹ REDFERN Y HUNTER [2004], pp. 267-268.

restringir la libertad de actuación de las partes cuando en disconformidad con ellas. Por último, los autores añaden que los terceros no participantes del arbitraje, no pueden ser afectados por el laudo, a menos que la ley aplicable a la disputa permita —que, vale decir, es bastante raro—. Esto vale, no sólo para las cuestiones de fondo, sino también para cuestiones procesales.⁷²

Es importante resaltar que, relativamente a este punto, hay diferencia básica entre el arbitraje y el juicio estatal brasileño; por ejemplo, mientras que en aquélla los terceros no pueden ser compelidos a producir prueba en el proceso, en éste, hay inclusive procedimiento propio para la exhibición contra tercero.⁷³

4. LA INFLUENCIA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS PRINCIPIOS DEL ARBITRAJE DOMÉSTICO

4.1. Aspectos generales

Como ha sido analizado en el capítulo anterior, tanto el arbitraje nacional, como el internacional poseen como principio básico la autonomía de la voluntad. Esta autonomía, sin embargo, es restringida por otros principios, que también permean el arbitraje, pero están más dirigidos a garantizar que el proceso ocurre de acuerdo con los preceptos constitucionales. Ellos son la igualdad de las partes, el contradictorio, la imparcialidad del juzgador y la libre convicción.

Hay, no obstante, más allá de éstos, otros principios que, en lugar de restringir la autonomía de la voluntad, de ella derivan. Éstos también pueden incidir en el proceso estatal, pero son tan típicos del arbitraje que pueden ser entendidos como elementos que particularizan este tipo de medio de resolución de conflictos.

⁷² REDFERN Y HUNTER [2004], p. 268.

⁷³ Sobre el tema, MARINONI Y ARENHART, pp. 331-338.

De esta manera, pese a haber similitud entre los principios generales del arbitraje y los del proceso judicial, la aplicación intensa de estos principios particularizadores del arbitraje, lo tornan en un medio de elevado interés en la resolución de litigios.⁷⁴

Algunos de los principios ahora en discusión, derivados en el sistema arbitral de la autonomía de la voluntad,⁷⁵ pueden ser resumidos en: flexibilidad de procedimiento; buena fe; y oralidad. Son ellos los que serán, a partir de ahora, analizados.

4.2. *La flexibilidad de procedimiento*

Los principios ahora observados, por ser resultado directo, en el arbitraje, de la autonomía de la voluntad, ya fueron en su mayoría analizados. Es el caso del principio de la flexibilidad de procedimiento, sobre el cual se trató en el capítulo 3.2 (a) de este trabajo.

⁷⁴ Siempre es válido hacer reserva en el sentido de que, aunque en la teoría el arbitraje tenga muchas ventajas, en la práctica tales ventajas acaban siendo atenuadas por diversos problemas relativos a este instituto. Algunos ejemplos son el precio a ser pagado por el trabajo de los árbitros —los cuales, normalmente, son especialistas en la materia— y por la administración del procedimiento por las instituciones arbitrales, lo que hace que los arbitrajes de calidad se acaben restringiendo aquellos con capacidad económica muy encima de la media. Más allá de esto, en caso esta característica cambie, es bien posible que no sea más el Poder Judicial el que esté lleno de procesos, sino las instituciones arbitrales, lo que haría que la calidad tanto del juzgamiento, como de las cámaras existentes, cayese mucho. De acuerdo con Fernando Araújo, en conferencia dada en la Universidad Federal de Paraná, la sobreacumulación en los sistemas de resolución de conflictos es cíclica, así como es cíclica la calidad de estos sistemas, de forma inversamente proporcional.

⁷⁵ Otra reserva que debe ser hecha, es en lo que respecta al origen de los principios particularizadores del arbitraje. Aquí no se defiende que tales principios deriven históricamente de la autonomía de la voluntad, pero que, en el ámbito arbitral, es en razón de la autonomía de la voluntad que ellos existen e inciden de forma tan reservada. La oralidad, por ejemplo, tiene origen bastante remoto; mucho antes de pensar en el proceso arbitral como lo hacemos en la modernidad, este principio ya era investigado y formulado.

De cualquier modo, vale ratificar que en razón de la flexibilidad del procedimiento en el arbitraje, no hay procedimiento rígido, fijo, o único, pudiendo las partes escoger, o determinar que un tercero lo haga, como ya fue visto.

Ejemplo claro de la flexibilidad de procedimiento es la posibilidad de las partes acordaran que, en lugar de solo un laudo al final del proceso, varios laudos arbitrales parciales serán emitidos.⁷⁶

En cuanto a algunas de las limitaciones a este principio, éstas ya fueron observadas en el capítulo 3.3 de este trabajo.

Cabe resaltar que hasta el mismo proyecto del nuevo Código de Proceso Civil —artículo 107, inciso v y artículo 151, parágrafo 1.º— está prevista la posibilidad de flexibilización del procedimiento, por imposición legal, y atribuyendo al juez poderes amplios y discrecionales para moldear el procedimiento y los actos procesales de acuerdo con las especificidades de la causa.⁷⁷

⁷⁶ Sobre la posibilidad de ser emitido más de un laudo en un mismo proceso, en especial en los casos de separarse la fase de conocimiento de la liquidación, Talamini e Wladeck opinan: «Se puede también pensar en un procedimiento bifásico, en el que una primera etapa se define sólo si existe la obligación del pago de una parte a la otra (el *na debeatur*). [...] No hay nada que prohíba el procedimiento arbitral en esos moldes. Lo fundamental es que esto haya sido objeto de ajuste entre los árbitros y las partes. En la medida en que la bipartición procedimental ahora analizada es consistente con las garantías del debido proceso, contradictorio y amplia defensa, es perfectamente legítimo su empleo. Por otra parte, conforme a las circunstancias concretas, su adopción conferirá, inclusive, mayor efectividad al contradictorio y a la amplia defensa, pues permitirá que las partes y juzgadores concentren sus argumentos, pruebas, investigaciones y conclusiones en un específico objetivo de cada fase» (p. 149). También sobre sentencias arbitrales parciales, y el régimen utilizado en el derecho comparado. CARMONA, pp. 343-356.

⁷⁷ «Art. 107..- El juez dirigirá el proceso conforme a las disposiciones de este Código, incumbiéndole: [...] v. adecuar las fases y los actos procesales a las especificaciones del conflicto de modo que se confiera mayor efectividad a la tutela del bien jurídico, respetando siempre el contradictorio y la amplia defensa»; «Art. 151..- Los

Sin embargo, de acuerdo con —en clase al respecto de Medios Alternativos de Solución de Litigios, dada en la Universidad Federal de Paraná, en el año 2011— en caso la propuesta de codificación se concrete, el mencionado tratamiento tendría objetivos opuestos de aquéllos del procedimiento arbitral. Solamente habría incremento en los poderes del juez, en vez de posibilitar la materialización de manifestación de libertad de las partes, así como es en el procedimiento arbitral.

4.3. *La buena fe*

Aunque sea un principio presente en las relaciones intersubjetivas de un modo general, es necesario añadir que en el proceso arbitral, el principio de buena fe gana todavía más fuerza. Esto ocurre teniendo en cuenta que, en razón de la propia autonomía de la voluntad, son las partes las que establecerán el convenio arbitral que determinará de qué forma el procedimiento se dará, así como quiénes serán sus juzgadores.

De hecho, no habría ningún sentido en que ellas pudieran ir en contra de todo aquello que ellas mismas decidieron. Y es en este sesgo que el principio de la buena fe, en el arbitraje, incluye el revestimiento al *venire contra factum proprium*. El diálogo franco entre las partes es absolutamente esencial en el arbitraje.

Sobre el tema, expone Didier Jr.:

El principio de buena fe se extrae de una cláusula general procesal. La opción por una cláusula general de buena fe es la más correcta. Es que la infinidad de situaciones que pueden surgir

actos y los términos procesales no dependen de forma determinada, sino cuando la ley expresamente lo exija, considerándose válidos los que, realizados de otro modo, cumplan con la finalidad esencial. §1.º Cuando el procedimiento o los actos a ser realizados se revelan inadecuados a las peculiaridades de la causa, deberá el juez, oídas las partes y observados el contradictorio y la amplia defensa, promover el necesario ajuste».

a lo largo del proceso, hace poco eficaz cualquier enumeración legal exhaustiva de las hipótesis de comportamiento desleal.⁷⁸

A partir de la afirmación del autor, se ve que aunque la Ley de Arbitraje Brasileña no tenga materializado el principio de la buena fe, este principio puede ser extraído de una cláusula general de proceso ya prevista en la Codificación Procesal Civil brasileña, en su artículo 14, debiendo también incidir, por lo tanto, como cláusula general para el proceso arbitral.⁷⁹

Además, como ya fue explicado, el principio de la buena fe debe ser entendido como algo implícito del propio procedimiento arbitral, ya que no tendría ningún sentido en la parte ejercer su autonomía, y negar lo que había escogido, de forma voluntaria, anteriormente.

Ejemplo claro de aplicación de este principio son los casos en los que las partes, después de iniciados los procedimientos del arbitraje, amplían de forma tácita el ámbito del arbitraje; una de ellas, percibiendo que no salió vencedora en el proceso, intenta impugnar el laudo, afirmando la falta de compromiso arbitral sobre la materia específica, con base en el artículo 32, inciso IV de la Ley Brasileña de Arbitraje.

En estos casos, el tribunal debe negar la declaración de nulidad del referido laudo, por haber sido el pedido contrario al principio de buena fe y por haber incurrido en nítido *venire contra factum proprium*.

4.4. La oralidad

La oralidad también es un principio absolutamente esencial al arbitraje, el cual está igualmente ligado a la autonomía de la voluntad. Es que,

⁷⁸ DIDIER Jr., p. 61.

⁷⁹ Citado por Alvim como equidad procesal, el autor también está de acuerdo en que una disposición del Código de Procedimiento Civil es suficiente para hacer que este principio deba centrarse en el caso concreto. (pp. 327-328).

teniendo en cuenta que en el arbitraje son las partes las que determinan el procedimiento, éste se puede volver mucho más dinámico y célere, con un número mayor de audiencias, realizadas en un espacio más corto de tiempo, y siempre por los mismos juzgadores.

La oralidad debe ser entendida no sólo como un privilegio de la forma oral en detrimento de la forma escrita; es un sistema de valores que pretende dar más dinamismo al proceso, para volverlo más célere.⁸⁰

La importancia de la oralidad no se restringe a la prevalencia de la palabra como medio de expresión, en lugar de la forma escrita. De acuerdo con Silva y Gomes, sólo hay relevancia de la prevalencia de la palabra para el proceso,

[...] en la medida en que, siendo empleada, como instrumento para la comunicación entre el juez y las partes, fuerza, necesariamente, un contacto personal entre el juzgador y los litigantes, haciendo posible al juez una aprehensión inmediata del litigio, en su versión original y auténtica que transmiten, de viva voz, los propios contendores [...].⁸¹

En realidad, el procedimiento permeado por la oralidad, si así fue escogido por las partes en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, se torna bastante interesante y posibilita el pronunciamiento de decisiones mucho más seguras, ya que la colección directa e inmediata de la prueba por el juez lo posibilita, como añaden los autores, evaluar de forma mucho más cautelosa la credibilidad de las informaciones prestadas. La comunicación oral en el proceso, se hace de forma correcta, volviéndolo el medio más idóneo para llegar a decisiones ideales.

⁸⁰ Sobre el tema, específicamente en relación al arbitraje, ALVIM, p. 125.

⁸¹ SILVA Y GOMES, pp. 47-48.

Algunos de los corolarios del principio de la oralidad son la inmediatez, la identidad física del juzgador, la concentración y la irrecurribilidad de las decisiones interlocutorias.⁸²

Obviamente, el último de los citados principios no se adecúa al procedimiento arbitral, teniendo en cuenta que aquí, no sólo las interlocutorias son irrecurribles, sino todas las decisiones emitidas por el tribunal arbitral, desde que no generen vicio que puedan engendrar la impugnación de la sentencia —artículo 32 de la Ley Brasileña de Arbitraje—. ⁸³

Según el principio de la inmediatez, el mismo sujeto que juzga la causa, deberá haber previamente asistido a la actuación de las pruebas, en contacto personal con todos los participantes del proceso —sean ellas testimonios, partes o hasta los mismos peritos—. ⁸⁴ En el juicio arbitral, se puede decir que la incidencia de la inmediatez entre los árbitros y las partes, es constante.

De acuerdo con el principio de la identidad física del juez, «el mismo juez que haya presidido la instrucción de la causa deberá ser el juez de la sentencia». ⁸⁵ Este principio garantiza que los otros dos, ya comentados, efectivamente, ocurran en el caso concreto, ya que no tiene sentido que el juez participe de forma inmediata de la actuación probatoria, si este mismo juez, al final, no emite la sentencia.

En este sentido, en el ámbito arbitral, no es común que haya eliminación de un árbitro ya en el deslinde del proceso y que las pruebas no se rehagan. Esto es esencial, para que el mismo árbitro que conduce la actuación de pruebas, pueda analizarlas y juzgarlas al final.

⁸² SILVA Y GOMES, pp. 48-49.

⁸³ ALVIM, p. 286.

⁸⁴ SILVA Y GOMES, p. 48.

⁸⁵ SILVA Y GOMES, pp. 48-49.

No obstante, diferentemente de lo que se imaginaba —y diferentemente de lo que prevén algunas cámaras arbitrales, las cuales pueden ser consideradas, en este aspecto, ejemplares—⁸⁶ varias instituciones no disponen en sus reglamentos la forma de proceder en caso de impugnación del árbitro en los casos de la actuación de pruebas ya se haya iniciado.⁸⁷

El último principio ligado al de la oralidad es el de la concentración. Según tal principio, las audiencias deben ser reducidas a un número mínimo; esto porque, de acuerdo con Silva y Gomes:

La proximidad temporal entre aquello que el juez aprehendió, por su observación personal, y el momento en que deberá evaluarlo en el laudo, es elemento decisivo para la preservación de las ventajas del principio, pues un intervalo de tiempo excesivo entre la audiencia y el juzgamiento ciertamente hará que sea difícil para el juzgador conservar, con nitidez, en la memoria los elementos que él tenía en la recepción de la prueba [...].⁸⁸

Es en este sentido que la propia Ley Brasileña de Arbitraje prevé, en su artículo 23, que en caso las partes no estipulen nada, el laudo deberá ser dictado en el plazo de seis meses. Sin embargo, normalmente, son las partes que fijan un plazo para terminar el proceso, una vez más utilizando su autonomía de la voluntad, lo que posibilita la efectiva concentración de los actos procesales, y mayor cualidad de la decisión.⁸⁹

⁸⁶ Reglas de Arbitraje de la Cietac (reglamento de 2012), artículos 31.3 y 32. El reglamento de Caiep también prevé procedimiento parecido a ser tomado en su artículo 5.8.

⁸⁷ La CamArb, por ejemplo, una de las mayores cámaras brasileñas, no prevé solución para este tipo de situación. La Ley Modelo de la Uncitral tampoco lo hace. En el Brasil, igualmente no lo hacen la CCBC (reglamento del 2012), y la Arbitac, por ejemplo.

⁸⁸ SILVA Y GOMES, p. 49.

⁸⁹ Sobre el tema, CARMONA, pp. 340-343.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Como ya ha sido explicado, no hay ninguna otra pretensión en el presente ensayo, salvo la de demostrar cómo se da el proceso arbitral, pero no con un enfoque abierto. Todo lo aquí analizado posee, como punto de partida y de llegada, la autonomía de la voluntad.

El principio ahora en comentario, como se vio, no es sólo esencial para la elección del procedimiento, en un arbitraje específico, por ejemplo. Él es inquebrantable, para la propia existencia del arbitraje, ya que es en el ejercicio de la autonomía de sus voluntades que las partes tienen la posibilidad de elegir este instituto como medio de solución de sus conflictos —desde que los derechos envueltos sean patrimoniales y disponibles—.

En el transcurrir de los precedentes capítulos, por lo tanto, quedó claro que, en primer lugar, la autonomía de la voluntad está absolutamente correlacionada al proceso de elección, siendo éste, tanto del medio del procedimiento, como del juzgador.

Además, quedó esclarecido que, incluso, en el arbitraje, la autonomía de la voluntad posee restricciones y limitaciones. Éstas están relacionadas a la necesidad de los particulares, incluso, cuando escogen sus propios procedimientos, de poseer cierto grado de protección. Tal protección es especialmente vislumbrada en lo relativo a lo imprescindible que es que el procedimiento sea igualitario en relación a las partes en él envueltas, como ha sido demostrado.

También fueron abordados algunos principios que, para el proceso arbitral, derivan de la propia idea de autonomía de la voluntad. Tales principios son absolutamente esenciales en el tipo de solución de litigios aquí estudiado, no estando de más afirmar que son ellos los que lo particularizan.

Es imperioso resaltar, por último, que es con base en los estudios aquí realizados que se defiende, como también fue señalado en la introducción, que el arbitraje no debe ser escogido sólo en razón de la falta de espacio en el Poder Judicial, o por la mala formación de muchos de sus jueces —no es que estos motivos no sean legítimos también en la actualidad—.

Sin embargo en verdad, aquí se defiende que ella debe ser adoptada, por toda la racionalidad diferenciada que la permea, la racionalidad está completamente conexas al principio de la autonomía de la voluntad, y que fue arriba descrita.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*. Río de Janeiro: Renovar, 2005.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Direito Arbitral*. Río de Janeiro: Forense, 2004.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. Río de Janeiro: Renovar, 2008.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados Especiais: A nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n.º 9.307/93*. São Paulo: Atlas, 2004.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n.º 9.307/93*. São Paulo: Atlas, 2009.

COSTA, Nilton César Antunes da. *Poderes do árbitro: de acordo com a Lei n.º 9.307/96*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil: volume I*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

DOLINGER, Jacob y Carmen TIBÚRCIO. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Río de Janeiro: Renovar, 2003.

GAILLARD, Emmanuel Savage. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 1999.

GAILLARD, Emmanuel Savage. *Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional*. São Paulo: Atlas, 2014.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. Adrs. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. Río de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Río de Janeiro: Forense, 2002.

KRÖLL, Stefan y Loukas MISTELIS. *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy Convergence and Evolution*. La Haya: Kluwer Law International, 2011.

LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2003.

LEMES, Selma M. Ferreira. *Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado*. En *Revista dos Tribunais*, diciembre 1992, vol. 686.

LEW, Julian, Loukas MISTELIS y Stefan KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law Internacional, 2003.

MARNONI, Luiz Guilherme. *Têoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme y Sérgio Cruz ARENHART. *Processo de Conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem através dos tempos. Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil*. En.: *Arbitragem na era da globalização: coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros*. José Maria Rossani Garcez (coord.). Río de Janeiro: Forense, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Río de Janeiro: Renovar, 2002.

REDFERN, Alan y Martin HUNTER. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Londres: Sweet & Maxwell, 1986.

REDFERN, Alan y Martin HUNTER. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Londres: Sweet & Maxwell, 2004.

RICCI, Edoardo Flavio. *Lei de arbitragem brasileira: oito anos de reflexão: questões polêmicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da y Fábio Luiz GOMES. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

STRENGER, Irineu. *Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

TALAMINI, Eduardo y Felipe Sripes WLADECK. *Liquidação da sentença arbitral*. En *Grandes temas da atualidade: Mediação, Arbitragem e Conciliação*, vol. 7. Eduardo de Oliveira Leite (coord.). Río de Janeiro: Forense, 2008.

Lei Modelo da Uncitral em Arbitragem Comercial Internacional, 1985. Con enmiendas del 2006.

LAS IMPLICANCIAS DEL ARBITRAJE AMBIENTAL

Roger Vidal Ramos^{* **}

Resumen: El presente trabajo tiene por finalidad brindar un panorama general de la doctrina y legislación arbitral en materia ambiental. Dentro de los puntos de análisis se examinará la Ley General del Ambiente Peruana que legisló sobre la posibilidad de acudir a un Arbitraje Ambiental bajo ciertos supuestos muy específicos y expresando las formas bajo las cuales se podría emitir un laudo. Este aporte guarda la esperanza de que pueda generar expectativas respecto al Arbitraje Ambiental en el Brasil, considerando que la defensa ambiental del Amazonas representa un interés binacional y mundial por cuanto cualquier daño ambiental o amenaza a la biodiversidad amazónica representa en la actualidad y en un futuro próximo, puntos que generen e intensifiquen los conflictos ambientales, sociales y económicos que exigen a la Justicia Ambiental asumir una finalidad preventiva, indemnizatoria y correctiva.

Palabras Claves: Arbitraje ambiental, materias arbitrables ambientales, competencias del tribunal arbitral ambiental, laudo.

^{*} A mi abuelo Raúl Vidal Salazar, por ser ejemplo de honestidad y una vida dedicada al servicio de su pueblo.

^{**} Magíster en Derecho Civil y Comercial por la universidad Nacional Mayor de San Marcos y estudiante del doctorado en la misma universidad. Título de Segunda Especialización en Derecho Ambiental y los Recursos Naturales por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco. Profesor en las facultades de derecho de la Universidad San Martín de Porres, Universidad César Vallejo, Universidad Autónoma del Perú. Socio de Vidal Abogados (www.vmplegal.com) y Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil.

1. INTRODUCCIÓN

Las explotaciones mineras, son indubitadamente, las actividades productivas que más severo impacto producen en el medio ambiente, por lo que su adecuación al medio ambiente resulta todo un ensayo para las restantes. La existencia en diversos Estados de Sudamérica de la llamada minería informal, vinculada a yacimientos no energéticos, como el oro o la plata, está paulatinamente diezmando la superficie forestal de amplios espacios de altísima significación ecológica.¹

No sólo las explotaciones mineras generan impactos negativos al medio ambiente, las actividades de explotación en recursos naturales, en general, como la explotación de hidrocarburos o concesiones forestales generan impactos y daños irreparables en supuestos que se excedan y no se acaten las normas ambientales establecidas; además la industria, en general, representada por fábricas, la construcción, telecomunicaciones, entre otras actividades empresariales e industriales, generan daños ambientales.

En la experiencia peruana, el crecimiento económico y las inversiones sobre explotación de los recursos naturales, se encuentran hoy en día en el ojo de la tormenta, respecto a la adecuación a las normas ambientales, tales como la Ley de la Consulta Previa o la implementación del mecanismo de gestión ambiental del Estudio de Impacto Ambiental en las diversas actividades extractivas e industriales, que cada vez se tornan en más rigurosos y técnicos, siendo éstos algunos motivos que, a criterio de un sector empresarial, estarían generando incertidumbre por parte de los inversionistas, y que los desanima de seguir apostando por la explotación de recursos naturales en el Perú.

Sin duda, una de las lecciones que se deberá aprender respecto a los conflictos ambientales, se encuentra representada por la paralización del

¹ JUNCEDA MORENO, FRANCISCO JAVIER. *Derecho ambiental en el Amazonas*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2010, p. 111.

Proyecto Minero Conga-Minera Yanacocha (Cajamarca-Perú), siendo el recurso hídrico (aguas de lagunas) el punto no negociable por las comunidades campesinas y actores políticos (gobierno regional de Cajamarca), y por parte de la empresa minera, la misma que logró que el Ministerio de Energía y Minas apruebe el Estudio de Impacto Ambiental, que comprobó, a su vez, la viabilidad del proyecto minero.

La falta de capacidad del Estado peruano de convocar a un diálogo serio con los verdaderos actores del conflicto ambiental, expresa la necesidad de implementar nuevos mecanismos de solución de conflictos y controversias ambientales que permitan al Estado, los inversionistas, las comunidades y los diversos actores en un conflicto ambiental, establecer la solución del conflicto ambiental.

En buena cuenta, esto no sería novedoso, por cuanto la Ley General del Ambiente, regula dos instituciones procesales, como son la conciliación y el arbitraje ambiental.² Ambos son mecanismos alternativos de solución de conflictos ambientales, que cobran fundamental importancia debido al rol protagónico que deberían desempeñar ante los numerosos conflictos ambientales generados y en proceso de generación.

Según la Defensoría del Pueblo, en su Reporte de Conflictos Sociales n.º 108 de la Defensoría del Pueblo, en el mes de febrero se registraron 222 conflictos sociales. De esa cifra, 165 (74.3 %) se encuentran activos y 57 (25.7 %), en estado latente.

Del total de conflictos, 147 son de carácter socioambiental (66.2% del total), al igual que en enero pasado. Le siguen los conflictos por asuntos de gobierno regional, que suman veinte casos (9%) y por demarcación territorial, catorce casos (6.3 %). Las regiones Áncash (treintidós), Apurímac (veinte) y Puno (diecinueve) son las que concentran la mayor cantidad de casos. Estas estadísticas efectuadas por la Defensoría

² JUNCEDA MORENO, FRANCISCO JAVIER. *Derecho ambiental en el Amazonas*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2010, p. 112.

del Pueblo, sólo expresan lo que sucede en la realidad; es decir, demuestran el incremento de los conflictos ambientales.

Consideramos que, debido a nuestra categoría de país exportador de materias primas, así como su explotación (minería, hidrocarburos y forestal), la institución del arbitraje ambiental debería ejercer un rol protagónico ante la solución y prevención de los diversos conflictos ambientales.

Uno de los principales problemas que padecen las empresas que invierten y explotan recursos naturales, se presenta ante la inminencia de numerosos conflictos ambientales en diferentes zonas del Perú que, por diversos motivos, cuestionan las actividades extractivas.

El arbitraje ambiental podría tener la oportunidad de representar un mecanismo de solución de conflictos, que sería importante para proteger a los inversionistas y tutelar los derechos ambientales públicos y privados.

La Ley General del Ambiente, en adelante, la «LGA», dentro de su capítulo de solución de conflictos ambientales, incorpora el arbitraje y la conciliación, teniendo como premisa general, el hecho de que pueden someterse las controversias o pretensiones ambientales, determinadas o determinables, que versen sobre derechos patrimoniales u otros de libre disposición.

El principio de «libre disposición» en materia ambiental se encuentra de acuerdo y en concordancia con el Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje, legislación que, dentro de sus principios rectores, indica que puede someterse a arbitraje, cualquier controversia de libre disposición conforme a derecho nacional o internacional.³

³ Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquéllas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

2. EL ARBITRAJE AMBIENTAL

En el derecho comparado, los Estados Unidos de América cuentan desde hace años con un imaginativo sistema de resolución alternativa de conflictos, en sede administrativa ambiental (*Administrative Dispute Resolution Act* —ADR— de 1996), técnica que prevé expresamente medidas alternativas a las jurisdiccionales para la resolución de conflictos, entre ellas, el arbitraje administrativo-ambiental, usualmente utilizado por su agencia de protección en materia de conservación y recuperación de recursos, de protección atmosférica, o de contaminación de aguas, operando a partir de la suscripción por las partes afectadas (grupos o colectivos ambientales y operadores económicos), de un contrato de compromiso con sometimiento expreso a la fórmula arbitral.⁴

España y la Unión Europea, en las últimas décadas, vienen utilizando el arbitraje ambiental administrativo como solución de controversias. En España existe la posibilidad de culminar los procedimientos administrativos ambientales a través de los cauces arbitrales a los que hemos hecho referencia y guiándose por los criterios de fondo que apuran el punto de encuentro entre la protección ambiental y la defensa del desarrollo económico, aunque dichas soluciones queden, habitualmente, a disposición de las propias administraciones y no dejen tampoco en manos de los ciudadanos, el derecho subjetivo a impetrar dicho desenlace arbitral.⁵

En estos casos, no obstante, no estamos propiamente ante una fórmula arbitral *sensu stricto*, en el sentido apuntado por la ley española de arbitraje, sino ante actos administrativos (sometidos, por tanto, al derecho administrativo), que se producen a través del uso instrumental de mecanismos arbitrales por parte de la administración, pero que, una vez pro-

⁴ JUNCEDA MORENO, Francisco Javier. «Arbitraje ambiental: avances y desafíos». En *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje. Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2009, vol. 8, p. 180.

⁵ JUNCEDA MORENO, Francisco Javier. *Ob. cit.* (2009, p. 191).

ducidos, son enteramente susceptibles de ser llevados ante la jurisdicción contenciosa, a pesar de que en dicha sede se pueda oponer —de forma especulativa, al menos— que la solución arbitral, en lo tocante al fondo del asunto, es materia ajena al juez contencioso, sobre la base de la propia ley arbitral española, que limita dicho enjuiciamiento a supuestos tasados.⁶

En efecto, en España existe la posibilidad de que una administración pública pueda celebrar pactos o acuerdos con los ciudadanos para concluir procedimientos administrativos, ambientales o no. E, incluso, prevé más: que tales acuerdos, pactos, convenios o soluciones con personas físicas o jurídicas, individuales o colectivas, tengan por objeto satisfacer el interés público que tiene encomendadas las propias administraciones, entre ellas, la protección del medio ambiente y el desarrollo socioeconómico.⁷

En México D.F., en noviembre de 1984, se creó la Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental (Ciaca), con la participación de veintiocho juristas de veintidós países, y responden a lo que doctrinalmente se conoce como arbitraje institucional.

En materia de arbitraje ambiental, cumple esta Corte con la función de constituir tribunales conformados por cinco árbitros, previa solicitud que, por escrito, le formule cualquier entidad privada o pública.

El tribunal resolverá la diferencia de acuerdo con el derecho aplicable y las normas acordadas por las partes. El tribunal, además, y si las circunstancias lo exigen, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar el medio ambiente o los derechos de las partes.

⁶ JUNCEDA MORENO, FRANCISCO JAVIER. *Derecho ambiental en el Amazonas*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2010, pp. 106-105.

⁷ JUNCEDA MORENO, FRANCISCO JAVIER. *Derecho ambiental en el Amazonas*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2010, pp. 106-105.

De igual modo, las partes podrán dirigirse a las instituciones gubernativas o jurisdiccionales del país donde radique el conflicto, para solicitar la adopción de tales medidas.

El laudo se dictará por escrito y contendrá una declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al tribunal, y será motivado en derecho.⁸ Esta motivación del laudo deberá ser enmarcada dentro del contenido constitucional y especializado del conglomerado de normas ambientales vigentes.

A entender de Gaitán Ochoa,⁹ el arbitraje ambiental debería tener como finalidad resolver las controversias, respecto a la protección del derecho de la propiedad privada de eventuales daños causados por contaminación o perturbaciones ambientales provocadas por terceros.

Es justo, en este último caso, donde, eventualmente, el procedimiento arbitral tendría posibilidades de desarrollarse, agregamos que podría tener un mayor desarrollo, si el arbitraje se aplica en conflictos sobre recursos naturales y como forma de terminar un conflicto ambiental.

A manera de ejemplo, si dos petroleras y un concesionario de ecoturismo tienen derechos superpuestos sobre las tierras donde realizan sus actividades, nos sería mucho más beneficioso acudir a un arbitraje ambiental para determinar el espacio o las áreas de titularidad, respecto a la superposición de derecho. Sin embargo, nos parece que en la vía judicial, en el mejor de los escenarios, se lograría obtener una sentencia en el plazo de seis a diez años, aproximadamente, siendo de lo más optimistas. Un litigio así de extenso, representaría en recursos económicos y tiempo, una frustración de las oportunidades de negocio, debido a que los inversionistas buscarán invertir sus capitales en otros países, que

⁸ *Ibidem*.

⁹ GAITÁN OCHOA, Luis Fernando. «Arbitraje ambiental: instrumentos para la solución de conflictos». En *Lecturas sobre derecho del medio ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 259.

presenten normas ambientales más claras y no ambiguas, así como un sistema judicial mucho más eficiente.

Y respecto a otro ejemplo, si la empresa minera tiene indicios de algunas posibles actividades contaminantes o algunas dudas, la forma de concluir el conflicto ambiental surgido entre la comunidad campesina-indígena con la empresa minera, podría ser resuelta a través del mecanismo procesal de la conciliación o el arbitraje. Del mismo modo, las partes en conflicto podrán tener la oportunidad de decidir el tiempo que puede durar el conflicto y adecuar el arbitraje con sus necesidades procesales.

Otra de las diversas razones que justifican la necesidad de implantar un arbitraje ambiental administrativo, es la referente a la tutela del interés público. Según los alcances de Junceda,¹⁰ que a continuación citamos:

El punto de interés público que puede gravitar en torno a toda solución arbitral, pactada de los procedimientos administrativos con sustancia ambiental, acaso proceda volver a recodar lo que *ut supra* quedó reseñado respecto de la tensión medio-ambiente-desarrollo económico, toda vez que el análisis de cuantas controversias jurídicas se susciten en materia socioambiental, habrá de partir de una premisa clásica aristotélica, por la que *in media virtus est*: nada es blanco ni negro, sino de una infinita gama de grises.

Con todo, el asunto ambiental es sumamente propicio para el sistema arbitral. No son pocos los temas que, en esta materia, se resisten a admitir más de una conciliación de posturas. El punto de encuentro entre el desarrollo económico y protección del medio-ambiente natural es, en sí mismo, objeto primerísimo del arbitraje: la clave del arco del derecho ambiental consiste justamente en la convergencia de factores económicos y ecológicos, como lo revelan cuantas proclamaciones internacionales existen y que se mueven, justamente, en esos delicados y, a veces, difuminados parámetros.

¹⁰ JUNCEDA MORENO, FRANCISCO JAVIER. *Derecho ambiental en el Amazonas*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2010, pp. 108-109.

Estos dilemas bien podrían ser resueltos a través de fórmulas compactas derivadas de un arbitraje, facultando al propio tiempo, el desarrollo de la vida en estos parajes y la defensa de la singular naturaleza que en ellos radica. En estos controvertidos escenarios, podrían y deberían aplicarse desenlaces propios del arbitraje, posibilitando al tiempo, el estricto control ambiental con los daños sufridos por las poblaciones que residen en los entornos ambientales.

Indubitadamente, pues, el tema ambiental es significativamente idóneo para ser abordado desde el arbitraje, toda vez que, en nuestro entorno jurídico constitucional, no cabe la absolutización de la norma ambiental ni de aquella que propicia un mejor desarrollo económico, debiéndose siempre vetar cualquier actuación pública o privada unidireccional o radical, en alguno de esos dos sentidos.

El Tribunal Constitucional peruano¹¹ en la sentencia de «Las regalías mineras», establece la necesidad de imponer fórmulas de conciliación y promover la justicia ambiental en el desarrollo equilibrado de la nación.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Pleno Jurisdiccional n.º 0048-2004-PI/TC - Medio Ambiente y empresa: Fundamento n.º 38.- En la medida en que la protección del medio ambiente constituye una preocupación principal de las actuales sociedades, se impone la necesidad de implementar fórmulas que permitan la conciliación del paradigma del desarrollo con la necesaria conservación de los recursos y elementos ambientales que se interrelacionan con el entorno natural y urbano. Se busca con ello preterir formas de desarrollo irrazonable, que en sí mismo es destructivo y no sostenible para el beneficio de las generaciones presentes y futuras. Ello exige que el Estado —a través de la administración como gestora pública— asuma el deber que le impone la Constitución en su artículo 44, consistente en «promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación»; para la consecución de dicho fin deben emplear todos los medios legítimos y razonables que se encuentren a su alcance, limitando, condicionando, regulando, fiscalizando y sancionando las actividades de los particulares hasta donde tenga competencias para ello, sea que éstas se realicen de forma independiente o asociada.

3. EL CONVENIO ARBITRAL

El convenio arbitral representa la columna vertebral del arbitraje, por cuanto los sujetos de derecho, en forma voluntaria, expresan, sin lugar a dudas, su decisión de acudir a una vía jurisdiccional especial y privada, como es el arbitraje, teniendo como primer efecto, la renuncia a los fueros judiciales, y como segunda acción, la voluntad de que un tercero o tribunal pueda resolver un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, generada en virtud de una relación contractual o en virtud de algún acontecimiento dañoso dentro de los supuestos de responsabilidad extracontractual, prescritos en el Código Civil peruano. En este último supuesto, se dan daños extracontractuales donde se podría suscribir o negociar el «pacto arbitral» frente a daños ambientales, por cuanto su esencia de pacto libre y voluntario sobre derechos ambientales patrimoniales, permitiría la tutela de daños ambientales en la jurisdicción arbitral.

El principio de autonomía, viene a ser la base del sistema arbitral en cualquier legislación nacional e internacional. Por el principio de autonomía, el pacto arbitral es considerado independiente del contrato principal; es así que, de existir vistos de nulidad del contrato principal, el pacto arbitral no sufre las consecuencias de esta nulidad, pues el pacto arbitral es un acto jurídico independiente por excelencia.¹²

Cabe resaltar que, dentro del uso estricto de la autonomía privada, los sujetos de derecho son quienes por delegación del Estado, deciden a iniciativa de parte, renunciar a los fueros jurisdiccionales de la justicia tradicional para someterse a una justicia privada o justicia arbitral.¹³

En la doctrina y tribunales jurisdiccionales, no hay inconveniente en aceptar que el convenio arbitral se perfecciona por el mero consen-

¹² VIDAL RAMOS, Roger. «Alcances generales respecto al convenio arbitral». En *Revista Jurídica La Ley*. Lima: Thomson Reuters, 2013, año 1, n.º 5, pp. 7 y ss.).

¹³ *Ibidem*.

timiento de las partes, con la simple manifestación del consentimiento entre las partes para celebrar el convenio arbitral. Este último deviene en válido para el ordenamiento jurídico general y, por tanto, obligatorio para las partes, siempre que al acto realizado, concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato.¹⁴

Uno de los puntos más discutidos y que podría presentar un problema para que un caso de contaminación o daños ambientales pueda someterse a un tribunal arbitral, se evidencia en el principio de autonomía de la voluntad que tiene la cláusula arbitral o el convenio arbitral,¹⁵ por lo cual, es requisito indispensable que las partes puedan pactar la cláusula arbitral ante las eventuales controversias surgidas de las relaciones contractuales.

Según lo que Trelles sostiene, ¿podrían incluirse como aspectos arbitrables, controversias relativas a materia ambiental?¹⁶

Bajo este contexto, podemos advertir una clara discusión en el origen mismo del arbitraje en materia ambiental, pues éste, en principio, no podría realizarse sin la celebración de un convenio o el sometimiento al fuero arbitral, debido a que únicamente se podría acudir al arbitraje ambiental con el pacto o acuerdo de las partes.

Para ello, se requeriría de la participación de todos los involucrados en la controversia, pues la exclusión de alguno significaría la posibilidad de activar la vía administrativa o judicial, y crear el consecuente conflicto competencial entre los fueros; dilema que nacería doctrinariamente

¹⁴ MERINO MERCHÁN, José F. y José M. CHILLÓN MEDINA. *Tratado de derecho arbitral*. Navarra: Editorial Thomson-Cívitas, 2006, 3.^a ed., tomo I, p. 257.

¹⁵ El convenio arbitral constituye la puerta de entrada; o mejor dicho, la aduana que permite el paso de controversias relativas a derechos disponibles, a un proceso; el cual, desde luego, debe desarrollarse con pleno respeto de las garantías del derecho a un debido proceso.

¹⁶ TRELLES CASTILLO, José Antonio. «Arbitraje y medio ambiente: Una relación que contamina». En <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/file.php?idarticulo=227#>.

desde la posibilidad de su existencia, y concluiría jurídicamente en el tema de fondo.

Sin embargo, debemos señalar que los derechos ambientales se dividen en derechos ambientales colectivos, individuales, patrimoniales y no patrimoniales; en especial, los daños ambientales patrimoniales individuales son, a toda luz, factibles de ser arbitrables, con la suscripción de un convenio o cláusula arbitral posterior al acontecimiento del daño ambiental.

Los daños ambientales pueden generar secuelas desastrosas en la disminución del patrimonio de los sujetos de derecho, lo cual infringe daños económicos cuantiosos. Al hablar de patrimonio, incluimos todos los bienes, deudas o derechos de una persona.¹⁷

El origen de este percance se debe a que, en materia ambiental, no existe un colectivo determinado, e incluso determinable, que posibilite su válida actuación como parte en un proceso arbitral, pues la legitimación procesal involucra el carácter positivo de participación, y negativo de exclusión de los terceros ajenos a la controversia, y cuyos derechos, supuestamente, se encuentran desvinculados.

Teniendo en cuenta dicho colectivo, en materia arbitral sólo se encontrarían legitimados para accionar,¹⁸ quienes hubieran suscrito el

¹⁷ VIDAL RAMOS, Roger. *Ob. cit.*, p. 109.

¹⁸ Pero, el inconveniente de la determinación de las partes en el proceso, llevaría a otra dificultad respecto a la designación y composición del árbitro único o del tribunal arbitral, debido a que según la normativa arbitral, las partes son las facultadas para designar al tercero dirimente, siendo cualquier defecto en la composición, una válida causal de anulación del laudo arbitral.

En cambio, en materia ambiental, la universalidad de la acción deriva del legítimo interés de cualquier persona de proteger el bien jurídicamente tutelado y el derecho constitucionalmente reconocido, debido a que cualquier afectación al medio ambiente no tiene únicamente repercusiones directas en una comunidad exclusiva y temporal.

convenio arbitral, o quienes se sometieran al proceso arbitral, teniendo efectos excluyentes hacia los terceros. En ese supuesto, tendríamos que entender que sólo quienes se sometan al proceso arbitral podrían tener legitimidad, siendo el acuerdo y la decisión final —laudo arbitral— exigibles y oponibles sólo a éstos.

Sin embargo, no compartimos esta posición. Debemos recalcar que los supuestos para que se acuda a un arbitraje, según la LGA (ley peruana de arbitraje) son amplios, si bien la falta de convenio arbitral o la complejidad de los daños ambientales por las numerosas personas —partes procesales— y los numerosos problemas procesales, podría generar dificultades, pero que bien podrían ser superados y sistematizados por un arbitraje ambiental administrativo, en consideración a que el arbitraje ambiental está regulado en el sistema peruano, no siendo una figura aislada al ordenamiento jurídico o que contravenga la Constitución y la Ley General del Ambiente.

En esencia, el Estado, los abogados y la sociedad civil son quienes tienen las facultades e interés de institucionalizar el arbitraje ambiental administrativo, siempre fiscalizado y tramitado por el Estado; es decir, el Ministerio del Ambiente. Si siempre optáramos por los fueros judiciales, estaríamos condenados a un litigio inacabable de penosos y largos años, terminando la causa ambiental en algún Pleno Casatorio.

Entonces, el primer aspecto a tomar en cuenta, es que los intereses involucrados en un proceso arbitral y uno ambiental son distintos, pues al último se vinculan los intereses difusos y al primero, los de contenido patrimonial y de libre disposición de los intervinientes.

En ese entendido, la afectación del medio ambiente no puede excluir a aquéllos que no se encuentren directamente afectados por un hecho o circunstancia, debido a que cualquier persona se encuentra legitimada para exigir la suspensión del hecho que estuviera afectando el medio ambiente.

4. MATERIAS ARBITRABLES AMBIENTALES

La Ley General del Ambiente ha establecido un *numerus clausus* respecto a cuáles son los supuestos que podrían ser materia arbitrable, siendo estos casos muy particulares y precisos, que se podrían ventilar en un arbitraje; los mismos que señalamos a continuación:

- a) Cuando se quiera determinar los montos indemnizatorios por daños ambientales o por comisión de delitos ambientales;
- b) Cuando se trate de definir obligaciones compensatorias que puedan surgir de un proceso administrativo, sean pecuniarias o no;
- c) Aquellas controversias en la ejecución e implementación de contratos de acceso y aprovechamiento de recursos naturales;
- d) A efectos de precisar aquellos casos de limitaciones al derecho de propiedad preexistente a la creación e implementación de un área natural protegida;
- e) Conflictos entre usuarios con derechos superpuestos e incompatibles sobre espacios o recursos sujetos a ordenamiento o zonificación ambiental.

La LGA, en su artículo 153, establece cuáles son los límites del laudo arbitral o del acuerdo conciliatorio:

- a) El laudo arbitral o el acuerdo conciliatorio no puede vulnerar la normatividad ambiental vigente ni modificar normas que establezcan límites máximos permisibles, u otros instrumentos de gestión ambiental, ni considerar estándares de calidad ambiental diferentes a los establecidos por la autoridad ambiental competente. Sin embargo, en ausencia de éstos, son de aplicación los establecidos a nivel internacional, siempre que medie un

acuerdo entre las partes, o en ausencia de éste, a lo propuesto por la Autoridad Nacional Ambiental; y

- b) De igual manera, se pueden establecer compromisos de adecuación a las normas ambientales en plazos establecidos de común acuerdo entre las partes, para lo cual deberán contar con el visto bueno de la autoridad ambiental competente, la misma que deberá velar por que dicho acuerdo no vulnere derechos de terceros ni genere afectación grave o irreparable al ambiente.

Coherente con la importancia que representan para nuestro país las inversiones en recursos naturales y las actividades extractivas, es necesario que el arbitraje ambiental cobre mayor importancia, debido a que el Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje y la LGA, concuerdan entre sus principios rectores en que es factible que, mediante un tribunal arbitral, puedan ventilarse controversias ambientales. Todo esto depende de que exista la voluntad de acudir al arbitraje ambiental por parte de las empresas, los entes administrativos, las personas y asociaciones que consideren que se vulneran o vulneraron sus derechos ambientales.

De establecerse en el Perú la práctica de arbitrajes ambientales, será fundamental otorgar un rol protagónico al Estado, por cuanto, obligatoriamente, se trataría de un arbitraje ambiental-administrativo. Asimismo, se debería dotar de un personal administrativo capacitado de árbitros y secretarios especializados en derecho ambiental y recursos naturales. Este arbitraje ambiental podría recaer en el Tribunal de Solución de Controversias Ambientales,¹⁹ que representaría la autoridad administrativa que se encargaría de la administración del Centro de

¹⁹ Decreto Legislativo n.º 1013, Creación del Ministerio del Ambiente

13.1 El Tribunal de Solución de Controversias Ambientales es el órgano encargado de resolver los conflictos de competencia en materia ambiental y la última instancia administrativa respecto de los procedimientos administrativos que se precisan en el reglamento de la presente ley. Asimismo, es competente para resolver conflictos en materia ambiental a través de la conciliación u otros mecanismos de solución de controversias extrajudiciales, constituyéndose en

Arbitraje y asumir el trámite procesal de los arbitrajes ambientales como la autoridad ambiental arbitral, tal como sucede con el Organismo Superior de las Contrataciones Estatales, por cuanto sería más ventajoso para las empresas y compañías de explotación de recursos naturales, ante el surgimiento de controversias entre empresas y/o personas naturales sobre superposición de derechos entre empresas o por el pago del justiprecio en expropiaciones.

No cabe duda de que el arbitraje ambiental administrativo sería un mecanismo procesal de gran utilidad frente al inacabable litigio judicial.

5. CONTROVERSIAS SOMETIDAS A COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

a) **Montos indemnizatorios por daños ambientales o por comisión de delitos ambientales**

Entendemos que la LGA es precisa en determinar que todas aquellas controversias o conflictos de intereses que versen sobre daños ambientales podrían ventilarse en un proceso arbitral, sobre todo cuando se trata de problemas entre privados, como podría ser el ocasionado por una fábrica que, mediante sus emanaciones, ruidos y afluentes, perjudica los derechos ambientales patrimoniales y no patrimoniales de un determinado vecindario.

Asimismo, puede ser considerado dentro de estos supuestos, cualquier tema de daños ambientales por contaminación de actividades extractivas (minería e hidrocarburos).

la instancia previa extrajudicial de carácter obligatorio antes de iniciar una acción judicial en materia ambiental.

13.2 Las funciones y la organización del Tribunal de Solución de Controversias Ambientales se rigen por lo establecido en la Ley n.º 28245, Ley Marco del Sistema de Gestión Ambiental y demás normas pertinentes.

En sede nacional, el caso Yanacocha²⁰ hubiera podido haberse tramitado en vía arbitral. Muchos recordamos que se establecieron procesos judiciales donde uno de los petitorios de los pobladores afectados por el derrame del mercurio, se refería a los daños ambientales indemnizables.

Respecto a los delitos ambientales, creemos que sería mejor que el monto de la reparación civil pueda verse en vía arbitral con participación del Ministerio Público, pero la persecución y sanción por la Comisión de los Delitos Ambientales, debería seguirse en la correspondiente vía judicial.

Lo complejo y excesivamente oneroso que podría resultar litigar en un proceso judicial, como es el caso de una indemnización por daños ambientales ante los tribunales de justicia, de por sí adolecería de la carencia de especialistas en derecho ambiental; es decir, peritos; presupuesto para financiar diligencias e inspecciones oculares, etc.

Un bueno ejemplo de esto es el Caso *Chevron vs. Ecuador* n.º 2003-0002,²¹ sentencia de primera instancia que representa un fallo

²⁰ El famoso caso del derrame de mercurio de la Minera Yanachocha en contra de los pobladores de la Comunidad Campesina de Choropampa, no sólo es escandaloso y cuestionable en los términos de las diversas transacciones extrajudiciales suscritas. Sucede que los campesinos realizaron una transacción con la Minera Yanachocha, por la cual la empresa se obliga a efectuar el pago de una suma irrisoria como compensación por los daños ambientales y personales que ocasione el derrame de mercurio en desmedro de los campesinos de Choropampa, quienes, a su vez, se obligan a no establecer ninguna otra acción procesal por los daños ambientales.

²¹ La sentencia de primera instancia del *Caso Chevron vs. María Aguinda y otros* (Ecuador), considera dentro de los fundamentos de la sentencia, las medidas de reparación, enfocadas a que pueden ser aplicadas a los daños materiales: «considerando que éstas pueden ser de tres tipos: (1) medidas principales, enfocadas a reponer los recursos naturales a su estado básico, en la medida y a la brevedad posible; (2) medidas complementarias, creadas reconociendo que las medidas principales pueden demorar o no ser del todo efectivas, y cuyo objetivo es compensar el hecho de que la reparación primaria no consiga la plena restitución de los

ejemplar a nivel mundial, respecto de la sanción por la alta contaminación ocasionada por actividades petroleras de la subsidiaria (*Chevron*) de la compañía norteamericana Texaco. El juez ecuatoriano, Nicolás Zambrano,²² frente al daño ambiental y cultural, condenó a *Chevron* al pago de más de US\$8,646'000,000.00 por reparación, a fin de costear la recuperación de las condiciones naturales del suelo (US\$5'396,160.00); de aguas subterráneas (US\$600'000,000.00); de especies nativas al menos por veinte años (US\$200'000,000.00); mitigar —al ser un daño de imposible reparación— los daños de salud en las poblaciones afectadas (US\$150'000,000.00); crear un sistema de salud (US\$1,400'000,000.00); la provisión de un plan de salud que incluya un tratamiento para las personas con cáncer (US\$800'000,000.00); y la reconstrucción comunitaria y reafirmación étnica para mitigar el irreparable daño cultural ocasionado (US\$100'000,000.00).²³

b) Obligaciones compensatorias derivadas de un proceso administrativo

Podemos considerar a todos los procedimientos administrativos sancionadores establecidos por el Ejecutivo en contra de empresas de diversos rubros comerciales e industriales.

A manera de ejemplo, si el Ministerio de la Producción sancionara con una multa a una fábrica de cartón por incumplimiento de declaración del estado de sus estándares de calidad ambiental y límites máximos permisibles, las multas y compensaciones derivadas del procedimiento administrativo podrían ser derivadas a un arbitraje de derecho, por lo que existe la posibilidad de arbitrar las multas impuestas por

recursos naturales y compensar el tiempo que pasa sin reparación; y (3) medidas de mitigación, destinadas a disminuir y atenuar el efecto de daños de imposible reparación».

²² Sentencia Caso n.º 2003-00002 *Ecuador vs. Texaco*.

²³ VIDAL RAMOS, Roger. *La responsabilidad civil por daño ambiental en el Sistema Peruano*. *Lex & Iuris*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil, 2014, pp. 184-290.

las autoridades ambientales competentes, ante incumplimientos de las normas ambientales administrativas.

El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), hoy en día adolece de un problema, por cuanto sus resoluciones administrativas sancionadoras son apeladas ante un proceso contencioso-administrativo en la vía judicial. Consideramos que se podría aplicar en estos supuestos el arbitraje ambiental administrativo, a fin de que un tribunal arbitral especializado pueda conocer esta controversia entre las empresas sancionadas y el OEFA (Ministerio del Ambiente).

A manera de referencia, el rol que cumple el OEFA, como ente sancionador ambiental, queda manifestado en la multa impuesta por 56 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), equivalente a S/.207,200.00, imputada a la responsabilidad de la Compañía Minera Antamina S.A., por infringir la legislación ambiental, a consecuencia del derrame de cobre ocurrido el 25 de julio de 2012.²⁴

²⁴ Ver: OEFA: <http://www.oefa.gob.pe/?p=26889> Lima, 5 de junio de 2013.- Mediante Resolución Directoral n.º 262-2013-OEFA/DFSAI, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental —OEFA— sancionó con una multa de 56 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), equivalente a S/. 207,200,00, a Compañía Minera Antamina S.A., la cual le fue impuesta por infringir la legislación ambiental a consecuencia del derrame de cobre ocurrido el 25 de julio de 2012, a la altura del kilómetro 110 de la ruta Pativilca - Conococha, en el caserío Santa Rosa, perteneciente al distrito de Cajacay, provincia de Bolognesi, departamento de Ancash. Del derrame de las cuarenticinco toneladas de cobre, producto de la rotura del codo de una tubería en la estación de válvulas VS-01 del mineroducto de la Compañía Minera Antamina, tres toneladas de mineral impactaron negativamente en el ambiente, ocasionando problemas ambientales sobre el suelo natural y flora, como árboles de eucalipto y pino, los cuales tuvieron que ser talados. El titular minero fue sancionado por esta infracción con una multa de 50 UIT, al haberse determinado la existencia de daño ambiental. Asimismo, la compañía minera no cumplió con proporcionar de manera completa los datos e información del accidente ambiental, ni con adecuar la comunicación presentada al OEFA en el formato de reporte de emergencias (Formato n.º 3 «Aviso de Accidente Ambiental»), por lo que, además, se le sancionó con una multa ascendente a 6 UIT.

c) Controversias en la ejecución e implementación de contratos de acceso y aprovechamiento de recursos naturales

Es factible poder resolver cualquier controversia que surja de la ejecución e implementación de los contratos, desde el acceso al recurso natural y en forma posterior a su aprovechamiento.

A nuestro entender, éstas podrían generarse por discrepancias derivadas de concesiones forestales, concesiones mineras y otorgamiento de licencias y contratos para la explotación de hidrocarburos.

Según el profesor Blanco Uribe,²⁵ al tratar el tema de la responsabilidad civil contractual en materia ambiental proveniente del incumplimiento de un contrato en el cual se ha pactado una cláusula de arbitramento, el conflicto estaría siendo resuelto por el tribunal que se designe para estos fines.

d) Limitaciones al derecho de propiedad preexistente a la creación e implementación de un Área Natural Protegida (ANP)

Sin duda alguna, el derecho de propiedad y las áreas naturales protegidas representan un problema de primordial importancia, por cuanto la falta de catastro forestal, condiciones perjudiciales y agrestes de la geografía nacional, la falta de coordinación entre el gobierno central y los gobiernos locales-regionales, son la causa de que se proponga la creación de áreas naturales protegidas en lugares donde existen derechos de propiedad otorgados con mucha anticipación.

Esto deviene siempre en numerosos problemas administrativos y judiciales.

²⁵ *Cit.* GAITÁN OCHOA, Luis Fernando. «Arbitraje ambiental: instrumentos para la solución de conflictos». En *Lecturas sobre derecho del medio ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 259.

En países con una selva muy extensa, colmada de biodiversidad y con pocas informaciones de coordenadas geográficas, tales como Perú y Brasil, surge siempre la posibilidad de que aparezcan conflictos y superposiciones de derechos con los establecidos en áreas naturales protegidas y otros derechos de propiedad de personas jurídicas o naturales.

Sobre este tema en particular, el Tribunal Constitucional se pronunció en una sentencia sobre el Expediente n.º 03343-2007-PA/TC, proceso que versa sobre una interposición de una demanda de amparo en protección de un área de conservación regional en contra de las actividades de exploración y posible posterior explotación petrolera por parte de un consorcio empresarial.²⁶

La sentencia del tribunal trae consigo muchas interrogantes y disyuntivas desde dos ópticas. La primera de ellas, referida a la importancia estratégica y territorial del Área de Conservación Regional de la Cordillera Escalera; la importancia de proteger las reservas de agua, la biodiversidad y la protección de la propiedad e identidad de las comunidades indígenas; y la segunda posición, se enmarca en la defensa del derecho preexistente del Consorcio Petrolero demandado, en su interés por desarrollar sus actividades de exploración y explotación petrolera, y el interés del Estado de brindar seguridad jurídica a las diversas inversiones en actividades extractivas.

e) Conflictos sobre derechos superpuestos e incompatibles

Consideramos que los incisos d) y e) del artículo 152 de la Ley General del Ambiente vienen a tener la misma finalidad, en el sentido de que las dos normas buscan contar con competencias arbitrales respecto a los conflictos sobre superposición de derechos e incompatibilidades; y frente a aquellas formas de limitación del derecho de propiedad en cuanto a la preexistencia o creación de un área natural protegida.

²⁶ VIDAL RAMOS, Roger. «Las áreas naturales protegidas y las actividades en Hidrocarburos. El caso Cordillera Escalera». En *Gaceta Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, n.º 22, pp. 338-339.

En los últimos años son numerosos los conflictos que se presentan por la superposición de derechos sobre concesiones relativas a los recursos naturales frente a áreas naturales protegidas; los cuales, de no tener una especializada y rápida solución, estamos seguros de que conllevarán a una inseguridad jurídica en nuestro país.

Inevitablemente, todo conflicto ambiental y superposición de derechos sobre recursos naturales sólo genera falta de seguridad jurídica.

El otorgamiento o la asignación de derechos reales siguen generando en el Perú seria susceptibilidad, donde no sólo las empresas como las de hidrocarburos reclaman sus derechos otorgados sobre los recursos naturales frente a lo que consideran un clima de inestabilidad jurídica, sino que esto también se extiende a otras actividades, en donde concesionarios mineros o madereros, de conservación o de ecoturismo, ven amenazada su inversión por el otorgamiento de derechos superpuestos a los suyos y que afectan el cumplimiento de sus obligaciones con el Estado.²⁷

El Estado se encuentra obligado a brindar seguridad jurídica a las compañías que invierten en actividades extractivas. De no ser coherente con esta política de promover las inversiones, y ser el Estado el primer interesado en establecer sólidos lazos entre las inversiones y las políticas ambientales nacionales y regionales, se podría estar abriendo una «Caja de Pandora», dejando abiertas innumerables posibilidades de desconocimiento total de los derechos adquiridos en recursos naturales por parte de sus titulares o la población; esto por la creación de cualquier ANPS, —sea cual fuere su modalidad— en forma posterior a la concesión minera o al contrato de exploración en hidrocarburos.

¿Qué sucedería si los municipios, en ejercicio de sus facultades ambientales, deciden conformar una nueva área de conservación municipal o, por voluntad política de los gobiernos regionales, conformen un

²⁷ VIDAL RAMOS, Roger. «Las áreas naturales protegidas y las actividades en Hidrocarburos, el caso Cordillera Escalera». *Ob. cit.*, p. 347.

área de conservación regional, en un lugar donde existe un petitorio minero o un contrato de exploración de petróleo o gas?

Estamos seguros de que estos supuestos representarían una señal de inseguridad jurídica que repercutiría seriamente en las actividades extractivas, en desmedro de las inversiones que benefician al país.

6. LÍMITES DEL LAUDO

El tribunal arbitral tiene la prohibición de laudar en contra de la normatividad ambiental vigente, impidiendo la modificación de Límites Máximos Permisibles (LMPs), Estándares de Calidad Ambiental (ECAs) y otros instrumentos de gestión ambiental. El tribunal tiene que fundamentar y motivar el laudo; primero, aplicando en todo el proceso arbitral el principio de legalidad; y, segundo, cumpliendo con laudar en base a la numerosa normativa ambiental sectorizada y del Ministerio del Ambiente. Lo ideal sería emitir un laudo debidamente motivado en estricta sujeción a la normativa ambiental vigente y el conjunto de tratados internacionales de protección al medio ambiente y los recursos naturales.

Otro punto que se tiene que considerar al momento de laudar y durante el proceso arbitral, es que no se puede modificar los ECAs y los LMPs, por cuanto son los márgenes tolerables que se deben tener en cuenta para efectuar actividades industriales, y los mismos son considerados como las expectativas de mejoramiento de las condiciones ambientales.

De no existir normativa ambiental, Límites Máximos Permisibles, Estándares de Calidad Ambiental u otro mecanismo de gestión ambiental, en forma excepcional, serían de aplicación los principios del derecho internacional ambiental, siempre que medie un acuerdo entre las partes; o, en ausencia de dicho acuerdo entre las partes, se estaría a lo propuesto por el Ministerio del Ambiente.

Otra disposición de «acuerdo común» se encuentra prevista en el artículo 153.2, que señala lo siguiente:

[...] de igual manera, se pueden establecer compromisos de adecuación a las normas ambientales en plazos establecidos de común acuerdo entre las partes, para lo cual deberán contar con el visto bueno de la autoridad ambiental competente, quien deberá velar por que dicho acuerdo no vulnere derechos de terceros ni genere afectación grave o irreparable al ambiente.

En atención a lo anterior, podríamos destacar que esta norma permitiría que las partes afectadas puedan estar en posición de establecer compromisos de adecuación a normas ambientales, siempre que cuenten con la participación y aprobación del Ministerio del Ambiente.

Por los puntos descritos anteriormente, el laudo en materia ambiental deberá conservar criterios esenciales como los derechos ambientales fundamentales y tutela de los derechos difusos, por lo que se estaría predisponiendo el diseño de un laudo con observancia estricta de las normativas ambientales, y a la vez, depositando plena confianza en la alta especialidad en derecho ambiental de los árbitros, que se podrá evidenciar en un correcto criterio de interpretación de los hechos, medios probatorios y fundamentos legales esgrimidos por las partes procesales.

7. ERIN BROCKOVICH

La recordada y taquillera película «Erin Brockovich» (protagonizada por Julia Roberts), relata la historia de la investigación por parte de Erin, que sin ser abogada y solamente impulsada por la injusticia que presencia al constatar los engaños urdidos por la empresa causante de daños ambientales colectivos o difusos (*Pacific Gas & Electric*) para que los habitantes de la zona no descubran la contaminación. Es ella quien inicia una investigación exhaustiva que la llevará a descubrir que se trata

de una contaminación gigantesca, que afecta a centenares de personas y que estaría generando daños a la salud y muertes.

Con brillante astucia, esfuerzo y persuasión, Erin logra obtener la confianza de todas las personas que sufrían en forma prolongada los daños ambientales y logra conseguir las primeras evidencias (testimonios, informes internos de la empresa e información personal) de que la actividad contaminante causaba enfermedades cancerígenas generadas por el agua.

Lamentablemente, para el abogado y Erin, su nula experiencia en controversias ambientales y la falta de recursos económicos que financiase el largo litigio (judicial) representan motivos razonables que logran concretar una alianza estratégica, encontrando conveniente asociarse a una firma de abogados que sí estaba en condiciones de brindar el soporte legal ambiental y económico en un proceso de tutela de derechos difusos por la «acción de clase» o «*class action*».

Casi al término de la película es que, por acuerdo de los abogados, se opta por acudir a un arbitraje ambiental, a fin de que el litigio pueda tener mayor especialidad y celeridad. El tribunal arbitral otorgó una cifra indemnizatoria sin precedentes.

El caso llega a un final «¿feliz?» cuando, una vez conseguido el consenso con la clase, las partes se someten a un arbitraje voluntario vinculante (*binding voluntary arbitration*) para medir los daños y la cuantía de la reparación. En realidad, lo que hacen es someter a un juez la determinación de la indemnización, sin jurado. El monto final es de US\$333'000,000.00, repartidos entre las distintas personas (alrededor de 600).

¿Por qué los signos de pregunta en «feliz»? Porque como en la mayoría de los juicios por daños y perjuicios, la reparación se estima en dinero, pero el «daño» causado no es reparable. A la familia que dio ori-

gen al caso le tocan cinco millones («suficiente para que puedan vivir sin problemas ustedes, sus hijos, y los hijos de sus hijos»), pero a la mujer que perdió el útero, nadie se lo va a devolver.²⁸

La película simboliza hechos que presentan una connotación real: las actividades industriales (mineras, de hidrocarburos, nucleares, manufactureras o afines) pueden, en cualquier momento, desencadenar en actividades contaminantes que hagan necesario acudir a una justicia especializada y con celeridad, frente a la prevención o indemnización de los daños ambientales, puesto que sería muy complicado y oneroso que la justicia tradicional (Poder Judicial), que otorga el Estado, pueda brindar una tutela ambiental adecuada.

Es por esta razón que el arbitraje ambiental representa un mecanismo de solución de controversias ambientales vigente y especializado, al que se podría acudir en supuestos de suscitarse daños ambientales patrimoniales, sean individuales o colectivos.

8. CONCLUSIONES

- Existe una necesidad apremiante de institucionalizar en el Perú y otros países el arbitraje ambiental administrado, que permita constituir un mecanismo de solución de controversias ambientales, ante la constante generación de diversos conflictos socioambientales, que representan graves problemas entre sus principales actores: el Estado, las comunidades (campesinas, nativas y sociedad civil) y las empresas extractivas y diferentes industrias.
- El arbitraje ambiental podría tener la oportunidad de representar un mecanismo de solución de conflictos, que podría generar

²⁸ http://www.actioliberaincausa.com.ar/2010/09/cine-y-derecho-erin-brockovich-2000_08.html.

mayor seguridad jurídica a los inversionistas y tutelar los derechos ambientales públicos y privados.

- El Tribunal de Solución de Controversias Ambientales podría representar una vía administrativa que coadyuve a que los conflictos ambientales puedan tener, en un primer momento, el acercamiento inmediato entre los actores directos del conflicto; y en un segundo, que el conocimiento de este conflicto ambiental tenga la presencia y participación de un conjunto de profesionales (abogados, ingenieros, médicos, psicólogos y sociólogos, etc.), que junto a la conformación de un tribunal arbitral con árbitros especializados en derecho ambiental, permitirán que la emisión del laudo arbitral tenga la rigurosidad y especialidad por el conocimiento del conflicto ambiental.
- El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), entidad autónoma del Ministerio del Ambiente en el Perú, presenta una dificultad, por cuanto sus resoluciones administrativas sancionadoras son apeladas ante un proceso contencioso-administrativo en la vía judicial. Es por esta razón que surge la necesidad ante estos supuestos, de recurrir al arbitraje ambiental administrativo, a fin de que un tribunal arbitral especializado pueda conocer esta controversia entre las empresas sancionadas y el OEFA; de esta forma, el tribunal arbitral podrá determinar si el fallo administrativo presentó vulneraciones al debido proceso o adolece de una defectuosa motivación o indebida interpretación de la normativa ambiental.
- La conformación de un tribunal especializado en derecho ambiental podrá lograr la reducción de los extensos años de litigio en la vía judicial sobre materia ambiental. De esta forma, se estaría coadyuvando en la aplicación del principio de acceso y generación de la justicia ambiental regulado en el Título Preliminar de la Ley General del Ambiente.

- El arbitraje ambiental podrá representar una ventaja y protección del prestigio de las empresas o compañías industriales y extractivas, debido a que los discutidos daños ambientales, por el principio de confidencialidad en el arbitraje, no podrían filtrarse al público, conservando una buena imagen corporativa frente a las poblaciones, la sociedad y el Estado.

EL ARBITRAJE EN BRASIL
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
ABRIL DEL 2017, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220, URB. SANTA RITA
SANTIAGO DE SURCO, TELÉFONO: 444-2007
LIMA 33, PERÚ