

**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
FACULTAD DE DERECHO  
ESCUELA DE GRADUADOS

# **ARBITRAJE: estudio jurídico del caso de Brasil**

Tesis presentada al Programa de Magíster en Derecho de la Escuela de Graduados de la Universidad de Chile, para obtención del grado de Magíster, con Mención en Derecho Internacional,

Profesor: Mario Ramírez Necochea.

**MAGALY DAMKE.**

**Santiago de Chile, noviembre de 2003**



..	1
<b>AGRADECIMIENTOS .</b>	<b>3</b>
<b>INTRODUCCIÓN .</b>	<b>5</b>
<b>CAPÍTULO I. Naturaleza jurídica del arbitraje – nociones conceptuales .</b>	<b>9</b>
<b>Arbitraje en sentido amplio .</b>	<b>10</b>
<b>Arbitraje jurisdiccional . .</b>	<b>12</b>
<b>Arbitraje contractual . .</b>	<b>15</b>
<b>Estado y arbitraje .</b>	<b>17</b>
<b>Una visión de amplio alcance .</b>	<b>18</b>
<b>Comentarios .</b>	<b>20</b>
<b>CAPÍTULO II. GENERALIDADES SOBRE EL ARBITRAJE EN BRASIL .</b>	<b>21</b>
<b>Apertura Político-económica . .</b>	<b>21</b>
<b>Perspectivas históricas frente al arbitraje .</b>	<b>22</b>
<b>Marco Normativo . .</b>	<b>23</b>
<b>Tratados Internacionales .</b>	<b>24</b>
<b>Norma nacional .</b>	<b>27</b>
<b>CAPÍTULO III. Ley 9.307/96 .</b>	<b>29</b>
<b>Bases de la Reforma . .</b>	<b>29</b>
<b>Ámbito de aplicación .</b>	<b>30</b>
<b>Principios Universales del Arbitraje .</b>	<b>31</b>
<b>3.1. Principio de la autonomía de la voluntad . .</b>	<b>32</b>
<b>3.2. Principio del orden público y del orden público internacional .</b>	<b>33</b>
<b>Principios Procesales en la Ley de Arbitraje .</b>	<b>34</b>
<b>Principio del contradictorio .</b>	<b>35</b>
<b>Principio de la igualdad entre las partes . .</b>	<b>35</b>
<b>Principios de la imparcialidad del árbitro y de su libre convencimiento . .</b>	<b>35</b>
<b>El Procedimiento arbitral .</b>	<b>36</b>

Convención de arbitraje . . .	37
Inicio del arbitraje . . .	39
Los Árbitros . . .	39
La Sentencia Arbitral y su Nulidad . . .	40
La homologación y la ejecución de sentencias (laudos) arbitrales extranjeras . . .	42
Denegación “de oficio” . . .	45
Otros presupuesto negativos para la homologación . . .	45
La ejecución de laudos arbitrales extranjeros en Brasil – jurisprudencia . . .	47
Práctica de homologación . . .	49
En cuanto a la citación . . .	52
La actual jurisprudencia sobre el arbitraje . . .	53
Síntesis de la Ley 9.307/96 . . .	54
Comentarios . . .	55
<b>CAPÍTULO IV. El arbitraje como método de solución de controversias en inversión extranjera . . .</b>	<b>59</b>
Consideraciones preliminares . . .	60
Los conflictos entre inversionista extranjero y Estado receptor de la inversión . . .	61
El arbitraje en los tratados bilaterales de protección y promoción de inversión . . .	62
Acuerdo para Promoción y Protección recíproca de inversiones entre Chile y Brasil . . .	64
Brasil en cuanto a la inversión extranjera . . .	66
La experiencia chilena en inversión . . .	68
Algunos casos chilenos llevados al CIADI . . .	68
Víctor Pey Casado y Fundación Allende contra la República de Chile - caso Clarín . . .	70
Comentarios . . .	72
<b>CAPÍTULO V. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS CASOS CHILE Y BRASIL EN CUANTO AL ARBITRAJE . . .</b>	<b>75</b>
Marco normativo vigente en Chile . . .	75
Inquietudes respecto del ordenamiento interno chileno . . .	76
Propuesta para regular el arbitraje en Chile . . .	78

Brasil – “vacío” legal en cuanto al criterio de internacionalidad del arbitraje .	79
Uniformidad normativa del arbitraje comercial internacional en América Latina .	82
4. Comentarios .	83
CONCLUSIONES . .	87
BIBLIOGRAFÍA .	91
ANEXO 1 LEI N.º 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996 . .	99
ANEXO 2. Mandamientos del Árbitro <sup>148</sup> .	109
ANEXO 3. Directrices para el buen desarrollo del árbitro internacional . .	113
ANEXO 4. Principales siglas .	117

<sup>148</sup> Esta síntesis fue elaborada por el profesor paraguayo Juan Carlos Mendoza, con adaptaciones de Selma Maria Ferreira Lemes. “Árbitro – padrón de conducta ideal”. Publicación de la Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol. X, páginas 11/42, 1994.



---

*DEDICATORIA Este trabajo está dedicado a todos los grandes maestros de la ciencia jurídica, aquí representados en las personas de Avelino León Sttefens, in memoriam, profesor de Derecho Internacional Privado y de la Cátedra de Arbitraje Comercial Internacional, Mario Ramírez, profesor de Derecho Internacional Privado, Director del Departamento de Derecho Internacional y profesor guía en esta investigación, Jeannette Irigoín Barrene, profesora de Derecho Internacional Público y Directora del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, Alberto Rioseco, profesor de Derecho Internacional Público y titular de la Cátedra de Derecho de la Integración, y a la profesora Elina Mereminskaya, todos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en reconocimiento al importante aporte que hacen para la formación académica e intelectual, al preparar personas capacitadas para un mundo global.*





## AGRADECIMIENTOS

**Agradecimientos especiales a mis amigos Maria do Socorro y Claudio Flores**, maestros en la Universidad Federal del Estado brasileiro de Pará, a quienes tuve la gracia de conocer durante este trabajo investigativo, para el cual aportaron muchísimo.

Al abogado y profesor de Investigación Jurídica de la Universidad de Chile, **Gabriel Álvarez Undurraga**.

A la Cámara de Comercio de Santiago, en la persona de Karin Helmilinger, Directora Ejecutiva de Arbitraje y Mediación y al Ministerio de Relaciones Exteriores y al Supremo Tribunal Federal de Brasil, a través de sus servidores, por contribuir a esta investigación.

A mis familiares, compañeros de curso, a los funcionarios de la Universidad de Chile, en las personas de Liliana Díaz Salazar, Ester Pérez secretarias del curso de Magíster, a mis amigos.

A mi emprendedor y maravilloso esposo Luiz Ghizzi.



# INTRODUCCIÓN

***“El arbitraje es, nada más ni nada menos, que una pura técnica. No vale, en consecuencia, construir una filosofía y, en algunos casos, una verdadera poesía en su torno. Es una simple técnica, y en cuanto tal hay que divulgarla y conocerla para su mejor utilización”. (Bernardo M. Cremades) <sup>1</sup>***

La globalización, así denominada para traducir lo que acontece en una parte del planeta, necesariamente repercute en el resto, vive de cerca con otro fenómeno contrapuesto: el fortalecimiento de las relaciones entre los particulares. Tal realidad repercute en el derecho interno y en el derecho internacional.

Al lado del crecimiento y de la búsqueda incesante de capital para la satisfacción de intereses económicos financieros, el derecho requiere de herramientas que establezcan seguridad en las relaciones jurídicas, las cuales, a su vez, no dejan de generar efectos obligacionales.

El arbitraje surge en este contexto, como “estrella” de los medios de solución pacífica de controversias y ejerce papel de extrema importancia como mecanismo capaz de asegurar cierto control jurídico para las negociaciones.

Es clasificado por la doctrina como parte de los denominados *medios jurídicos*, cuya característica esencial es que el conflicto se resuelve definitivamente por una sentencia cuyo contenido es vinculante para las partes en la litis.

Es precisamente esta característica la que lo diferencia de los llamados *medios*

---

<sup>1</sup> Citado por Pucci, Adriana, in: *Arbitraje en los Países del MERCOSUR – Editorial Ad Hoc, 1997 p.242.*

*diplomáticos o políticos* (como son la mediación y la conciliación), en los cuales no se resuelve directamente la controversia, sino que son las mismas partes, con la asistencia de un tercero, las que buscan solucionar el conflicto.

Los principios de la autonomía de la voluntad y de la buena fe son pilares imprescindibles en la sustentación de las relaciones comerciales y dan la base necesaria al fundamento teórico del arbitraje, son la fuerza creadora de los derechos y de las obligaciones.

La práctica del arbitraje se remota a la antigüedad, siendo ampliamente difundido durante el Imperio Romano. Una de las primeras codificaciones que generó el instituto fue el Código francés de Procedimiento de 1806, que conoció entre sus antecedentes a la ley inglesa de arbitraje de 1698<sup>2</sup>.

Durante el siglo XIX, esta forma privada de solución de controversias fue adoptada por muchas organizaciones internacionales, en especial por asociaciones que agrupaban gran número de productores y vendedores de materias primas. La Cámara de Comercio Internacional y las Cámaras de comercio locales han elaborado reglas relativas al arbitraje para solucionar conflictos entre sus afiliados.

Importante destacar las Convenciones de Nueva York de 1958, que establece las bases cuyo procedimiento debe exigirse para que una sentencia arbitral procedente del extranjero pueda ser aplicada en el país donde se demanda su ejecución y Convención de Washington de 1965, establecida para regular los conflictos que pudieren suscitar entre un Estado y los nacionales de otros, con motivo de inversiones efectuadas en aquél.

La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre arbitraje comercial internacional, tuvo en cuenta la “uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional”, aprobada en 21 de junio de 1985.

En este contexto, los países de la región también modifican sus ordenamientos legales para ajustarlos a las necesidades del arbitraje internacional. Estudiaremos los casos de Chile y Brasil.

Este trabajo tiene la pretensión de responder algunas inquietudes, tales como: ¿Están estos países preparados para reglamentar las nuevas relaciones comerciales, frente al mundo globalizado? ¿Qué legislaciones existen, en torno al tema? ¿Actualmente, tiene Brasil ratificado algún Tratado o Convención Internacional frente al tema del Arbitraje Comercial Internacional? ¿Existe en este país alguna Ley que reglamente el arbitraje interno? Y finalmente, ¿Se podría hacer algún tipo de comparación entre los dos países en este particular?

El objetivo general del trabajo es analizar el arbitraje como medio de resolución de controversias en el derecho: el caso de Brasil.

Los objetivos específicos son:

---

<sup>2</sup> Serie Textos Internacionales *Arbitraje Comercial Internacional*, de la Asociación Latino-Americana de Libre Comercio - ALAC Edición N° 01, del año 1971, p. 03.

Reconocer la legislación existente en Chile y en Brasil, en cuanto al arbitraje;

Establecer ideas conclusivas e interpretativas en torno al asunto.

La investigación contiene, básicamente los siguientes contenidos (por capítulos):

Introducción;

Nociones conceptuales acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje;

El Arbitraje en Brasil;

Arbitraje como método de resolución de controversias en inversión extranjera;

El análisis comparativo entre los casos de Chile y Brasil, en cuanto al Arbitraje.

Como extranjera, enfrento el inmenso desafío de transmitir el mensaje en un idioma que no es el mío. Sin embargo, el privilegio de contar con brillantes maestros y con lectores comprensivos, colaboran con la pretensión de difundir esta *técnica*, conforme está denominada en el prólogo de esta introducción y compartir especialmente la realidad de Brasil en este campo.

Como hipótesis se plantea que:

Entendiendo que el Arbitraje es una práctica muy antigua, que ha estado actuando con más o menos fuerza a lo largo de la historia del comercio, es posible que la marcada tendencia actual en adoptarla como uno de los procedimientos para resolver los conflictos en el campo del comercio internacional, siga la tendencia de los procesos de globalización y libre comercio;

Si el ordenamiento jurídico de un país (en este caso, Brasil) está adecuado a las necesidades de las nuevas relaciones en materias de negocios en cuanto a la solución de controversias, mediante una adecuada legislación en el ámbito interno e internacional, entonces se genera un ambiente propicio y confiable a la llegada de capitales nacionales y provenientes del exterior.

La investigación sigue el método documental, ya que privilegia el análisis de la legislación, de la doctrina y jurisprudencia existente en la materia, en el marco del enfoque descriptivo y explicativo de las ideas establecidas.

El estudio del derecho comparado sirve de parámetro para la investigación del arbitraje frente al ordenamiento de nuestros países y a una realidad que a veces insiste en la falta de percepción de las ventajas que propician los medios alternativos de solución de controversias, específicamente en lo que respecta a las relaciones de índole económica.



# CAPÍTULO I. Naturaleza jurídica del arbitraje – nociones conceptuales

Debido a la importancia teórica que conlleva y por las consecuencias políticas que implica, el tema de la naturaleza jurídica del arbitraje, constituye una discusión que despierta apasionados posicionamientos de los estudiosos.

Efectivamente, la técnica de arbitraje afecta a uno de los pilares del poder del Estado: el poder dictar la norma aplicable al caso concreto, tomando para sí el monopolio de la sanción y de la pacificación social. Desde esa perspectiva, la extensión dada al arbitraje es vista como un desafío a este poder.

Antes de que hablemos el tema de la controvertida naturaleza jurídica del arbitraje, entendemos oportuno esclarecer sobre su **aspecto jurisdiccional**, un importante concepto para este trabajo.

La jurisdicción se define especialmente por la composición del debate jurídico a través del Estado, que cumple el papel del tercero, ajeno a las partes.

El Estado, fiador de la seguridad común, tomó la función de declarar o de imponer el Derecho. Jurisdicción es, por lo tanto, la composición de un conflicto por un tercero desinteresado, siendo este representante del Estado y aplicando el ordenamiento jurídico por él creado y que tiene como fin último, la paz social.

En cuanto al debate sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, (este se prolonga desde fines del siglo pasado y, al parecer, seguirá existiendo, dependiendo de los intereses

políticos que la muevan), el estudio del derecho comparado nos permite conocer tres conceptos distintos de arbitraje: en sentido amplio, contractual y jurisdiccional.

## Arbitraje en sentido amplio

El arbitraje en sentido amplio se caracteriza siempre que un conflicto de intereses sea solucionado a través de la decisión de un tercero, que no esté necesariamente investido de todas las funciones de un juez<sup>3</sup>. El concepto involucra una variedad de instituciones.

La dificultad en establecer reglas armónicas entre los estados determina definiciones abiertas y reglamentaciones que permiten una amplia libertad.

En definitiva, se requiere de una noción de arbitraje que no esté ajustada a las reglas del sistema jurídico interno, antes sí, a la autonomía de la voluntad de las partes<sup>4</sup>.

Sus elementos no pueden suscitar objeciones a la jurisdicción en donde serán aplicados.

La técnica utilizada para armonizar sistemas distintos sin que estos pierdan sus particularidades, sino que admitiendo efectos análogos es de los tratados y convenciones internacionales.

Esos diplomas, que en la mayoría de los países tienen forma propia de introducción legislativa, se incorporan en el arbitraje, según René David, bajo dos concepciones distintas:

a) En la forma clásica, los estados soberanos reglamentan las relaciones jurídicas y los países que acogen a los tratados y a las convenciones, alejan el derecho interno de las relaciones internacionales.

b) En la segunda concepción, los estados reconocen determinadas reglas, que, pese a no ser objeto de ratificación de tratados o convenciones, son aplicadas, por pertenecer a un derecho común internacional (*jus gentium*), especialmente considerado en caso de vacíos legislativos del derecho interno<sup>5</sup>.

En dicho caso, se trata del *jus mercatorum*, derecho determinado por los usos y costumbres comerciales en las relaciones internacionales.

---

<sup>3</sup> Antoine Kassis afirma con precisión que: "C'est-à-dire que toutes les fois qu'un litigie est trauche grace au recours à un tiers qui n'est pas magistrat il y a arbitrage." (Problèmes de base de l'arbitrage en droit compare e ent droit international, Tome I, Arbitrage Juridnel et Arbitrage Contractuel, Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987. p. 37).

<sup>4</sup> "A complexidade dos contratos internacionais envolvendo partes sujeitas a normas nacionais diversas, torna necessário o conhecimento especializado e muitas vezes peculiar a determinado tipo de comércio, regido por usos e costumes estabelecidos no comércio internacional" (Magalhães, José Carlos de. Arbitragem Internacional Privada. Revista Forense, n. 279, p. 99).

<sup>5</sup> David, René. Le droit du commerce international – réflexions d'un comparatiste sur le droit international prive. Paris: Economica, 1987 p. 37.



Es admitida la *lex mercatoria* como fuente de derecho consuetudinario en el mismo nivel jerárquico de otras normas, consignadas expresamente en el ordenamiento jurídico<sup>6</sup>.

La definición tradicional del arbitraje en tanto instituto a través del cual las partes confían a un tercero, libremente designado por ellas, la misión de solucionar sus controversias, viene a servir a este propósito<sup>7</sup>.

Fue con esta preocupación que el legislativo francés de 1981, a ejemplo de otros países, se ha separado de la noción clásica de metodología conflictiva entre las normas extranjeras, tratados, convenciones y reglas de derecho interno, con la finalidad de obedecer a las costumbres en las relaciones internacionales<sup>8</sup>.

El comercio internacional funciona a veces como un “laboratorio” para las nuevas relaciones comerciales del derecho interno.

El nuevo escenario económico impone un ritmo creativo, estableciendo nuevas figuras jurídicas que solamente encuentran eficacia en el plan de la *autonomía de la voluntad*.

Desde la óptica internacional, el arbitraje debe ser visto de forma generalizada, para que pueda albergar criterios normativos de varios sistemas con sus diferencias<sup>9</sup>.

Este mismo fenómeno ocurre con respecto al arbitraje, que requiere formas flexibles de derecho y juicio equitativo.

Los árbitros son revestidos de amplia libertad en la conducción del juicio arbitral: en el arbitraje tendrá que prevalecer la autonomía de la voluntad. El procedimiento debe ser libremente establecido por las partes, bien como la opción por las normas de fondo que serán aplicadas y que se suman a los usos y costumbres comerciales.

Los arbitrajes institucionales y *ad hoc*<sup>10</sup> se revelan indispensables como

<sup>6</sup> La *lex mercatoria* entendida según J. A. Tavares Guerreiro: “*Nos domínios da moderna lex mercatoria, as partes inclusive na estipulação da arbitragem – teriam liberdade de contratar até o próprio ponto de submeter-se a normas não estatais, localizáveis em um conjunto normativo formado pelas práticas profissionais, pelos usos e costumes e por princípios gerais*” (apud Hermes Macedo Hulck, Sentença Estrangeira e “Lex Mercatoria”: Horizontes de Comércio Internacional, São Paulo, Editora Saraiva, 1994 p. 63-64; 69-71).

<sup>7</sup> Matthieu de Boissesson: “*L’arbitrage est l’institution par laquelle les parties confient a des arbitraes, librement designes par elles, la mission de trancher leurs litiges*” (Le droit français de l’arbitrage interne et international. Paris, Gide Loyrette Nouel Joly Editions, 1990 p. 5).

<sup>8</sup> El Art. 1.492 del Código de Procedimiento Civil francés tiene la siguiente redacción: “*Est international l’arbitrage qui met en cause des interest du commerce international*”.

<sup>9</sup> Mauro Rubino Sammartano explica la necesidad de conceptuar el arbitraje en sentido amplio, capaz de albergar las miradas de los más diversos sistemas jurídicos: “*... the term arbitration covers a variety of institutions both in theory and in application. Nevertheless, this term is rightly used to define the institution as a whole, since the elements common to various systems prevail on the differences registered in their applications. Arbitration in fact aims to satisfy a widespread need, not only on the national, but also on the international level*” (International Arbitration Law. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990. p. 3).

instrumentos para atender a los reclamos del derecho mismo, de una clase que no está sujeta a la jurisdicción únicamente de un estado <sup>11</sup> .

## Arbitraje jurisdiccional

El arbitraje jurisdiccional, procede fundamentalmente de la finalidad del instituto que la preconiza, o sea, a pesar del reconocimiento de su origen contractual, el arbitraje se caracteriza por su función, que es jurisdiccional.

Nadie se atreve a discordar que la opción por la solución arbitral es fruto de la autonomía de la voluntad de las partes <sup>12</sup> .

Así, el arbitraje es constituido por un acto de voluntad de los contratantes que deseen atribuir efectos jurisdiccionales a su pacto <sup>13</sup> .

El reconocimiento de la naturaleza contractual en su formación no caracteriza la jurisdicción del arbitraje por el resultado que objetiva.

El ejercicio de la función jurisdiccional, aunque sea pretendida por las partes, no es resultante de su voluntad, sino que de la ley.

Una vez constituido el tribunal arbitral, las partes se someten al laudo proferido por fuerza de una disposición legal.

Jean Robert recuerda que la misma ley faculta su ejercicio al permitir y establecer en cuáles situaciones se puede hacer uso o no de esta modalidad de solución de controversias <sup>14</sup> .

<sup>10</sup> Antoine Kassis: *“L’arbitrage que l’on convie d’appeler ad hoc est celui que les partis organisent elles-mêmes, dans leur convention d’arbitrage. Elles y pourvoient a la constitution du tribunal arbitral, soit en designation”...* “A l’extreme oppose, les parties peuvent se contenter de designer un organisme permanent d’arbitrage – un centre d’arbitrage – en consentant a ce que leur arbitrage soit organise par ce Centre et conduit selon son Reglement”. (Réflexion sur le règlement d’arbitrage de commerce internationale. Les déviations de l’arbitrage institutionnel. Paris: Libraire Generale de Droit de Jurisprudence, 1988. p. 22-23)

<sup>11</sup> Tómese como ejemplo de tribunal arbitral institucional a la Cámara de Comercio Internacional (CCI), constituida en París, el año 1923, y a la American Arbitration Association (AAA), establecida en Nueva York desde 1906.

<sup>12</sup> La argumentación es de que el arbitraje nace a través de un negocio jurídico de modalidad contractual independiente de la celebración de cláusula arbitral.

<sup>13</sup> Jean Robert aborda la importancia del aspecto contractual en la formación del arbitraje: *“...l’aspect volontaire de l’arbitrage lui donne donc un caractere essentiellement contractuel, qui en est la marque. Si l’arbitrage va comporter nécessairement une composante juridictionnel en ce qu’il aboutit a une sentence comportant en elle-meme une potentialité d’exécution directe, il est hors de doute que sa composante contractuelle est de loin la plus importante.”* (L’arbitrage. Droit interne. Droit international prive. 6<sup>a</sup>. Ed. Paris. Editions Dalloz, 1993, p. 3). Por su parte, Charles Jarrosson admite el arbitraje con naturaleza mixta: *“On lui reconnait maintenant très généralement un nature mixte: conventionnelle par son origine, juridictionnelle par sa fonction”.* (La notion d’arbitrage. Paris. Libraire Generale de Droit et de Jurisprudence. 1987 p. 5)

La ley, al facultar la opción del arbitraje como forma de resolución de controversias sin intervención del Estado, otorga el carácter jurisdiccional que ordinariamente tiene este último.

El ejercicio del arbitraje, mientras respete los límites establecidos por la ley, realiza la función jurisdiccional, que la misma ley preconiza.

Escoger el arbitraje implica sumisión de las decisiones pronunciadas por sujetos indicados por la ley, en la forma establecida por la ley para conducir esta tarea.

Solamente los árbitros pueden desarrollar esta función, que, por su naturaleza, es de carácter jurisdiccional.

Conforme ha sostenido Antonie Kassis, con los ojos en la doctrina italiana liderada por Schizzerotto, no se puede despreciar el hecho que en la sentencia arbitral está implicada la obligación de los órganos estatales de ejecutarla, sin la necesidad de otro acto jurisdiccional para tal finalidad<sup>15</sup>.

Independientemente de existir mayor o menor grado de control por parte de la justicia estatal, la sentencia arbitral alcanzará eficacia para la ejecución forzada, del mismo modo que una sentencia judicial.

Tal vez este orden de pensamiento sea justificativo de peso para el arbitraje con carácter jurisdiccional, una vez que las partes aspiran a una decisión destinada a asumir el carácter de eficacia de una sentencia judicial.

La eficacia de la sentencia arbitral equiparada a la judicial se suma a la potencialidad de la ejecución, justificando aún más el carácter jurisdiccional<sup>16</sup>.

La ausencia de fuerza ejecutoria no puede ser considerada como la imperfección del acto jurisdiccional. Esto porque este elemento no es componente de la formación de acto, ni una característica de la actividad jurisdiccional.

Así, el argumento que la falta de homologación del laudo le retiraría su eventual carácter jurisdiccional, no sirve para que este pierda sus características<sup>17</sup>.

Henri Motulsky es citado en la doctrina francesa como uno de los precursores y arduos defensores del arbitraje jurisdiccional por asemejar y distinguir, entre otras

---

<sup>14</sup> *“C’est la loi même qui en détermine les modalités d’exercice, et par conséquent le favorise. Elle le fait ou l’a fait effectivement de deux manières, soit en permettant aux partis de courir à l’arbitrage en telle ou telle matière, et c’est l’arbitrage volontaire, soit en décrétant que tel ordre de litige sera obligatoirement soumis à des arbitres, et c’est l’arbitrage force”.* Robert, Jean, *idem*.

<sup>15</sup> *“Par ailleurs, il n’est pas dépourvu d’importance que la sentence arbitrale, que est un commandement, soit non seulement impérative mais aussi exécutoire, c’est-à-dire qu’elle implique l’obligation, pour les organes étatiques, de l’exécuter sans que l’on ait besoin d’un autre acte juridictionnel”* (Schizzerotto G. Arbitrato improprio e arbitraggio. Milano: Giuffrè, 1967, p. 17).

<sup>16</sup> José Cretella Júnior subraya el componente de fuerza ejecutoria al definir el instituto del arbitraje como: *“... o sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos próprios e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas, ou jurídicas, de direito privado ou de direito publico, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida.”*

analogías y confrontaciones, la tarea del árbitro con la misión del juez.<sup>18</sup>

El autor preconiza el ejercicio de la función arbitral como acto jurisdiccional, pero fue Charles Jarrosson quien desarrolló la idea y sus conclusiones apuntan a la aceptación amplia de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje.

Para él, si, por un lado la controversia no se muestra esencial para configurar el acto jurisdiccional, por otro, hay que reconocerla como una de las condiciones esenciales del arbitraje, al lado de la voluntad de las partes en someterse a esta alternativa de composición<sup>19</sup>.

La controversia se presenta como criterio indispensable para el arbitraje jurisdiccional en la precisa definición del compromiso arbitral.

Una argumentación contundente en esta línea de pensamiento es la posibilidad que el laudo arbitral tenga los efectos de cosa juzgada y estos efectos operan a partir del momento en que el laudo recibe la equivalencia de la sentencia judicial.

La relación de equivalencia entre las funciones del juez y del árbitro es más un indicio que revela al arbitraje un atributo jurisdiccional.

Henri Motulsky defiende que el ejercicio de ambos en muchos aspectos presenta semejanzas por la función que ejercen de componer el proceso, lo cual lleva a afirmar que “*el árbitro es un juez*”<sup>20</sup>.

Las partes celebran el compromiso para que los árbitros por ellas escogidos ejerzan la función de organismo juzgador.

Así es que la investidura de esta función para los dos agentes - el juez después de

<sup>17</sup> Henri Motulsky, al repulsar las ideas de dos ardorosos críticos del arbitraje jurisdiccional, Vicios (Etudes de procedure, p. 585) y Ryziger (existe-t-il un lien entre l'exequatur et l'appel de sentences arbitrales. Rev. Arb., 1961. p. 210 y pp.), en nota al pie, rechaza cualquier pretensión de no caracterizar la jurisdicción de la sentencia arbitral por la ausencia de fuerza ejecutoria que la descaracterizaba como un acto jurisdiccional: “*L'absence de la force exécutoire ne peut, en fin, être considérée comme une imperfection de cet acte: il n'est pas caractéristique de l'activité juridictionnelle*” (Ecrits Etudes et notes sur l'arbitrage. La nature de l'arbitrage. Paris: Dalloz 1974 p. 15)

<sup>18</sup> Henri Motulsky es categórico al afirmar la semejanza del árbitro con el juez togado haciendo la distinción con institutos afines: “*l'arbitre est véritablement un juge: il tranche une contestation et rend une décision.; le mandataire común ne tranche pas de litige, mais parfait une convention, et son travail a la même nature que celle-ci: cela signifie que l'estimation lie les parties, mais que l'exécution de l'obligation en découlant doit être poursuivie en justice; l'expert ne formule qu'une opinion: il ne tranche rien, mais il n'oblige même personne, ni le juge ni les parties: son appréciation est soumise à la vérification judiciaire et peut se trouver, en définitive, complètement écarte*” (idem).

<sup>19</sup> Antoine Kassis recuerda la lección de Bruno Oppetit para justificar las dos condiciones del arbitraje jurisdiccional, la controversia y la elección de un tercero para solucionarla. “... soit l'existence d'un litige, soit le caractère juridictionnel des pouvoirs conférés au tiers”. Así complementa el primer autor: “*Les deux conditions, à savoir l'existence d'une part, et le caractère juridictionnel des pouvoirs attribués au tiers, c'est-à-dire la volonté des parties d'avoir un arbitrage du Code de procédure civile d'autre part, doivent être réalisées à la fois (...) il faut qu'il y ait litige, et il faut une convention des parties pour soumettre ce litige à l'arbitrage du Code de procédure*” (apud Kassis, Antoine. Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, Tome I, Arbitrage Juridictionnel et Arbitrage Contractuel, Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1987).

iniciar sus actividades, y el árbitro por la indicación de las partes - es el ejercicio de la función destinada por la ley<sup>21</sup>.

Dicha función, desde un punto de vista metajurídico, es, para ambos, un tercero imparcial, conforme explica Jarrosson<sup>22</sup>.

El acto de juzgar sobrepasa los límites de la autonomía de la voluntad y necesariamente debe presentar solución que favorezca el interés de ambas partes, ya que uno de los aspectos de la demanda es la existencia de pretensión resistida.

Es así que la norma debe facilitar todos los medios de solución de controversias para “desahogar” y mejor evaluar las controversias que necesariamente deben ser juzgadas por el Estado<sup>23</sup>.

## Arbitraje contractual

Es la forma más antigua de arbitraje que se tiene noticia, habiendo sido desarrollada en el

<sup>20</sup> “... je pense que l'on peut admettre comme certain que la caractéristique essentielle de l'acte juridictionnel-au sens matériel, le seul qui nous intéresse consiste dans le fait, sinon de trancher une contestation (la formule va peut-être trop loin), du moins de consacrer une prétention après vérification. Or c'est nécessairement ce que fait l'arbitre, au même titre que le magistrat. On porte un différent devant les arbitres de la même manière qu'on le ferait devant un tribunal permanent; et il faut en déduire deux conclusions, d'ailleurs complémentaires l'une de l'autre:-l'arbitre est un juge:-et l'on ne se trouve en présence d'un arbitre au sens propre du terme que dans la mesure où les personnes instituées ont accompli la fonction de juge” (MOTULSKY, H. op. cit., p.32). El Art. 18 de la Ley de Arbitraje brasilera n. 9.307/96 dice expresamente: “O árbitro e juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.

<sup>21</sup> Para los que proponen una definición amplia del arbitraje – conforme se ha demostrado anteriormente – desconsiderando las singularidades de cada ordenamiento, la investidura de los poderes para componer el proceso es proveída a los árbitros sin que haya intervención estatal o que ejerzan función determinada por la ley. La definición de René David puede ser tomada en consideración para esto: “L'arbitrage est une technique visant a faire donner la solution d'une question, intéressant les rapport entre deux ou plusieurs autres personnes – l'arbitre ou les arbitres – lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sus la base de cette convention, sans être investis de cette mission par l'Etat” (op.cit.).

<sup>22</sup> Charles Jarrosson, al reconocer la naturaleza mixta del arbitraje convencional por su formación y por su función jurisdiccional, agrega elemento de orden metajurídico: “Cette entreprise de précision du sujet peut être menée a partir de l'aspect jurisdiccionnel de l'arbitrage, non seulement au sens juridique, mais dans un sens plus general: l'existence d'un tiers impartial” (op. cit.).

<sup>23</sup> “O Estado, ..., reconhece a autoridade e confere ao juízo arbitral os mesmos poderes que aos juizes comuns são outorgados pela lei, reconhecendo que esse modo de definir as lides tutela satisfatoriamente o interesse social sempre em jogo, embora indiretamente, em qualquer interesse social sempre em jogo, embora indiretamente, em qualquer controversia privada. O interesse social, realmente, é satisfeito, por isso que ao Estado o que sobremaneira interessa é que as questões e disputas tenham fim, e tanto melhor será esse fim, quando resultar de acordo de ambas as partes ou de processo por elas voluntariamente escolhido” (Santos, João Manuel de Carvalho. “Juízo Arbitral – compromisso – constitucionalidade – juros de mora”. Revista Forense vol. 164, p. 119).

derecho romano a través de dos formas:

1) Las partes podían confiar a un *arbitrer* la regulación de una controversia bajo la forma de una doble promesa - *compromissum*.

Esta convención no tenía el objeto de determinar la incompetencia del juicio o la aptitud de ejecución forzosa de la sentencia pronunciada por el *arbitrer*. El irrespeto al pacto obligaba a una de las partes a sucumbir con una suma de dinero (*poena*).

2) Al lado del primer modelo de arbitraje denominado *ex compromisso*, el derecho romano también conoció el *arbitrium boni*, utilizado en los contratos de buena fe.

En estos tipos de contrato el *arbitrador* era llamado a fijar ciertos puntos dudosos, como podría ser el precio de la venta, por ejemplo. Su decisión era incorporada al contrato, por lo cual debía ser respetada como ley entre las partes.<sup>24</sup>

En la Edad Media, el arbitraje *ex compromisso* sufrió modificaciones en las ciudades donde se formaban las corporaciones de oficio con innumerables jurisdicciones que se constituían, dando a las partes la opción de elección de sus árbitros.

Además, los árbitros, una vez elegidos, aplicaban el derecho consuetudinario<sup>25</sup> especializado, que cada una de las clases disciplinaba o compilaba de sus usos y costumbres tradicionales, ignorando el derecho estatal.

El instituto que nació del derecho de las obligaciones (*ex compromisso*) empieza a perder los elementos de su origen para recibir otros que lo desfiguran. Las sentencias pronunciadas por los árbitros en la Edad Media eran dotadas de fuerza ejecutoria.

Con el fortalecimiento de la soberanía de los monarcas, hay un cambio progresivo en el proceso de formación del Derecho. Para fomentar la unidad política, el monarca dictaba normas y leyes que tendrían que regular las relaciones jurídicas.

De un derecho consuetudinario se pasa a un derecho nacionalista, dictado por un acto de soberanía centralizador, el cual vendría a dar origen al derecho de las clases.

En realidad, el arbitraje contractual en algunas legislaciones nunca ha dejado de ser

<sup>24</sup> E en estas modalidades de contrato, Antoine Kassis dice que el juez podría rever la manifestación del *arbitrator*: "*Elle était, comme les autres stipulations du contrat, subordonnée à la condition de bonne foi, et le juge pouvait ainsi la réviser si elle était manifestement injuste et s'il était contraire à la bonne foi de la maintenir*" (Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé e en droit international, Tome I, Arbitrage Juridictionnel et Arbitrage Contractuel, Paris: Libraire Generale de Droit et de Jurisprudence, 1987).

<sup>25</sup> "*La creciente actividad económica que se realiza en las ciudades tropieza con un ordenamiento jurídico que se acomoda mal a las nuevas necesidades. Este ordenamiento jurídico que se acomoda mal a las nuevas necesidades estaba integrado por el derecho romano justiano, rígido y mal conocido; por las leyes populares germánicas, toscas y formalistas; y por un derecho canónico, hostil a la práctica del comercio y sus instituciones. Por lo demás, la desaparición del 'pretor, como órgano de aplicación del derecho romano, había privado al vigente en la época de la elasticidad que hizo innecesaria la aparición de un derecho especial para el comercio en Roma. Por ello los comerciantes se separaron del derecho romano, canónico y común y crearon sus propias normas, que de consuetudinarias devinieron estatutarias y, finalmente, por obra de los monarcas absolutos, se convirtieron en manifestación del derecho legislado*" (Broseta Pont, Manuel. Manual de Derecho Mercantil, 7ª. Ed., Madrid: Editorial Tecnos 1987 p. 48).

utilizado, siendo la única modalidad del instituto en los ordenamientos que sufrieron la gran influencia del derecho musulmán<sup>26</sup>.

En algunos países, el arbitraje contractual recibe denominaciones diversas y coexiste con el arbitraje jurisdiccional.

En el derecho italiano lo vemos por el nombre *arbitrato irrituale* o *arbitrato libero*, o aún como *arbitrato improprio*; en los derechos francés y belga como *expertise irrevocable*; en los derechos alemán y suizo como *Schiedsgutachten*; en los derechos americano e inglés como *valuation* o *certification*; y en el derecho holandés como *binded advies*.

Los denominados contractualistas entienden en el arbitraje una obligación creada por un contrato, atribuyendo su naturaleza a las consecuencias derivadas de los pactos en general.

Entre los argumentos, están los hechos de que: es la convención de arbitraje, que da existencia al arbitraje en sí, y que el carácter fundamental de arbitraje es el consenso entre las partes.

## Estado y arbitraje

Los conceptos del arbitraje jurisdiccional y del arbitraje contractual presentados, pasan a tener importantes consecuencias para los límites de la actuación del Estado y para la utilización del arbitraje.

Aquellos que pretenden atribuir al arbitraje un carácter jurisdiccional saben que, para muchos, esto constituye una violación a los principios de la tripartición de los poderes, la tentativa de delegar a un particular la jurisdicción que debería ser monopolio del Estado, es una verdadera amenaza a las garantías políticas conquistadas después de un duro proceso de democratización<sup>27</sup>.

Tal raciocinio confunde dos órdenes de problemas y expone prejuicios comunes sobre el arbitraje.

Los temas pueden ser diferenciados a partir de la tensión infraestatal y de la tensión estado-sociedad civil.

---

<sup>26</sup> Antoine Kassis muestra la amplitud de la aplicación del arbitraje en el derecho musulmán: “On Peut se faire une idée de l'arbitrage en droit musulman et se rendre compte de son caractère contractuel en lisant les articles qui y sont consacrés dans la Medjle qui constitue une codification des règles de droit musulman en vigueur dans les pays qui étaient soumis à l'empire ottoman et ou était appliquée la doctrine hanefite” (Kassis, Antoine. Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et droit international, Tome I, Arbitrage Juridictionnel et Arbitrage Contractuel, Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1987).

<sup>27</sup> Es interesante notar que, por otro lado, inmediatamente después de la Revolución Francesa, el derecho de arbitrar era considerado como un derecho natural. Así, el artículo 1° del Decreto 16-24 de agosto de 1790 proclamaba: « L'arbitrage étant le moyen plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législateurs ne pourront faire aucune disposition qui tendraient à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité du compromis »

En el primer caso, se trata del interés de un ente estatal, el poder judicial, que busca resguardar sus prerrogativas de poder. Ya en el segundo caso, está la búsqueda de la sociedad civil por alternativas de organización ajenas a la estructura estatal.

Tales alternativas son incentivadas por la lentitud del Estado en responder a demandas que, muchas veces están delante de restricciones creadas por los propios agentes estatales, en un intento de mantener el poder y el prestigio social.

Lo anterior está aplicado de manera enérgica al arbitraje, donde a lo largo de todo este debate conceptual es posible inferir posicionamientos políticos e ideológicos, aunque éstos estén en un nivel de inconciencia o no sean declarados abiertamente.

Es sabido también que los posicionamientos deben ser relativizados, en beneficio del análisis científico de su verdadera utilidad, limitación y restricciones.

De esta forma, considerando la realidad del sistema, que, de una manera general en los países de la región, enfrenta serios problemas relacionados a las deficiencias del poder judicial<sup>28</sup>, las promesas del arbitraje: celeridad, especialización en la materia y confianza de las partes parecen muy convenientes.

## **Una visión de amplio alcance**

El cuanto al arbitraje en la región, todo apunta a que hubo una generalizada desconfianza en América Latina<sup>29</sup>, que por mucho tiempo pudo haber restringido la intervención extranjera<sup>30</sup>.

La actualización de las normas internas, a propósito del arbitraje, constituye una tendencia mundial que se mantiene hace décadas<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> En el caso particular de Brasil, y aprovechando las palabras del Ministro Carlos Mário Velloso, Presidente del Supremo Tribunal Federal, es notable en los “países latinos, se percibe un extremado formalismo”. También presenta como uno de los grandes problemas, la “falta de apoyo administrativo que sufren los jueces”, que muchas veces no cuentan con la estructura suficiente para el trabajo que ejecutan, además de que están en número insuficiente. En sus palabras: “se observa que, mientras en Alemania existe un juez para aproximadamente tres mil personas, en Brasil existe un juez para cerca de veinte y cinco mil personas”. En: <http://gemini.stf.gov.br/netahtml/discursos>

<sup>29</sup> En Chile, esta realidad no impidió la llegada de Inversión Extranjera, conforme veremos con más detalles en el capítulo IV de este estudio.

<sup>30</sup> Por otro lado, Robert Layton identifica una disminución de los vacíos legales, sobre todo después de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Internacional (Convención de Panamá, 1975) (“Changing attitudes toward dispute resolution in Latin America”. *Journal of International Arbitration*, vol. 10, n° 02, June 1993, p. 123-141).

<sup>31</sup> Muchas actualizaciones se debieron en parte a la adecuación de la mayoría de los países a la Convención de Nueva York de 1958. Son ejemplos de renovación Holanda (1986), Francia (1981), Suiza (1987), Bélgica (1985), Inglaterra (1996), India (1996), Rusia (1995) y China (1995).



Esta es impulsada substancialmente por la internacionalización de los negocios y por la necesidad de foros neutrales, expeditos, especializados para la solución de las diferencias resultantes de estos.

La acción estatal, conforme hemos dicho, está visiblemente debilitada por la lentitud en atender a las demandas de la sociedad, teniendo como respuesta la creciente pérdida del monopolio de la producción normativa, la consecuente organización de la sociedad civil, la regulación corporativa y la informalización de las relaciones sociales.

Se puede notar que el liberalismo económico promueve la utilización del arbitraje, pero no es factor condicionante. Lo que vemos es la redefinición del ámbito privado, o la posibilidad de tutela estatal sobre los derechos particulares. Resguardar esta tutela se torna un requisito para la manutención de los intereses colectivos.

En el arbitraje, las partes asumen el riesgo de un juicio equivocado por el árbitro, pero tal riesgo es común a cualquier sistema de decisión.

La creciente complejidad de la sociedad y los demás factores referidos en cuanto al debilitamiento del poder estatal, obligan a la redefinición del concepto tradicional de jurisdicción.

Entre estos factores, se destaca la necesidad de intervención del Estado prioritariamente en la prevención de las controversias, como una estrategia de manutención de la estabilidad social.

En cuanto a la solución de estas, pasan a depender del universo social en que estén insertos y que muchas veces torna imposible la actuación de una justicia estatal genérica o distante de los problemas vivenciados por las partes.

La distancia de la solución estatal puede ser ejemplificada no solamente por los grupos empresariales<sup>32</sup>, sino que también por comunidades poco o nada asistidas por las autoridades estatales.

El arbitraje interesa particularmente a los litigantes, porque evita la publicidad de la controversia, permitiendo al perdedor que restablezca su conducta, sin que sea manchada su reputación en el medio empresarial en que se desempeña.

Por otra parte, este sigilo puede permitir que no sea involucrada la sociedad con la función de vigilar las transacciones y que las decisiones puedan encubrir negociaciones que involucren el orden público, ya que el arbitrio estaría comprometido con el interés de las partes y no con el conjunto de la sociedad.

En respuesta a las críticas hechas, no se pudo comprobar la “privatización de la justicia”, como temían algunos, en virtud de la adopción del arbitraje, que no pasa de una técnica, cuyos efectos son positivos o negativos, dependiendo de la utilización que se haga de esta.

---

<sup>32</sup> En este caso, se debe reconocer que la gran mayoría de los defensores del arbitraje opina por mayor libertad para el establecimiento de reglas procedimentales del juicio arbitral. La intervención legislativa debería estar regida por un mínimo de reglas y el control judicial limitado al que sea estrictamente necesario para resguardar el orden público (Lalive, Pierre. “Problèmes spécifiques de l’arbitrage international”. *Revue de l’arbitrage*, n. 2, 1980, p. 349).

No debe existir, por lo tanto, confusiones entre la función de árbitro y la del juez, ya que el primero debe arbitrar, porque así lo han decidido las partes, en su libertad contractual. El juez garante lo establecido en la Constitución, las justas relaciones entre los individuos y debe tutelar por el cumplimiento de los compromisos asumidos. Los dos se complementan, para el bien común de la sociedad.

## Comentarios

En esta etapa del trabajo se ha optado por un nivel de estudio descriptivo, que no tiene como premisa la creación de nuevas ideas, limitándose a que, a través del estudio del derecho comparado, se pueda conocer las discusiones en torno a la controvertida naturaleza jurídica del arbitraje.

Lo que nos parece indiscutible es que, tanto el arbitraje jurisdiccional como el arbitraje contractual, suponen la existencia de conflictos de interés sobre la relación jurídica celebrada entre las partes.

En estos dos casos, las partes están obligadas a conformar la solución emitida por un “tercero”, que fue escogido por las mismas partes para el encargo de emitir una opinión. Esta es incorporada a las reglas contractuales, en función de la libertad contractual, que tiene fuerza obligatoria para las partes.

Desde este punto de vista, el arbitraje tiene en su constitución un carácter contractual, mientras que el proceso arbitral tiene naturaleza jurisdiccional, con vistas a la elaboración de una decisión y su posterior ejecución.

Recientemente, algunos autores atribuyen al arbitraje una naturaleza mixta (o en sentido amplio, como utilizamos en este trabajo). Esta categorización está basada en el argumento de que, *en la etapa inicial, el arbitraje tiene carácter contractual*, cuando las partes manifiestan su voluntad en cuanto al escoger el arbitraje como mecanismo de resolución de las posibles controversias, mientras que el *procedimiento arbitral tiene naturaleza jurisdiccional*, cuando pretende la ejecución de la decisión tomada.

Nos aliamos a este entendimiento, pensando que nos ayuda a distinguir el campo de actuación del arbitraje. Podemos decir que el arbitraje es un procedimiento de resolución de conflictos motivado por la voluntad de las partes, quienes delegan a un tercero, que es el árbitro, la resolución de su controversia y éste, investido de su *función jurisdiccional*, y siguiendo el procedimiento determinado previamente por las partes, decide la controversia, mediante un laudo arbitral que es de obligatorio cumplimiento para las partes.

## CAPÍTULO II. GENERALIDADES SOBRE EL ARBITRAJE EN BRASIL

En los siguientes dos capítulos, estudiaremos la realidad brasilera en el tema del arbitraje, interno e internacional.

Comenzaremos por la apertura político-económica, que dio origen a una serie de cambios legales, luego a la Ley de Arbitraje N° 9.307/96, que alteró de forma radical el régimen jurídico del arbitraje.

De esta forma, el país asumió la posición de apertura y compromiso con esta técnica eficiente y sin fronteras, siguiendo la tendencia internacional globalizada, que reclama celeridad y eficacia en la solución de los conflictos.

Esta opción alternativa es el tema que ahora buscamos desarrollar, bajo la luz del sistema jurídico interno, razonando finalmente que, aún las críticas existen, entendemos que el instituto es útil a su finalidad.

### **Apertura Político-económica**

Después de la Segunda Guerra Mundial, cuando los Estados comienzan a actuar más claramente, en conjunto con organizaciones internacionales u otras como empresas

multinacionales, se percibe el resurgimiento del arbitraje como un medio pacífico de solución de controversias.

Es notable que hubiera un movimiento mundial en favor del arbitraje, a partir de los años 60.

En 1975, la ley francesa modificó su concepto de arbitraje, en 1962, lo mismo ocurrió con Finlandia, en 1994 con Italia, en 1996 con Inglaterra. En el año 1996, nuevas leyes surgen en Grecia, España, Canadá y en Brasil, en fin, existió un movimiento de reformulación de las leyes de arbitraje, lo que coincide con el fenómeno de la globalización y la vuelta en práctica de la *lex mercatoria*.

En ese escenario ocurre la reestructuración del papel del Estado, que deja de asumir nuevos proyectos y transfiere al sector privado empresas antes estatales.

Surgió la vehemente necesidad de integrarse a la economía mundial, lo que significa mantener la capacidad productiva en precio y calidad, abrir el mercado interno y exponer las empresas a la competencia internacional.

A propósito del tema, dentro de las propuestas de su segundo gobierno Fernando Henrique Cardoso, reconoció<sup>33</sup> “la distancia que produjo la globalización, especialmente en el campo financiero, y los instrumentos institucionales que estaban disponibles para disciplinar mejor esta realidad, garantizando mayor equidad social. En este contexto, la idea era crear mecanismos capaces de atenuar los efectos provocados por la volatilidad de los capitales financieros.”

El actual gobierno, sigue enviando señales positivas al mundo, aprovechando los avances logrados en esta dirección.

## Perspectivas históricas frente al arbitraje

De este contexto político-económico, siguió la necesidad de cambiar la postura del ordenamiento jurídico interno en lo que refiere al arbitraje, que era conocida desde hace mucho.

Fue incorporado a la legislación desde el Código de Comercio de 1850, alcanzó, incluso, a ser obligatorio para determinados conflictos. Posteriormente, estuvo integrado al Código Civil, bajo la rúbrica de *compromisso*. La Ley N° 1.350, de 1866 revocó tales dispositivos.

Con la firma del Protocolo de Ginebra de 1923 y del Código de Bustamante; Brasil vuelve a tener el arbitraje en su legislación codificada. El Código de Procedimiento Civil de 1939 y posteriormente el de 1973 (hasta hoy vigente), disciplinaron la materia, con la característica de que el arbitraje es opcional para las partes.

La decisión de los árbitros, denominada “laudo”, estaba sujeta a homologación judicial, para que pudiera adquirir fuerza ejecutoria.

---

<sup>33</sup> Cardoso, Fernando Henrique. *Avança Brasil: proposta de governo*. Brasília: s.ed., 1998, p. 53, traducción de la autora.

Tal modalidad fue un factor de desestímulo al arbitraje en Brasil, por una razón clara: se necesitaba recurrir al Poder Judicial para obtener la validación del laudo firmado por los árbitros, a través de un procedimiento lento, entonces era más económico recurrir directamente al juez.

De una manera general, se puede decir que en este país siempre dominó la “mentalidad jurisdiccionalista”, porque las sentencias judiciales, aún para las partes insatisfechas, merecían más confiabilidad que los laudos arbitrales.

La *cláusula compromisoria* era tomada con poca seriedad, existiendo confusión entre esta y el *compromiso arbitral*<sup>34</sup>.

Distinta es la situación vigente en la mayoría de los países, en los cuales la cláusula del arbitraje ha tenido importancia de verdadero compromiso. La Ley 9.307/96, corrige esa distorsión, al establecer que por *convención de arbitraje* son entendidos, tanto la *cláusula compromisoria* como el *compromiso arbitral*<sup>35</sup>.

La “nueva ley” ejerce el importante papel en cuanto a la autonomía de la voluntad, en ámbito internacional en cuanto contratos internos sometidos al arbitraje, promoviendo así una verdadera revolución en el campo de la solución de controversias afuera de los tribunales.

En este contexto, es posible además, utilizar los principios generales del derecho comercial internacional, la llamada *lex mercatoria*, que informa una visión cosmopolita de un derecho comercial, el cual se puede realizar de forma independiente de aquel originario de una unidad política, con características de un derecho “despolitizado”<sup>36</sup>.

Asegurar a las partes la “certeza jurídica” sin perder de vista la agilidad y el dinamismo característico de las negociaciones internacionales, significa admitir la eficiencia del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos, en fin, el arbitraje surge como herramienta para *optimizar* los negocios.

## Marco Normativo

En el contexto del presente trabajo se hace necesario revisar, brevemente, el histórico arbitraje en Brasil, tomándose por base la adhesión a tratados internacionales dentro de

<sup>34</sup> La gran diferencia entre la cláusula y el compromiso es temporaria, pues, mientras la primera es la clave para arreglar futuras diferencias a través de la justicia privada, definiendo una relación jurídica y declarando que las pendencias futuras serán resueltas por el arbitraje, en el compromiso las controversias ya existen, pactando las partes en dirimir sus conflictos a través del procedimiento arbitral.

<sup>35</sup> Art. 3º: “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

<sup>36</sup> Caravanca, Alfonso Luis Calvo e Gandara, Luiz Fernandez. “Derecho Mercantil Internacional”, 2ª. Edición, Madrid Tecnos, 1993, p. 46-47.

su real importancia.

Dichos tratados tienen prioridad sobre las leyes nacionales<sup>37</sup>. Su validez interna requiere de la aprobación del Poder Legislativo y la posterior publicación en Diario Oficial del texto ratificado. Se debe observar que el derecho interno no exige ninguna ley especial que venga a reglamentar su ejecución.

Con la aprobación parlamentaria y su publicación, el texto se torna, en un principio, vinculativo en territorio nacional<sup>38</sup>.

En términos concretos, tenemos:

---

## **Tratados Internacionales**

### Convenciones interamericanas 1975-1979

La Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional, firmada en Panamá en 1975, es realidad en diecinueve países<sup>39</sup>, conteniendo disposiciones detalladas sobre la validez de cláusulas de arbitraje en el intercambio comercial internacional sobre la ejecución de decisiones arbitrales extranjeras.

Aunque la Convención de Panamá no lo diga expresamente, su aplicación debe suponer que las partes tengan su sede en diferentes países contratantes. Brasil luego firmó la Convención, pero durante décadas no la ratificó<sup>40</sup>.

Las Instrucciones complementarias están contenidas en la Convención Interamericana sobre el efecto extraterritorial de sentencias y decisiones arbitrales extranjeras, firmada en Montevideo en 1979.

Sus disposiciones deben ser aplicadas, según el Art. 1º, párrafo 2º, a las decisiones arbitrales, en tanto que la Convención de Panamá de 1975 no contenga ninguna reglamentación.

Brasil firmó la Convención de Montevideo con reserva, pero, al ejemplo de la anterior, tardó mucho tiempo en ratificarla<sup>41</sup>.

### Convención de Nueva York

Más de cuatro décadas después de la entrada en vigencia de la Convención de las

---

<sup>37</sup> Según las normas del derecho Brasileño. Supremo Tribunal Federal, 13.3.1974, Revista Trimestral Jurídica, 21.8.1951.

<sup>38</sup> Supremo Tribunal Federal, 20.6.1973, Revista Trimestral Jurídica 66, p. 20, referente al Convenio relativo a la ejecución de pensión alimenticia firmado en Nueva York en 1956.

<sup>39</sup> Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela.

<sup>40</sup> La referida Convención fue ratificada en 09.05.1996, a través del Decreto del Ejecutivo n<sup>o</sup> 1.902.

<sup>41</sup> Decreto Legislativo n<sup>o</sup> 93, de 20.06.1995. La reserva brasilera se refiere al Art. 2<sup>o</sup>, letra d de la Convención, según el cual la competencia judicial internacional del primer país debe ser analizada a la luz de la legislación interna del segundo país.

Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, conocida como Convención de Nueva York de 1958, esta entra en el escenario jurídico brasileño.

El Diario Oficial de 24 de julio de 2002 publicó el Decreto n. 4.311, de 23 de julio de 2002, en el cual el Presidente de la República Fernando Henrique Cardoso, ratifica la Convención. En los términos de este Decreto, la Convención entra en vigencia en la misma fecha de su publicación.

Esto significa un gran incremento a las negociaciones internacionales y la certeza que las sentencias arbitrales dictadas en el extranjero serán reconocidas y ejecutadas en Brasil, así como este último puede invocar el mismo trato a las sentencias arbitrales brasileñas.

Es temprano para especular si la Convención tendrá plena eficacia en Brasil, una vez que es posible que nos encontremos con la resistencia de algunos ministros del Supremo Tribunal Federal.

La ratificación de esta Convención deja clara la aceptación políticamente difundida, de que este país ha dado un paso decisivo entre las principales naciones participantes del comercio internacional.

### Protocolo de las Leñas

En el ámbito del MERCOSUR, cumple mencionar este Protocolo sobre cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, de 27.06.1992, el cual incorpora todos los países del MERCOSUR.

Se refiere al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, expresamente a los laudos arbitrales promulgados en las materias mencionadas.

La relevancia práctica de este protocolo para el arbitraje internacional es mínima, considerando que todos los países ratificaron la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 30.01.1975, además de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 10.06.1958.

Así, todos los países integrantes del MERCOSUR, en la actualidad, están vinculados a reglas jurídicas en lo que se refiere al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros que representan un padrón universal <sup>42</sup>.

### Código Bustamante

Brasil es contratante del Código de Bustamante, de 1928, uno de los acuerdos más amplios sobre derecho civil, comercial, penal y procesal, vigente entre quince países latinoamericanos. Sus disposiciones solamente son vinculativas con relación a los países

---

<sup>42</sup> Cabe resaltar que en los primeros nueve meses del Gobierno *Lula*, en cuanto al arbitraje comercial internacional, la principal innovación fue el Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, publicado en Brasil por medio del Decreto N° 4.719/46, que prevé la adopción del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias surgidas en contratos comerciales internacionales entre personas físicas o jurídicas de derecho privado. (sitio del Ministerio de Relaciones Exteriores – ITAMARATI <http://www.mre.gov.br>)

contratantes.

Sin perjuicio, a veces estas normas son consultadas con relación a países no contratantes.

El mencionado código trae, en dos partes, reglamentación acerca de la jurisdicción arbitral.

Según los Arts. 210 y 211, tanto la prohibición del arbitraje como la conclusión y efecto del convenio arbitral son orientados por la *lex fori*<sup>43</sup>.

El Art. 432 determina que las disposiciones del Código de Bustamante acerca de homologación recíproca y ejecución de decisiones también son aplicadas a las sentencias arbitrales promulgadas en un país contratante, en la medida que el objeto sea arbitrable, según las normas de derecho del país de ejecución.

Mientras que estas disposiciones presentan un papel importante en la práctica latino-americana, en lo que se refiere a la homologación de decisiones judiciales extranjeras, no es posible constatar una influencia análoga en el caso de Brasil en cuanto a las sentencias arbitrales extranjeras<sup>44</sup>.

#### Tratados bilaterales

Finalmente, no está demás hacer mención a los tratados y convenciones bilaterales firmados por Brasil y que, en su mayoría, disciplinan el reconocimiento y la ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros. Brasil posee tratados con:

Argentina (Decreto Legislativo n° 47/95 y Decreto 1.560, del 18.07.1995), publicado en Diario Oficial de la Unión de 19.7.1995;

España (Decreto Legislativo n° 31/90 y Decreto 166 de 3.7.1991), publicado en Diario Oficial de la Unión de 4.7.1991;

Francia (Decreto Legislativo n° 38/84 y Decreto n. 91.207, de 29.4.1985), publicado en el Diario Oficial de la Unión de 30.4.1985;

Italia (Decreto Legislativo n° 78/92 y Decreto n° 1.476, de 2.5.1995), publicado en el Diario Oficial de la Unión de 3.5.1995;

Uruguay (Decreto Legislativo n° 77, de 9.5.1995), publicado en Diario Oficial de la Unión de 15.5.1995;

Teniendo en consideración que la nueva Ley de Arbitraje expresamente confiere la primacía de los tratados firmados por Brasil en la materia, en la hipótesis que requiera la homologación de sentencia arbitral extranjera con base en cualquier diploma internacional referido, sus normas - *lex specialis* - alejarán la incidencia de aquellas contenidas en la Ley n° 9.307/96 que eventualmente le sean contrarias.

---

<sup>43</sup> Comparar Bustamante y Sirvén, Derecho Internacional Privado, vol. 2, 1931, p. 1248 y pp.

<sup>44</sup> Ver Rosenn, Am. J. Comp. L.28 (1980), p. 504: "Since...There has traditionally been considerable reluctance to resort to arbitration in Latin America Countries, it is not surprising that art. 432 have apparently never been invoked in Brazil".



## Norma nacional

---

La Constitución brasilera de 1924 ya preveía, en su Art. 160, que las divergencias jurídicas civiles fueran decididas por árbitros nombrados por las partes.

Aunque no se haya encontrado ninguna instrucción sobre el tema en las siguientes Constituciones, la competencia de los tribunales arbitrales se mantuvo incuestionable.

La Constitución de 1946 establecía por primera vez una garantía expresa de la vía judicial, igualmente asumida por la Constitución vigente de 1988<sup>45</sup>.

La jurisprudencia, no obstante, ha dejado bien claro que esta disposición no entra en conflicto con acuerdos de un tribunal de arbitraje<sup>46</sup>.

La actual constitución entró en vigencia el 05.10.1988<sup>47</sup> y, así como en las anteriores, está expreso en el Art. 5°, inciso XXXV, la presencia obligatoria del poder judicial.

En favor del arbitraje está que, pese a no existir manifestación expresa en la ley, la posición dominante es que la garantía constitucional de presencia del poder judicial no impide el acuerdo de juicio arbitral<sup>48</sup>.

La norma fundamental para el arbitraje en Brasil está en la Ley que pasaremos a estudiar, a continuación.

<sup>45</sup> Constitución de 1946, Art. 141, párrafo 4°; Constitución de 1967, Art. 150; Constitución de 1969, Art. 153, párrafo 4°; Constitución de 1988, Art. 5°, XXV.

<sup>46</sup> Tribunal del Distrito Federal, 29.01.1952, Repertorio Enciclopédico del Derecho Brasileño, volumen 30, p. 42

<sup>47</sup> Diário Oficial da União de 05.10.1988.

<sup>48</sup> Revista de los Tribunales 620, 1987, p. 15, Revista de Información Legislativa 98, 1988, p. 139.



## CAPÍTULO III. Ley 9.307/96

### Bases de la Reforma

El 24 de septiembre de 1996 fue publicada en el Diario Oficial la Ley 9.307/96.

Son cuarenta y cuatro artículos, organizados en siete capítulos, estableciendo el procedimiento para el arbitraje y para la homologación y ejecución de sentencias arbitrales, que disciplinan de manera moderna el arbitraje y el procedimiento arbitral.

Después de varias décadas, la mencionada Ley ha marcado un punto final a los grandes esfuerzos para la reforma del arbitraje en Brasil.

La iniciativa corresponde al Anteproyecto de 1991, partió del Instituto Liberal del Estado de Pernambuco, elaborado por los profesores Carlos Alberto Carmona, Pedro Antônio Baptista Martins y Selma M. F. Lemes.

Básicamente, la idea buscó inspiración en la Ley española N° 36/88, en la Ley Modelo de la CNUDMI, en las Convenciones de Nueva York de 1958 y de Panamá de 1975, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

En 1992 es presentada como Proyecto de Ley del Senado Federal N° 78/92, por el senador Marco Maciel.

El proyecto de ley fue aprobado por el Senado en julio de 1993<sup>49</sup> y luego enviado a

la Cámara de Diputados<sup>50</sup>.

En las consultas a las comisiones, las resistencias nuevamente surgían con argumentos de inconstitucionalidad del arbitraje, pero aún así, el Proyecto de Ley fue aprobado casi sin alteraciones por el Congreso Nacional<sup>51</sup> y la ley entró en vigencia el día 23.11.1996<sup>52</sup>.

Algunos factores llevaron a Brasil a instituir una moderna Ley de arbitraje, como:

. Firma de tratados internacionales en el ámbito del MERCOSUR y con otros países, en donde el arbitraje es parte importante en las normativas comerciales;

. Superabundancia de demandas tramitando en los tribunales, haciendo imposible una rápida solución;

. Verificación de que los conflictos pueden obtener mejores efectos cuando resueltos por personas ligadas a la actividad en discusión;

. Necesidad de seguir las modernas tendencias de revitalización de esta forma privada de hacer justicia, sin perjuicio del control estatal.

El espíritu de esta ley está justamente en superar las inconveniencias del sistema anterior que tornaban inviable la utilización del entonces juicio arbitral (juízo arbitral). El principal avance de esta Ley está en la autonomía concedida al laudo arbitral (ahora denominado "sentencia"), permitiendo su inmediata aplicabilidad, sin necesidad de homologación previa, conforme establecían las normas anteriores.

## Ámbito de aplicación

Oportunamente, también en el Art. 1° de la Ley 9.307/96, define que las personas capaces de contratar podrán valerse del arbitraje para resolver controversias relativas, solamente a los derechos patrimoniales disponibles.<sup>53</sup>

Para entender el alcance de esta Ley, es necesario conocer la idea de *derechos patrimoniales* y *derechos no patrimoniales*.

Caio Mario da Silva Pereira<sup>54</sup> nos ayuda, reforzando que el criterio diferenciador

---

<sup>49</sup> Senado Federal, Proyecto de Ley (PLS) n. 78/92.

<sup>50</sup> Cámara de Diputados, Proyecto de Ley n. 4.018-B, de 1996.

<sup>51</sup> Los argumentos se basaban en el Art. 5°, inciso XXXV de la Constitución Federal de 1988, según el cual el acceso a la justicia no puede ser limitado por ley.

<sup>52</sup> El año de 1986, apropósito, fue especialmente significativo para el arbitraje en Brasil, ya que, además de ganar su propia Ley de Arbitraje, incorporó a la legislación interna la Convención de Panamá sobre Arbitraje Comercial Internacional.

<sup>53</sup> Las personas incapaces de contratar están previstas en el Código Civil, artículos 4° y 5°.

entre los dos está hecho por la expresión *económica o pecuniaria*:

*Patrimoniales* son los derechos que tienen expresión económica y que por eso integran el patrimonio de la persona, mientras que los *no patrimoniales* son los que no tienen contenido económico.

En lo que se refiere al carácter de *disponibilidad* de los bienes que son objeto de arbitraje, hay que conocer las definiciones, ya que tiene directa relación con el tema:

Cuando hablamos de *derecho disponible*, nos referimos necesariamente al derecho privado, visto que el derecho público se presta a regular materia de naturaleza social, separándose de la idea de disponibilidad del derecho individual.

Efectivamente, el Derecho de las Cosas, consagrado en el Código Civil significa la facultad que tiene el particular de ejercer su derecho de propiedad en su más amplio sentido.

Clóvis Bevilacqua<sup>55</sup> los define como un conjunto de normas reguladoras de las relaciones jurídicas referentes a las cosas susceptibles de aprobación.

En lo que se refiere a los *derechos indisponibles*, en el listado de los derechos obtenidos por el hombre que vive en sociedad, están algunos que no puede disponer.

Así son los derechos personales que no son alienables, porque relacionan los sujetos, aunque sean económicamente apreciables (vendidos, comerciables), como son los derechos inherentes al estado de las personas (nacionalidad, estado civil, derecho al nombre) o el derecho a la vida, a la dignidad y a la integridad física<sup>56</sup>.

Si las partes no pueden transar sobre sus derechos, también no pueden valerse del arbitraje para solucionar eventuales conflictos que deriven de estas mismas situaciones.

Evidentemente, también acá la restricción procede del precepto de orden público, derivado del carácter indisponible de estos derechos.

## Principios Universales del Arbitraje

Los principios constituyen los fundamentos de todas las ciencias, son las bases en las cuales está asentado todo el sistema, en nuestro caso, el sistema jurídico.

El examen de los principios debe ser observado desde el ángulo que el arbitraje es un proceso bastante menos formal que el judicial, razón por la cual, con más libertad, los árbitros, con la colaboración de las partes, impulsan el proceso, incluso porque el arbitraje

<sup>54</sup> Pereira, Caio Mario da Silva. "Instituições de Direito Civil". 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1966, vol. I, p. 233.

<sup>55</sup> Bevilacqua, Clovis. "Comentários ao Código Civil" vol. IV, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1948.

<sup>56</sup> El artículo 852 de Código Civil expresamente prevé la ilegalidad de algunos actos cuando transados por la vía privada, como para solución de temas de estado, de derecho personal y de familia, además de otras que no tengan carácter exclusivamente patrimonial.

tiene plazo para finalizar.

Es tal la importancia, que cuando se los enfrenta a cualquier acto, hecho o, incluso, regla de derecho, los derechos terminan o sufren restricciones en su efectividad.

Los principios igualmente obligan a sus destinatarios, a cumplir las expectativas generalizadas de su comportamiento.

### 3.1. Principio de la autonomía de la voluntad

---

Es de conocimiento general la importancia de la voluntad jurídica como fuerza creadora de los derechos y de las obligaciones.

La voluntad jurídica no es más que la proyección de la voluntad humana, manifiesta libremente, capaz de producir efectos en la esfera jurídica.

Para el profesor Irineu Strenger, el hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad y esta existe porque el tiene una voluntad<sup>57</sup>.

Los efectos resultantes del ejercicio de la autonomía de la voluntad pueden ser aquellos previamente ordenados por los estatutos elaborados y aprobados por el Estado. Sin embargo, otros efectos pueden ser producidos en el ámbito del imperio de la libertad del ser humano.

La voluntad es la raíz de aquél que se pudo llamar “derecho arbitral”. Es, por lo tanto, capaz de producir la ley de arbitraje.

Efectivamente, la solución natural de los conflictos es confiada al Estado y el juez arbitral es visto como un sustituto confiable.

Es en el convenio arbitral mismo, sea un contrato arbitral, una cláusula contractual de compromiso arbitral o en el compromiso propiamente dicho, en donde se encuentra la génesis del arbitraje en el plan concreto.

En la ausencia de manifestación especial de voluntad en este sentido, delante de un conflicto, el proceso solamente podrá ser posible en la jurisdicción del Estado. Luego, es la voluntad que da vida al arbitraje.

Mauro Rubino Sammartano, al escribir sobre el arbitraje internacional, dice lo siguiente:

***“La fonte principale dell’arbitrato internazionale resta peraltro la volontà delle parti. Essa è infatti fondamentale sia che si consideri l’arbitrato come avente natura contrattuale (appunto in quanto derivante dalla convenzione delle parti), sia che gli si attribuisca natura processuale, ossia di mezzo attraverso il quale l’ordinamento giunge alla produzione di una decisione. La volontà delle parti in materia arbitrale non si esprime peraltro solo nel ricorso all’autorità giudiziaria e si limita ad avvalersi degli strumenti giuridici messi a disposizione dall’ordinamento per la soluzione delle controversie). La volontà delle parti rivela prima ancora, là dove essa dà vita alla convenzione arbitrale. Tale sua***

---

<sup>57</sup> “Autonomia de Vontade em Direito Internacional Privado”, São Paulo, Revista dos Tribunais, setembro de 1968, p.46.

***manifestazione, che assume appunto la forma della clausola compromissoria o del compromesso, costituisce la fonte principale del diritto arbitrale. ...La volontà delle parti è quindi allo stesso tempo un elemento essenziale perchè sussista una procedura arbitrale e la fonte regolatrice della legge procedurale della sostanziale della stessa”.***<sup>58</sup>

El autor nos hace reflexionar sobre la fuerza que tiene el principio de la autonomía de la voluntad.

La fuente principal está en la voluntad de las partes, cualquiera sea el índole del arbitraje, contractual o procesal. Es la fuente que regula la Ley y requisito fundamental de la misma.

No puede existir arbitraje si las partes no establecieron previamente como siendo este, el mecanismo escogido para la solución de sus controversias.

Es sabido la importancia que la voluntad jurídica desarrolla en las relaciones sociales disciplinadas por el Derecho.

La voluntad es la fuerza creadora de los derechos y de las obligaciones. La voluntad jurídica no es más que la proyección de la voluntad humana, expresada libremente.

### **3.2. Principio del orden público y del orden público internacional**

Es el límite a la voluntad de las partes, el cual debe ser observado, pudiendo el arbitraje ser considerado nulo, o en la hipótesis de una sentencia arbitral extranjera, esta ley no sería reconocida o ejecutada en otro país.

Estos son principios de una muy difícil definición, ya que involucran la búsqueda de un umbral orientador de toda la coherencia de un sistema jurídico.

Conforme afirma Vareilles-Sommieres, “*la definición del orden público está en una oscuridad desesperante*”<sup>59</sup>. El concepto se puede precisar después de una cuidadosa reflexión.

La limitación del contenido material del arbitraje está en el orden público y en las buenas costumbres, que por su vez, son conceptos que sufren las variantes del lugar, del tiempo, del modelo social, de la organización estatal y de muchas otras políticas, morales, sociales, religiosas y jurídicas.

Lo que torna la decisión arbitral nula no es el hecho que la controversia involucre temas de orden público relativo a una materia arbitrable, sino el hecho que el orden público haya sido violado en la aplicación de estas normas.

Por su parte, el orden público internacional incide sobre las leyes, sentencias extranjeras y actos practicados en el exterior que requieren eficacia en territorio nacional.

Estas leyes, sentencias o actos tendrán relevantes repercusiones en el foro si allí fueren reconocidos. Por tal motivo, el orden público internacional va a actuar como una

<sup>58</sup> “L’Arbitrato Internazionale”, Padova, Cedam, 1989, p. 85-86.

<sup>59</sup> Octávio, Rodrigo. “Direito Internacional Privado”. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1942.

protección, impidiendo la eficacia de los institutos, actos o sentencias contrarios a este.

Así, por tratarse de ley extranjera apuntada como competente por el elemento de conexión para regular determinada situación, el tribunal nacional debe preguntarse si tal ley vulnera concepciones fundamentales de foro, o sea, del orden público. Si la respuesta resulta positiva, no tiene que aplicarse tal ley.

El espacio internacional exige, un mínimo de coherencia y lógica, conforme enseña Jacob Dollinger<sup>60</sup> :

***“Esta é a ordem pública que inspira a colaboração das nações e que se materializa em diversos campos, seja na repressão aos crimes de natureza eminentemente internacional, seja na estruturação das relações econômicas e financeiras internacionais, como também na criação de convenções de Direito Internacional Privado uniformizado, na cooperação tecnológica internacional e na regulamentação das atividades de empresa de atividade transnacional”.***

El orden público internacional es el principio que inspira la colaboración de las naciones y que puede estar materializado conforme la disciplina de cada Estado, en situaciones como el rechazo al terrorismo.

Es lo que afecta directamente todo el comportamiento contrario a las bases éticas que están amparadas las naciones.

Los principios orientados por este orden público internacional serán encontrados, tanto en los tratados y en las convenciones internacionales como en las legislaciones nacionales de los estados, sobre los cuales la situación en cuestión pueda producir efectos.

Aunque el orden público tenga distintas matices, su función es la misma desde cualquier punto de vista, o sea, la de garantizar la unanimidad de las instituciones y proteger el sentido de justicia y moral en cada sociedad y en la llamada comunidad internacional. El árbitro debe, en consecuencia, tener en cuenta todos estos aspectos del orden público, teniendo presente que la misma puede no estar revestido de validez.

## Principios Procesales en la Ley de Arbitraje

Para el arbitraje, los principios componen las bases de este método de resolución de controversias, a tal punto que, si no son observados como corresponde, el resultado será nulo<sup>61</sup> .

Se aplican subsidiariamente al arbitraje los principios del Código de Procedimiento Civil y en el procedimiento, a saber: **contradictorio, igualdad entre las partes,**

---

<sup>60</sup> Dollinger, Jacob. “World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws”, Texas, International Law Journal, vol 17, 1982. Direito Internacional Privado, 4a. Ed. – Río de Janeiro.

<sup>61</sup> El párrafo segundo del artículo 21: Serán siempre respetados en el procedimiento arbitral, los principios del contradictorio, de la igualdad entre las partes, de la imparcialidad del árbitro y de su libre convencimiento.



---

**imparcialidad del árbitro y libre convencimiento.**

## **Principio del contradictorio**

---

La Ley asegura que la justicia arbitral hará observación de este principio fundamental, amparado por la Constitución, que en su artículo 5°, inciso LV dice que *“a los litigantes en el proceso judicial o administrativo y a los acusados en general serán asegurados el contradictorio y la amplia defensa, como medios y recursos”*.

El contradictorio es aquel principio procesal que asegura a las partes el derecho de que sean oídas y que estas puedan presentar sus razones antes que el juez tome una decisión.

El principio que manifiesta el estado de derecho, en donde se permite, además de que las partes que tengan conocimiento de la existencia de la controversia y de que todos los actos del proceso, puedan tener la posibilidad de reaccionar a todos los actos que van en su contra. Este principio está íntimamente ligado al principio de la igualdad entre las partes.

## **Principio de la Igualdad entre las partes**

---

El artículo 5°, I de la Constitución Federal dice que *“todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizando a los brasileños y extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad y a la propiedad”*.

Al ejemplo del principio anterior, la Ley Mayor y también el Código de Procedimiento Civil aseguran a las partes la igualdad, cuando en el artículo 125, dice que *“el juez conduce la causa, teniendo como deber asegurar a las partes igualdad de condiciones”*. La exigencia del derecho arbitral para aquél que dirige el proceso es la misma prevista para el juez.

La justicia solamente podrá ser distribuida de forma correcta y equitativa cuando son oídas las partes y cuando las dos tienen la oportunidad de presentar sus ideas y producir pruebas. Es el principio dialéctico del proceso.

## **Principios de la imparcialidad del árbitro y de su libre convencimiento**

---

La Ley de Arbitraje exige que el árbitro, además de otros requisitos, sea imparcial e independiente, teniendo estos el deber de informar, cualquier hecho que traiga duda, antes de la aceptación de la función.

La imparcialidad, además de ser un principio que debe ser observado durante el procedimiento arbitral, es condición para su validez, e incluso de nulidad de la sentencia arbitral.

La parte que tiene razones relativas al impedimento de los árbitros, bien como sobre la nulidad, invalidez o ineficacia de la convención de arbitraje, debe manifestarse en la

primera oportunidad que tenga para hacerlo, bajo amenaza de incurrir en una preclusión temporal (ya que la materia puede volver a ser apreciada por el Poder Judicial en acción de nulidad de sentencia arbitral, prevista en el artículo 33 de la misma Ley).

En lo que se refiere al principio del libre convencimiento, que también es encontrado en la Ley de Arbitraje, este se impone en todo el mundo, al lado del *audi alteram partem* y trae la máxima que el árbitro debe decidir conforme a los elementos presentes en el proceso de arbitraje.

El árbitro tiene la libertad de investigación en búsqueda de la verdad real y su convencimiento debe ser racional, y por esta razón, fundamentado en la equidad.

Así exige la Ley en cualquier circunstancia, conforme nos demuestra el artículo 26, párrafo 2° que dice que, entre los requisitos obligatorios de la sentencia arbitral, están los fundamentos de la decisión, haciendo mención expresa si los árbitros juzgaron por equidad, siendo su incumplimiento, causa de nulidad de la sentencia arbitral.

La observación de estos principios no significa el cautiverio del arbitraje a las formas del derecho procesal, una vez que con ellos se pretende la amplia garantía a los derechos de las partes, constitucionalmente asegurados en el sistema jurídico brasileiro.

## El Procedimiento arbitral

El arbitraje es un mecanismo de resolución de controversias entre personas capaces de contratar que escogen dirimir litigios relativos a derechos patrimoniales disponibles.

Al escogerlo, las partes pueden pactar si la decisión será de derecho, o sea, mediante la aplicación de normas legales vigentes, o de equidad, mediante la aplicación de un concepto justo, ecuánime, independiente de la obediencia a la legalidad estricta<sup>62</sup>.

Estas aun podrán escoger libremente las reglas de derecho que serán aplicadas, nacionales o extranjeras, desde que no haya violación a las buenas costumbres y al orden público<sup>63</sup>.

El Art. 2°, párrafo 1°: las partes podrán escoger el derecho aplicable a la controversia. Además, existe la facultad del arbitraje poder ser llevado a cabo bajo el derecho y la equidad, también pueden elegir las reglas de derecho a ser utilizadas, desde que no ocurra violación al orden público y las buenas costumbres<sup>64</sup>.

También podrán convenir que los árbitros decidan con base en los principios generales del derecho, en los usos y las costumbres y en las reglas internacionales del comercio.

<sup>62</sup> El párrafo 1° del artículo 2° dice que las partes podrán escoger con libertad las reglas de derecho que serán aplicadas en el arbitraje, desde que no haya violación a las buenas costumbres y al orden público.

<sup>63</sup> El párrafo 2° del mismo artículo permite también a las partes, convencional que el arbitraje se realice con base en los principios generales del derecho, en los usos y costumbres y en las reglas internacionales del comercio.

La Ley admite la autonomía de la voluntad conflictual no solamente en los contratos internacionales, sino también en los contratos internos sometidos al arbitraje, promoviendo una verdadera revolución en el derecho interno.

## Convención de arbitraje

La ley denomina la “convención de arbitraje” ya en el artículo 3°, diciendo que “las partes interesadas pueden someter la solución de sus litigios al juicio arbitral, mediante convención de arbitraje, así entendida la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral”.

Es un acto bilateral, por el cual los sujetos de una determinada relación jurídica comparecen por su voluntad y declaran que, en el caso que futuras controversias, originadas de la relación jurídica existente, la solución se dará por la vía arbitral.

La intención de la convención de arbitraje es traer a la luz, en el momento adecuado, la efectividad de la voluntad de las partes.

Convención de arbitraje es *género*, del cual son *especies* la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral.

La cláusula compromisoria y el compromiso arbitral tienen finalidad y naturaleza jurídica distintas, conforme veremos.

### Cláusula Compromisoria

Según la definición dada por el artículo 4°, “es la convención a través de la cual las partes en un contrato someten al arbitraje las posibles controversias”.

La cláusula compromisoria es un acto mediante el cual las partes convienen en encargar a los árbitros el conocimiento de todos o algunos de los asuntos que se produzcan en el futuro entre ellas, relativas a la materia, sustrayéndolas de los tribunales de la jurisdicción ordinaria.

Esta cláusula debe ser pactada de forma escrita, pudiendo estar en el mismo contrato o en un documento apartado.

La cláusula compromisoria es autónoma en relación al contrato en el cual esté inserido, de tal suerte que la nulidad de este no implica necesariamente, la nulidad de la cláusula compromisoria.

En el caso que no exista acuerdo previo sobre la forma de instituir el arbitraje, la parte interesada hará manifestación a la otra parte de su intención de dar inicio al arbitraje, por vía postal o por otro medio cualquiera de comunicación, mediante

<sup>64</sup> Acá estamos entendiendo las buenas costumbres como un desdoblamiento concepto de orden público. La emiente profesor María Helena Diniz enseña que: “*Como bons costumes sao os que se podem inferir dos preceitos da moral, resultantes da applicacao da moral conforme a entendem os povos cultos. O critério para considerar algo ofensivo aos bons costumes deverá basear-se em fatos, ou seja, avaliar o grau médio de moralidade do povo ou da civilizacao e o critério de desenvolvimento da legislacao*” “Ley de Introducao ao Codigo Civil Brasileiro Interpretada”, Sao Paulo, Saraiva, 1994, pag.355.

comprobación de recibimiento, convocando la otra parte para, en el día, hora, local determinados, firmen el compromiso arbitral.

Compíte al árbitro decidir de oficio o mediante la provocación de las partes, los temas acerca de la existencia, validez y eficacia de la convención de arbitraje y del contrato que contenga la cláusula compromisoria.

### **Compromiso arbitral**

El artículo 9° lo define como *“la convención a través de la cual las partes someten una controversia al arbitraje de una o más personas, pudiendo esta ser judicial o extrajudicial”*.

Carlos Alberto Carmona <sup>65</sup> lo conceptúa como un contrato de derecho privado que tiene el fin de producir efectos procesales entre las partes, obligándolas a no llevar la controversia a la autoridad judicial, si no que al juicio arbitral.

El mismo artículo anticipa que el compromiso arbitral judicial será celebrado en el juicio o tribunal en donde tiene curso la demanda, mientras que el compromiso extrajudicial será celebrado *“por escrito particular”*, firmado por dos testigos o aún por instrumento público (en Notaría).

Cabe consignar, desde luego, que el compromiso arbitral puede ser establecido independientemente de la existencia de anterior cláusula compromisoria, incluso en el transcurso del proceso judicial.

Existiendo solamente la cláusula compromisoria, son cuatro las posibilidades que pueden ocurrir, una vez que exista el conflicto entre las partes:

las partes, de común acuerdo, establecen el compromiso;

el compromiso es dispensado, en la medida en que las partes se reportan, en cláusula compromisoria, a las reglas de algún órgano arbitral institucional o entidad especializada, conforme prevé el artículo 5° primera parte <sup>66</sup> ;

el compromiso no es necesario, en la medida en que las partes ya establecieron, en la misma cláusula compromisoria o en otro documento, la forma para la institución del Juicio Arbitral (mismo artículo 5° , segunda parte);

el compromiso puede ser obtenido por cualquier una de las partes, existiendo resistencia de una de ellas en firmarlo, por la vía judicial (artículo 7°).

Compareciendo las partes a esta audiencia, el juez intenta la conciliación sobre la controversia.

En caso que no exista acuerdo, conducirá a las partes, a la celebración del compromiso arbitral.

---

<sup>65</sup> Carmona, Carlos Alberto. “A arbitragem no Processo Civil Brasileiro”, Sao Paulo, Ed. Malheiros, 1993.

<sup>66</sup> Artículo 5 Reportándose las partes, en la cláusula compromisoria, a las reglas de algún órgano arbitral institucional o entidad especializada, el arbitraje será instituida y procesada de acuerdo con tales reglas, pudiendo, igualmente, las partes establecer en la misma cláusula, o en otro documento, la forma acordada para la instauración del arbitraje.

En el caso que no compartan los términos del compromiso, el juez decidirá durante la audiencia o pasados diez días, después de escuchar las partes, respetadas las disposiciones de la cláusula compromisoria y los requisitos legales del compromiso, anteriormente citados.

La no asistencia de la parte contraria, permite al juez nombrar árbitro único respecto del contenido del compromiso.

## Inicio del arbitraje

El procedimiento arbitral tiene su inicio marcado por la aceptación de los árbitros y, caso sea necesario, con la elaboración específica de la convención arbitral.

Todos los temas relativos a la competencia o impedimento de los árbitros, bien como el tema de las nulidades, ineficacia de la convención de arbitraje, deberán ser argumentados en la primera oportunidad, sin perjuicio de que pueda ser examinada posteriormente, la decisión por el organismo del Poder Judicial competente por vía de decreto de nulidad.

## Los Árbitros

Según los artículos 13 a 18 de la Ley, los árbitros son designados conforme el procedimiento pactado por las partes o por el reglamento de la entidad especializada adoptado, siendo el número de ellos siempre impar<sup>67</sup>; estos pueden determinar a las partes anticipo de valores para desarrollar las diligencias que encontrar necesarias.

Puede ser árbitro, conforme prevé la Ley, *“cualquier persona capaz de confianza de las partes, no dudosa o impedida, pudiendo las mismas partes indicar entidad arbitral institucional o especializada”*<sup>68</sup>.

En regla, tiene el árbitro el poder y el deber de solucionar las materias en general, salvo lo que se refiere a los derechos irrenunciables, necesarios para permitir el juicio del tema objeto del conflicto.

En este punto, la parte dispositiva de la sentencia arbitral deberá guardar estricta correlación, bajo sanción de nulidad, con el objeto que sirvió de fuente para el juicio arbitral, además de contener elementos que permitan actuación en el mundo práctico.

El rechazo de una persona como árbitro es lícito por las mismas razones previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces<sup>69</sup>.

El legislador ha buscado también aproximar la función del árbitro al juez de tal modo

<sup>67</sup> Tal como en el derecho anterior, la nacionalidad de los árbitros no tiene importancia.

<sup>68</sup> Estas podrán ser personas jurídicas corporativas como sindicatos, asociaciones, federaciones, etc. O entidades creadas para proveer árbitros y hacer arbitraje.

que la nueva Ley estableció un verdadero *código de ética del árbitro*<sup>70</sup>. Los mismos motivos de sospecha o de impedimento de los jueces serán aplicables a los árbitros<sup>71</sup>.

No existiendo estipulación sobre el procedimiento, concierne a los árbitros disciplinarlos, siempre respetados los principios básicos del procedimiento litigioso<sup>72</sup>, intentar la conciliación de las partes.

El tribunal arbitral podrá, mediante requerimiento de las partes o de oficio, conocer las pruebas, escuchar testigos o peritos.

Podrá requerir de las autoridades judiciaarias que conduzcan testigos resistentes y decreten otras medidas coercitivas o cautelares.

El nombramiento de los suplentes se hace en base a las mismas reglas establecidas para la designación de los árbitros, salvo cuando las partes hayan declarado expresamente en la convención de arbitraje no aceptar sustituto.

Para los efectos de la legislación penal, los árbitros están equiparados a los funcionarios públicos.

## La Sentencia Arbitral y su Nulidad

El capítulo V define básicamente la forma en que deberá ser elaborada la sentencia arbitral, la cual, obligatoriamente deberá contener: I – el nombre de las partes; II – un resumen de la controversia; III – los fundamentos de la decisión, haciendo referencia expresamente si los árbitros juzgan por equidad; IV – la fecha y el lugar en que la sentencia fue proferida, siendo firmado por el presidente del tribunal arbitral, por uno o por todos los árbitros; V – las condiciones en que las partes podrán cuestionar la sentencia arbitral y las condiciones de nulidad de la misma.

La sentencia arbitral tiene que ser proferida en el plazo estipulado por las partes o, en caso que no exista convención en este sentido, dentro de los seis meses siguientes a

<sup>69</sup> Los artículos 134 y 135 del Código de Procedimiento Civil consideran los casos de cuando el juez es amigo o enemigo de una de las partes, cuando alguna de las partes es credora o deudora del juez o de alguno de sus parientes, si es heredero o empleador de alguna de las partes, en fin, si de alguna forma tiene interés en el resultado del juzgamiento. El juez podrá declarar su renuncia por "motivos íntimos".

<sup>70</sup> Sobre el tema, O. Glossner, "Código de Ética para el Juízo Arbitral" in "Directo e Comércio Internacional. Tendências e Perspectivas. Estudos em Homenagem a Irineu Strenger", São Paulo LTr, 1994, p.139.

<sup>71</sup> En el ejercicio de la función o en razón de ella, el árbitro se equipara al servidor público en lo que se refiere a la responsabilidad criminal sobre sus actos.

<sup>72</sup> Lo que incluye los principios del contradictorio, de la igualdad entre las partes, de la imparcialidad del árbitro y de su libre convencimiento (Art. 21, párrafo 2°). Las partes podrán postular por intermedio de abogado o de otras personas (Art. 21, párrafo 3°).

la institución del arbitraje; es lícita la prórroga de este plazo, cuando las partes están de común acuerdo.

La decisión de los árbitros será tomada por mayoría, cuando son varios árbitros y presentada en documento escrito, pudiendo el árbitro que difiere de la mayoría, declarar su voto por separado.

En caso que, en el curso del arbitraje, aparezcan controversias acerca de derechos indisponibles y que de su existencia o no dependa el juicio del árbitro, las partes serán conducidas por el árbitro o por el tribunal arbitral a las autoridades del Poder Judicial, suspendiendo el procedimiento arbitral, que tendrá seguimiento normal, una vez resuelto el tema<sup>73</sup>.

El arbitraje termina, una vez pronunciada la sentencia arbitral, la cual decide sobre el objeto de la controversia, así como sobre la responsabilidad acerca de los gastos procesales, o si las partes llegan a un acuerdo.

La decisión debe ser enviada por el árbitro con copias para las partes, por vía postal u otro medio de comunicación, mediante comprobación de recibimiento o, aún, entregándola directamente a las partes, mediante recibo.

En un plazo de cinco días, la parte interesada podrá solicitar la rectificación o complemento de la sentencia arbitral y los árbitros tienen que decidir al respecto en los diez días siguientes.

La sentencia produce, entre las partes y sus sucesores, los mismos efectos de la sentencia con fuerza condenatoria, constituyendo, por ello, un título ejecutivo<sup>74</sup> y podrá ser impugnada por medio de un proceso judicial común, en el caso de que sea nula.

La parte interesada puede, dentro de un plazo de noventa días, demandar ante el Poder Judicial competente la nulidad de la sentencia arbitral, con base en las siguientes causas:

I - Nulidad del compromiso<sup>75</sup>; II – incapacidad (jurídica) del árbitro; III – vicios formales de la sentencia arbitral; IV – trasgresión de los límites de la convención de arbitraje; V – decisión incompleta; VI – prevaricación o corrupción; VII – expiración del plazo para proferir sentencia; VIII – violación de los principios fundamentales del procedimiento<sup>76</sup>.

Este dispositivo, está en conformidad con la Ley Modelo de la Comisión de las

<sup>73</sup> Este Art. suprime el argumento de inconstitucionalidad que antes encontraban en el arbitraje, una vez que la decisión del árbitro no impide que la parte pueda ingresar en juicio común para embargar una posible ejecución. Deben ser leídos juntos los Art. 31 al 33.

<sup>74</sup> Esto también es destacado por el término “sentencia arbitral”, en lugar del anterior “laudo arbitral”.

<sup>75</sup> Siguiendo el *ratio legis*, en vez de “compromiso” debiera ser “convención de arbitraje”. En el derecho anterior, la parte vencida podría invocar la ausencia del compromiso válido, aún después de haber participado voluntariamente en el arbitraje; otra tendencia se muestra en la jurisprudencia más reciente del Superior Tribunal de Justicia, de 1990, en el caso “Lloyd Brasileiro v. Ivarans Rederi”.

Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en el cual fue inspirado.

Para que el arbitraje no pierda la neutralidad en su esencia más genuina, los legisladores deberán establecer los mínimos recursos posibles, y por causas precisas.

En contraste al pleito judicial, sólo tendrá lugar el arbitraje cuando lo pactaran por escrito los interesados.

Agréguese que, como “medidas cautelares”, la nueva Ley solamente menciona la expresión en el párrafo 4° del Art. 22, que trata de normas cuya observación es necesaria, *verbis*:

Art. 22. *“Poderá o árbitro ou Tribunal Arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício”.*

Parágrafo 4°. *“Ressalvado o disposto no parágrafo 2°, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa”.*

Esta redacción tiene doble función: a) sirve para permitir el cumplimiento de la medida cautelar concedida por el árbitro; b) permite que el árbitro, de oficio, solicite medidas cautelares al juez.

## La homologación y la ejecución de sentencias (laudos) arbitrales extranjeras

Los temas de la homologación y de la ejecución de laudos arbitrales extranjeros son de suma importancia práctica.

En palabras del autor del proyecto que dio origen a la nueva Ley de Arbitraje:

***“O projeto vem a preencher uma lacuna existente na legislação nacional, que não contempla qualquer procedimento para dar validade, em território nacional, aos laudos arbitrais proferidos no exterior. O que existe hoje, é o sistema da dupla homologação, ou seja, segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, só são homologáveis as sentenças judiciais estrangeiras que, por sua vez, homologam sentenças arbitrais. Tal providência cria infundáveis óbices à parte requerente, pois não são poucas as hipóteses em que o laudo estrangeiro não requer nenhuma providência homologatória no país de origem. Para obviar tal problema, competirá ao Supremo Tribunal Federal, no procedimento de homologação, observar os requisitos específicos previstos na lei e, supletivamente, as normas do Código de Processo Civil referentes à homologação de sentença estrangeira, cumprido observar que entre as causas obstativas do reconhecimento e***

<sup>76</sup> Las causas de los incisos I, II, VI-VIII obligan al juez a declarar la nulidad. En los otros casos, el tribunal arbitral tendrá que proferir un nuevo laudo (Art. 33, párrafo 2°).



***execução de sentença arbitral estrangeira estão incluídas, basicamente, aquelas também constantes da Convenção de Nova Iorque (1958) e do Panamá (1975)***<sup>77</sup>.

De este comentario, apreciamos que la nueva ley está inspirada en experiencias legislativas internacionales, cuando busca compatibilizar la modernización traída al arbitraje interno, en el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

Sobre este tema, la Ley trae el gran avance que es la eliminación del requisito de este *doblo exequátur*, ya que, acorde al derecho anterior, la sentencia arbitral debería ser homologada primero por el país de origen, luego esta *sentencia judicial* estaba sujeta a homologación<sup>78</sup>.

Al Supremo Tribunal Federal, que es el máximo organismo Judicial del país, compete privativa y originalmente homologar las sentencias extranjeras, conforme prevé la Constitución de la República, bien como conceder *exequátur* a las cartas rogatorias venidas de países extranjeros<sup>79</sup>.

Este reconocimiento se rige, en primer lugar, por los tratados internacionales con eficacia en el ordenamiento jurídico interno y, en la ausencia de estos, por las disposiciones de la Ley en estudio.

Hay que considerar que, cuando el Proyecto de esta Ley fue presentado al Congreso Nacional, Brasil no había adherido a las Convenciones Internacionales sobre arbitraje, ni las multilaterales, como la Convención de Nueva York de 1958, ni regionales como la Convención de Panamá de 1975 o la Convención de Montevideo de 1979.

El artículo 34 de la Ley de Arbitraje dice que “la sentencia arbitral extranjera será reconocida o ejecutada en Brasil en conformidad con los tratados internacionales con eficacia en el ordenamiento interno, y, en el caso de que estos no existan, estrictamente conforme esta Ley”.

El párrafo único, define como “sentencia arbitral extranjera aquella que haya sido preferida fuera del territorio nacional”<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> *Justificación del Proyecto de Ley del Senado n. 78, de 1992, de autoría del senador Marco Maciel (in Pedro Antonio Batista Martins. “Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei do Senado n. 78/92”. Revista Forense, vol. 332, p. 159).*

<sup>78</sup> El proceso de reconocimiento y ejecución asume el nombre de homologación de sentencia extranjera.

<sup>79</sup> Además de la Constitución, el Código de Procedimiento Civil dispone que: “Art. 843. A sentença preferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois da homologação pelo Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único. A homologação obedecerá ao que dispuser o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Art. 484. A execução far-se-á por carta de sentença extraída dos autos da homologação e obedecerá as regras estabelecidas para a execução da sentença nacional da mesma natureza”. El procedimiento de homologación de sentencia extranjera está regulado en los Art. 215 al 224 del Regimiento Interno del Supremo Tribunal Federal.

<sup>80</sup> El referido artículo dispone: “Art. 34: A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil em conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estrictamente de acordo com os termos da lei. Parágrafo único: Considera-se sentença arbitral estrangeira que tenha sido proferida fora do território nacional”.

Al contrario, todas las sentencias originadas en arbitraje hechas en territorio brasileño, aunque internacionales, producen efectos, sin necesidad de cualquier homologación judicial.

Artículo 35 de la Ley 9.307/96: “Para ser reconocida o ejecutada en Brasil, la sentencia arbitral extranjera está sujeta únicamente a la homologación del Supremo Tribunal Federal”.

La homologación de la sentencia arbitral extranjera será solicitada por la parte interesada, debiendo el pedido ser instruido necesariamente con:

a) El original de la sentencia arbitral o una copia certificada por el consulado brasileño, junto con la respectiva traducción oficial.

b) Original de la convención de arbitraje o una copia certificada, acompañada de traducción oficial.

El procedimiento arbitral debe tener por base siempre el respectivo acuerdo arbitral. Complétese que el pedido deberá ser hecho en conformidad con el artículo 282 del Código de Procedimiento Civil<sup>81</sup>.

La existencia de nulidad absoluta por falta de idoneidad del objeto, acarrea el rechazo a homologar sentencia arbitral extranjera en la misma medida en que esta decisión, si fuera pronunciada internamente, sería declarada ineficaz<sup>82</sup>.

Además de innovar aspectos materiales y procesales del arbitraje interno, dotándola finalmente de efectividad, según enseña Lauro da Gama e Souza<sup>83</sup>, la Ley de Arbitraje establece normas que permiten mayor libertad a la circulación de sentencias arbitrales extranjeras.

La aprobación de esta también pasa a situar a Brasil en posición relevante, personificando una respuesta mundial de facilitación de los efectos de las sentencias judiciales o arbitrales<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> Artículo 282 del Código de Procedimiento Civil dice que el pedido deberá indicar: I – el juez o tribunal al cual está dirigido; II – los nombres, apellidos, estado civil, profesión, domicilio y residencia de las partes; III – el hecho y los fundamentos jurídicos de los pedidos; IV – el pedido, con sus especificaciones; V – el valor de la causa; VI – las pruebas que el autor pretende demostrar para probar el hecho alegado; VII – el requerimiento para la citación de la parte contraria.

<sup>82</sup> Los requisitos para homologación relativos al Código Civil son explicitados por el Supremo Tribunal Federal en su Reglamento Interno, de 15.10.1980, que en el Capítulo II, (De la homologación de sentencia extranjera), artículos 215 a 224, en resumen, trae que: a) la sentencia no puede ofender a la soberanía nacional, al orden público y a las buenas costumbres; b) que la sentencia debe haber sido proferida por juez competente; c) que las partes en el exterior, deben haber sido regularmente citadas, o verificada la revelía; d) que la sentencia debe cumplir con las formalidades exigidas para su ejecución, como estar legalizada por el cónsul brasileño, junto con la traducción oficial. De todas las formas, recomendamos que sea contratado un abogado en este país, para los trámites de una homologación de esta naturaleza.

<sup>83</sup> Maestro en Relaciones Internacionales, Profesor de Derecho Internacional Privado y Derecho Civil PUC/RJ, Procurador del Estado de Río de Janeiro.

## Denegación “de oficio”

Temas que exigen atención por parte de quienes desean hacer valer un laudo arbitral en Brasil y que implican en una denegación “de oficio”, dice respecto a cuando:

Según la Ley brasilera, el objeto de la controversia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia ofende al orden público.

En estas circunstancias, es negada la homologación, independiente de requerimiento de las partes.

En los demás casos, tanto la Ley de Arbitraje brasilera cuanto la práctica internacional autorizan que la parte interesada busque la declaración de nulidad.

Cuando se pregunta si la violación de norma de orden público configura nulidad parcial y nulidad total, la respuesta es que contamina toda y cualquier decisión.

El análisis de las normas de la Ley 9.307/96 referentes al reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras revela fuerte influencia de la Convención de Nueva York, razón por la cual el Supremo Tribunal Federal deberá orientarse por la jurisprudencia y doctrina internacional en lo que se refiere a este documento.

## Otros presupuesto negativos para la homologación

En lo que se refiere a las causas de denegación de laudo arbitral, previstas por la Ley, pero que necesitan la manifestación de la parte:

La primera ocurre cuando la parte interesada prueba la incapacidad del contratante.

La base de negociación del arbitraje está en que las partes puedan, válidamente, manifestar su voluntad en el momento de la celebración del acuerdo arbitral. La capacidad de la parte constituye requisito universal de validez del acto jurídico<sup>85 86</sup>.

La solicitud de homologación también podrá ser negada, una vez que sea

<sup>84</sup> Sobre el tema, José Carlos Barbosa Moreira. “Problemas e soluções em matéria de reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros”. in “Temas de Direito Processual-Quarta série”, São Paulo, Ed. Saraiva, 1989, p. 243-290.

<sup>85</sup> En derecho internacional privado, la capacidad de la persona natural, es, vía de regla. Examinada según la ley personal, o sea, la ley del Estado en que posee domicilio o la ley del Estado de su nacionalidad. Es a la luz de esta ley que deberá ser examinada la capacidad de la parte. Como ejemplos: en Brasil (Art. 7°, *caput*, de la LICC); en Canadá-Provincia de Québec (Art. 3.083 del CC); Argentina (Art. 6° del CC); México (Art. 13, 2, del CC del DF); Paraguay (Art. 12 del CC); Perú (Art. 2.70 del CC); Uruguay (Art. 2.394 de la Ley n. 10.084/41); y Venezuela (Art. 9° del CC).

<sup>86</sup> Ley de Introducción al Código Civil, Art. 11. Así como en Canadá-Provincia de Québec (Art. 3.083 del CC); Perú (Art. 2.073 del CC); Argentina, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela vinculados a la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedad Mercantil (Montevideo, 1979), que establece en su Art. 2° el principio *lex loci constitutionis* como aplicable a la determinación de existencia y capacidad de las personas jurídicas.

comprobada la invalidez del acuerdo arbitral, según la ley escogida por las partes o, no existiendo elección, conforme la ley del país en el cual fue pronunciada la decisión arbitral.

Caracterizándose el acuerdo arbitral como un negocio jurídico, deben estar presentes sus requisitos de validez, según la ley elegida por las partes o, ausente ésta, conforme la ley del Estado en cuyo territorio fue pronunciada la decisión.

Está consagrado en esta circunstancia otra vez el principio de la autonomía de la voluntad, ya que establece como criterio subsidiario de conexión la ley local en que fue pronunciada la sentencia.

El tercer motivo de denegación se refiere a la ausencia de comunicación de actos procesales relevantes y a la violación de los principios del contradictorio y de amplia defensa.

La norma no permite, que la autoridad del Estado a quienes se dirige el pedido examine la solicitud a la luz de las peculiaridades de la legislación local, quiere permitir a la autoridad la confirmación de conformidad al procedimiento con el acuerdo celebrado entre las partes y con los principios de igualdad y de oportunidad de defensa<sup>87</sup>.

En la medida en que el principio procesal del contradictorio se traduce en exigencia elemental de justicia procesal, es cierto que la violación podrá hasta llegar a ser calificada como un problema de orden público, en la forma del Art. 39, II de la ley en estudio<sup>88</sup>.

Otra causante de negativa es cuando la sentencia arbitral fue proferida fuera de los límites de la convención de arbitraje.

La regla se refiere a la hipótesis que el tribunal arbitral no hubiera juzgado en conformidad con la misión de que fue investido.

Sin embargo, la prueba de que la decisión contenga temas que no están previstos en el acuerdo arbitral (*extra petita*), o sobrepase los argumentos indicados por las partes (*ultra petita*), también constituye motivo de rechazo del laudo arbitral.

Cuando la sentencia arbitral aún no se haya tornado obligatoria para las partes, la sentencia que haya sido anulada o suspendida por el organismo judicial del país en el cual se pide el reconocimiento o la ejecución<sup>89</sup>.

El laudo deja de existir en el mundo jurídico en las hipótesis de que la decisión

---

<sup>87</sup> Una decisión del Tribunal Superior del Distrito Federal de México entendió que las notificaciones realizadas por la vía postal, con aviso de recibimiento según las reglas de arbitraje de la CCI o las reglas escogidas por las partes no eran problema para la correcta comunicación de los actos procesales, no existiendo lugar para la aplicación de las reglas previstas en el Código de Procedimiento Civil mexicano para los arbitrajes internacionales, bien como la configuración de la hipótesis del Art. V, (1) de la Convención de Nueva York (*in Yearbook Commercial Arbitration*, 1979, p. 301-302).

<sup>88</sup> Artículo 39, II dice que "También será denegada la homologación para el reconocimiento o ejecución de la sentencia arbitral extranjera si el Supremo Tribunal Federal verificar que la decisión ofende al orden público".

<sup>89</sup> Las causantes de negativa de homologación previstas en el artículo 38 y el artículo 39 de la Ley 9.307/96 están en conformidad con el artículo V 1 y 2 de la Convención de Nueva York de 1958.

todavía no tenga fuerza obligatoria entre las partes, o cuando la decisión haya sido anulada (o tuvo su eficacia suspendida) por el país de origen.

## La ejecución de laudos arbitrales extranjeros en Brasil – jurisprudencia

Hasta el año 1940, no existían decisiones que dijeran respecto directamente a la homologación de laudos arbitrales extranjeros<sup>90</sup>.

La jurisprudencia consideraba en aquella época, la convención de tribunales arbitrales extranjeros de un todo improcedente, cuando el lugar de ejecución era Brasil y además, clasificaba la ejecución de tal sentencia arbitral como *un atentado al orden público*.

Con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1939 y de la Ley de Introducción de 1942, esta situación sufrió cambios y en consecuencia, muchos laudos arbitrales extranjeros fueron reconocidos por la jurisprudencia.

La decisión sobre homologación es de competencia del Presidente de este Tribunal desde 1977. La ejecución debe ser llevada a cabo, en seguida, junto al tribunal brasileiro competente.

A seguir, algunos casos:

Supremo Tribunal Federal, 22.04.1941, *Alves Vilela vs Dannemann*.

No se trataba de laudo arbitral extranjero propiamente dicho, pero sí de un parecer del peritaje.

El algodón que fuera entregado por la empresa demandante había sido revendido por esta misma en Inglaterra en donde, en un examen realizado por los peritos, quedó claro qué cantidades razonables del producto faltaban.

La sentencia, basada en este examen y proferida por un tribunal brasileño fue contestada por el Supremo Tribunal Federal con la alegación de que no hubo violación de las disposiciones sobre la homologación de decisiones extranjeras.

Supremo Tribunal Federal, 02.05.1945, *Frank Feher & Co. vs Cia. Industrial, Comercio Agrícola*.

La autora inglesa había comprado a la empresa brasileira aceite de algodón para entregarla en Liverpool, realizando sobre esto, más tarde, un proceso arbitral en Inglaterra con la empresa de Brasil.

El laudo arbitral que condenaba a la segunda empresa a efectuar indemnización por daños por incumplimiento había sido confirmado vía recurso por el tribunal del Estado.

Por requerimiento de la autora, el Supremo Tribunal brasileiro declaró esta sentencia

<sup>90</sup> Aún en el año 1952 en documento de manifiesto elaborado por el Ministerio del Exterior brasileño, en respuesta a una pregunta presentada por un profesor de Colonia, llegó a la conclusión de que el Supremo Tribunal Federal hasta entonces no había tratado de homologar laudos arbitrales extranjeros (H. Accioly, p. 115 y pp.).

posible de ejecución en Brasil, ya que las partes se habían sometido eficazmente a la jurisdicción de los tribunales ingleses.

De la misma forma, el orden público brasileño no había sido ofendido, según Art. 12 de la nueva Ley de Introducción al Código Civil de 1942<sup>91</sup>.

Supremo Tribunal Federal 20.03.1969, Panchaud Frères vs Cia Paulista de Exportación<sup>92</sup>.

El tema es sobre una carta rogatoria de un proceso suizo, en el cual una empresa solicitaba secuestro en contra de sus vendedores brasileños de maíz, con base en una sentencia arbitral de la *London Corn Trade Association*.

El presidente del Supremo Tribunal Federal inicialmente había rehusado el pedido de citación de los participantes brasileños, ya que éstos solo podrían ser asociados en Brasil y, además, la sentencia arbitral no había sido homologada judicialmente.

Por otro lado, el Supremo Tribunal en el recurso acogió la petición. Aunque una ejecución de sentencia arbitral no confirmada judicialmente era imposible en Brasil, la notificación de la citación para el proceso pendiente en Suiza no implica una ejecución<sup>93</sup>.

Supremo Tribunal Federal 03.06.1970, Northern International Co., Inc. vs Curtume Kern-Mattes S.A.<sup>94</sup>:

La autora norteamericana, que había comprado un lote de cuero de la empresa brasilera en el Estado de Río Grande do Sul, pretendía homologación de sentencia arbitral de la *Inter American Commercial Arbitration Commission* en Nueva York, por la cual la empresa en Brasil había sido condenada a pagar US\$ 1.100 con base en la cláusula arbitral acordada.

El Supremo Tribunal brasileño negó la homologación de la sentencia arbitral no confirmada judicialmente, por tratarse de mera decisión de una organización privada sin cualquier participación del Estado<sup>95</sup>.

Efectivamente, esta forma de resolución de litigio tuvo que ver con una tendencia difundida a favor del arbitraje en el intercambio comercial internacional<sup>96</sup>.

---

<sup>91</sup> La argumentación también deja de notar la importancia del Código de Bustamante, que en su Art. 318 permite expresamente la prorrogación internacional.

<sup>92</sup> Revista Trimestral Jurídica 52, p. 299; Revista Forense 235, p. 64.

<sup>93</sup> En lo que se refiere a la disputa, si un pedido de citación puede ser efectuado en Brasil a pesar de una decisión extranjera correspondiente, no puede ser homologada.

<sup>94</sup> Revista Trimestral Jurídica 54, p. 714.

<sup>95</sup> Tiene importancia destacar que Brasil ratificó el Protocolo de Ginebra sobre Cláusulas Arbitrales en 24.09.1923 (Protocolo de Ginebra), siendo este incorporado a su ordenamiento jurídico en 22.03.1932, por el Decreto 21.187, de 22.03.1932. La importancia práctica de este Protocolo pierde su fuerza con la incorporación de este país a la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958.

## Práctica de homologación

Antes de la vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1973, el Supremo Tribunal Federal permitió la ejecución de pocos laudos arbitrales.

Supremo Tribunal Federal, 05.04.1978, Roux Laboratorios, Inc. vs Incofarma Ltda.<sup>97</sup>

La autora norteamericana que tenía contrato celebrado de licencia y distribución con la empresa brasilera en Porto Alegre, Brasil, requirió la homologación de laudo arbitral en Nueva York en 1972, el cual siguió las reglas de la American Arbitration Association, condenando a la empresa en Brasil a pago de US\$ 11.120.

El laudo arbitral fue homologado por la Suprema Corte del Estado de Nueva York, cuya competencia fue pactada expresamente en la cláusula arbitral.

Con base en la jurisprudencia anterior del Tribunal, el presidente del Supremo Tribunal Federal brasileño consideró que estaban cumplidos los requisitos para la homologación.

Supremo Tribunal Federal, 01.08.1978, Carapelli S.-P.A. contra Cooperativa Agraria de los Cafeicultores de Ibiporã:

Sociedad italiana con su sede en Florencia celebró con empresa brasilera contrato de compra y venta de 2.400 toneladas de soja.

Debido al incumplimiento, la *Federation of Oils, Sedes and Fats Association Ltda.* (FOSFA) emitió laudo arbitral, condenando a la empresa en Brasil a pagar US\$ 672.000.

El referido laudo arbitral fue presentado en los tribunales de São Paulo para la homologación, siendo por las dos instancias estaduais remitido al Supremo Tribunal Federal<sup>98</sup>, en el cual su presidente negó la homologación, ya que no se propuso la acción ante el Supremo Tribunal Federal.

Además, la autora no demostró que el laudo arbitral en el país de origen era ejecutable sin la homologación judicial.

Específicamente, la última decisión fue entendida por la doctrina como la posibilidad del requirente argüir que la homologación judicial del laudo arbitral no es necesaria en el proceso de homologación en Brasil.

Sin embargo, la falta de prueba en este sentido constituye solamente un argumento más para que el laudo arbitral no sea reconocido, siendo este argumento utilizado otras veces en la antigua jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal<sup>99</sup>.

<sup>96</sup> En este contexto, había referencia sobre los Tratados de Ginebra de 1923 y 1927, Revista de los Tribunales 54, p. 714.

<sup>97</sup> Publicado en: Sentencias Extranjeras, Brasilia, 1979, p. 641 y pp.

<sup>98</sup> Tribunal de Justicia de São Paulo, 25.10.1977, Revista de los Tribunales 534, p. 110.

<sup>99</sup> Supremo Tribunal Federal, 03.06.1970, Revista Trimestral de Jurisprudencia 54, p. 714-715.

El Tribunal mantuvo después el posicionamiento en cuanto a la necesidad de homologación judicial del laudo en el país de origen <sup>100</sup>, negando el reconocimiento cuando estuviera clara la falta de citación regular del demandado en el proceso. <sup>101</sup>.

Se puede notar que las empresas brasileras están sometidas constantemente al comercio internacional, a las cláusulas y procedimientos arbitrales, debiéndose así partir del principio de que la parte contractual brasileras, en su propio interés, va a estar lista para cumplir libremente un laudo arbitral.

No es raro que fracase el cumplimiento del laudo por falta de autorización para la remesa de divisas.

Otros casos también son conocidos, en los cuales se toman como pretexto distintos motivos para evitar el cumplimiento de las obligaciones contractuales que se hicieron inoportunas y del posterior laudo arbitral <sup>102</sup>.

En la doctrina, reflexionando la práctica de homologación por el Supremo Tribunal Federal, se considera difícil el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, pero si fueren observadas algunas reglas básicas, las dificultades pueden ser superadas.

Ejemplos más recientes de solicitud de homologación de laudos arbitrales extranjeros bien sucedidos, encontramos en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, cuyas decisiones son favorables. Veamos algunos:

Supremo Tribunal Federal – República Federal de Alemania

El juzgamiento tiene fecha de 30.06.1979 y el Supremo Tribunal dio procedencia a sentencia arbitral extranjera oriunda del Tribunal Arbitral Amigable de Hamburgo, para resolver controversia de naturaleza mercantil suscitada en el contrato de compra y venta comercial, en el cual la vendedora es una sociedad brasileras y la compradora es sociedad que tiene sede en Lausanne, Suiza.

En el caso, las dos partes acordaron resolver sus controversias mediante arbitraje de un “colegio extra oficial de árbitros”, cuyo laudo fue homologado por la justicia alemana.

La sentencia fue homologada para producir efectos jurídicos en Brasil <sup>103</sup>.

Supremo Tribunal Federal, 02.03.83, Palmer & Wall Ltda. Versus Compañía de Algodonera del Estado brasileras de Pernambuco <sup>104</sup>

Se trataba de un laudo arbitral del Liverpool Cotton Association Ltda., que condenaba

---

<sup>100</sup> Presidente del Supremo Tribunal Federal, 30.06.1979, Revista Trimestral de Jurisprudencia 91, p. 48, comprobada a través del Supremo Tribunal Federal en 08.11.1979, Revista Trimestral de Jurisprudencia 92, p. 515.

<sup>101</sup> Presidente del Supremo Tribunal Federal, 14 y 19.12.1979, Revista Trimestral de Jurisprudencia 92, p. 1074 y 1077, comprobada por el Supremo Tribunal Federal 09.04.1980, Revista Trimestral de Jurisprudencia 95, p. 23.

<sup>102</sup> Esto fue expresamente criticado por ministro del Supremo Tribunal Federal, 01.07.1983, p. 569 o 224 y pp.

<sup>103</sup> SE 2178/RFA Relator: Ministro Antonio Neder. Publicación: Diario de la Justicia de 14.08.1979. <http://stf.gov.br/jurisprudencia>

<sup>104</sup> Revista Trimestral de Jurisprudencia 105, p. 491.



a la empresa brasilera, (en virtud de que la calidad del algodón que se entregaba era inferior al acordado) al pago de US\$ 150.000, habiendo el dicho laudo sido homologado por la *High Court* (Q.B.) en Londres.

En este caso, la empresa brasilera hizo referencia a las condiciones del contrato, las cuales se sujetaban a las reglas del Banco do Brasil y nombraban a la Bolsa de Mercaderías de Sao Paulo como organismo arbitral.

En contrapartida, la autora presentó el contrato padrón de la *Liverpool Cotton Association Ltda.*, con respectiva cláusula arbitral, la cual había sido firmada por el representante de la empresa brasilera en Inglaterra, el director de Marketing de la filial allá constituida.

El Supremo Tribunal Federal consideró, en esta ocasión, la representación como válida y el acuerdo arbitral como eficaz, homologando definitivamente el laudo.

Supremo Tribunal Federal frente a solicitud de homologación de laudo arbitral extranjero de la Empresa del Reino Unido Aiglon Dublín Limited.

La solicitud tiene fecha de 01.12.1999 y, por lo tanto, fue realizada a la luz de la Ley 9.307/96 y la Suprema Corte brasilera entendió, en este caso que se cumplían todos los requisitos formales para la homologación, confiriendo total cumplimiento en este país, además que no es necesario el pago para solicitar la homologación de sentencia extranjera.

En la ocasión hizo constar que las disposiciones procesales de la Ley 9.307/96 tienen efecto inmediato en los casos que estaban pendientes de juzgamiento <sup>105</sup>.

Supremo Tribunal Federal frente a pedido de homologación de sentencia arbitral extranjera originaria de Noruega.

Con fecha de juzgamiento de 06.12.2000, el Supremo Tribunal entendió que se cumplían todos los requisitos establecidos en la Ley 9.307/96, teniendo sus normas procesales eficacia inmediata. La homologación fue deferida <sup>106</sup>.

Supremo Tribunal Federal frente a solicitud de homologación de sentencia arbitral extranjera del Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte <sup>107</sup>.

El Juzgamiento tiene fecha de 04.10.2002, en donde la empresa *Pexus Cotton Limited*, tuvo su solicitud de homologación de sentencia arbitral extranjera negada en virtud de que la Suprema Corte entendió que faltaba la expresa manifestación de la voluntad de las partes en cuanto a la opción por la justicia arbitral y el requerimiento de homologación no vino con la respectiva convención de arbitraje. Además, no se logró comprobar la competencia del juicio que profirió la sentencia en el país de origen.

<sup>105</sup> SEC 5847/IN Relator: Ministro Mauricio Corrêa, publicación: Diario de la Justicia de 17.12.1999. También en el sitio <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>

<sup>106</sup> SEC 5828/NO Relator: Ministro Ilmar Galvao, publicación en 23.02.200. Localizable en el sitio de *internet* supra citado.

<sup>107</sup> SEC 6753/UK, Relator: Ministro Mauricio Corrêa. Publicado en el Diario Oficial en 04.10.2002. En <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>

## En cuanto a la citación

---

Es importante mostrar el avance que sufrió este entendimiento con la nueva Ley de arbitraje, ya que antes era denegada la homologación si la citación de la parte brasilera no hubiera sido hecha a través de carta rogatoria.

El párrafo único del artículo 39 dice que: “no será considerada ofensa al orden público nacional la citación de la parte residente en Brasil, hecha con base en la convención de arbitraje o en la Ley procesal del país en donde se dio el arbitraje”. Sigue, complementando que “incluso es admitida la citación postal (con prueba inequívoca de recibimiento), desde que sea asegurada a la parte brasilera tiempo suficiente para que ejerza su derecho de defensa”.

El Supremo Tribunal Federal tenía por tradición denegar los pedidos de homologación de sentencia extranjera, en los cuales la parte domiciliada en Brasil no había sido citada por carta rogatoria.

Esta perspectiva, ya no tiene más razón de ser frente a la nueva Ley de Arbitraje.

En otros países, sobre todo en aquellos del *common law*, la citación de la parte no tiene las formalidades exigidas por los países de tradición romano-germánica, como es el caso de Brasil y no por este detalle, la justicia es menos efectiva.

Comparado a la situación jurídica anterior, cabe destacar el avance que significa la posibilidad que la efectiva citación de la parte domiciliada en Brasil se haga sin el procedimiento formal de carta rogatoria, lo que antes era considerado ofensa al orden público<sup>108</sup>.

Si el reconocimiento es negado por causas meramente formales, el pedido podrá ser renovado, una vez sanados los vicios presentados.

Para ejemplificar la situación, traemos dos jurisprudencias del año 1979:

Supremo Tribunal Federal frente a solicitud de homologación de laudo arbitral de *Compagnie Noga S.A. versus Fasko S.A.*<sup>109</sup> (14.12.1979).

La autora suiza solicitaba homologación de laudo arbitral inglés por el cual la empresa brasilera fue condenada al pago de US\$ 120.000. El laudo arbitral fue previamente confirmado por el High Court.

La citación para los procesos fue entregada al Consulado de Brasil en Londres y la empresa brasilera no compareció ante al *High Court*.

El presidente del Supremo Tribunal Federal manifestó su opinión en contra de la homologación, por el hecho de que la citación para el proceso judicial no haber sido presentada a través de una carta rogatoria formal y esta irregularidad no haber sido

---

<sup>108</sup> Respecto de la legislación anterior, la jurisprudencia no lo exigía para el arbitraje, pero sí para la citación al juicio de homologación en el exterior.

<sup>109</sup> Revista Trimestral de Jurisprudencia 92, p. 1.074

reparada.

Supremo Tribunal Federal frente a solicitud de homologación de *Société D'Affrètement versus Caldas Ltda*<sup>110</sup>.

La autora francesa encargó a la empresa brasilera el embarque de madera para Argelia. Con base en la cláusula arbitral contenida en el contrato, un tribunal de arbitraje de Londres había condenado a la empresa brasilera por violación del mencionado contrato, al pago de 62.000 libras esterlinas.

El fallo arbitral había sido confirmado por la *High Court*. Para el proceso ante al *High Court*, la empresa de Brasil fue citada por carta, a través de sus encargados en Brasil, que no comparecieron.

El presidente del Supremo Tribunal Federal enfatizó en el proceso de homologación que, con base en el precepto contractual vinculativo, la corte del arbitraje del *High Court* era competente, de conformidad con el derecho inglés y que también la forma de citación tendría que ser considerada según el derecho inglés<sup>111</sup>.

Sin embargo, el orden Público brasileño exigía que, si fuera conocida la dirección de la empresa en Brasil, esta sería citada por medio de carta rogatoria, entregada por un oficial de justicia.

## La actual jurisprudencia sobre el arbitraje

La principal sustentación de las leyes es la seguridad jurídica que, en el Estado Democrático de Derecho constituye atribución del Poder Judicial, el primer intérprete de las leyes. Después de siete años de vigencia de la Ley 9.307/96, la jurisprudencia generada, sirve como guía para su aplicación y utilización. Veamos como ésta se está generando.

La nueva Ley, al reglamentar el arbitraje, introduzco en el ordenamiento nacional nuevos principios y conceptos, que todavía necesitan tiempo para que sean totalmente asimilados por la "comunidad jurídica".

Después de que finalmente, el Supremo Tribunal Federal entendiera la constitucionalidad del arbitraje mismo, entre otras materias importantes, se consideró el efecto vinculante de la convención de arbitraje.

<sup>110</sup> Revista Trimestral de Jurisprudencia 92, p. 1.077.

<sup>111</sup> Cumple destacar, en este particular que, entre los tratados bilaterales relativos al arbitraje internacional celebrados por Brasil, estuvo la Convención judicial en las áreas Civil, Comercial, del Trabajo y Administrativa celebrada con Francia en 30.01.1981 y promulgada en el país por el Decreto 91.207, de 29.04.1985. La referida Convención se aplicaba a expresamente, a los laudos arbitrales. Este aspecto tiene importancia especial en la práctica, cuando nos referimos a los laudos proferidos en el ámbito de la Cámara Internacional de Comercio de Paris, cuando a la sede del tribunal arbitral está ubicada dentro del territorio de Francia. Esta Convención fue revocada por el Acuerdo de Cooperación en Materia Civil, celebrado el 28 de mayo de 1996, en París y promulgado por el Decreto 3.598, de 12 de septiembre de 200 y sus artículos 17 a 20, que tratan del reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales, no se refieren expresamente a los laudos arbitrales.

Reconoció, que cuando las partes fornecen elementos para dar inicio al arbitraje, existiendo resistencia de otra parte y frente a la cláusula compromisoria que elige una institución arbitral, no hay necesidad de buscar el Poder Judicial para instituirlo (esto solamente sería necesario si la cláusula arbitral fuera vacía, o sea, que nada hablara al respecto).

Los Tribunales de Sao Paulo y Brasilia pronunciaron entendimientos idénticos, ya que, los jueces, al constataren la existencia de la cláusula compromisoria, se consideraron impedidos para analizar la demanda, remetiéndolo a las partes al arbitraje. Sin embargo, aún que raramente, este entendimiento encuentra resistencia pues algunos jueces no entienden la eficacia de la cláusula compromisoria, declarándose competentes para apreciar la materia. Seguramente, cuando temas así lleguen a la instancia superior, son reconsiderados.

Todavía no existe entendimiento uniforme en cuanto a la aplicación temporal de la ley, o sea, en los contratos en los cuales se hizo la opción por el arbitraje antes de la vigencia de la nueva Ley.

El entendimiento dominante es que se aplica la Ley en el momento de la instauración del arbitraje. Esta es también la opinión del Supremo Tribunal Federal en cuanto a la homologación y reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras, aplicada, incluso, para los procesos en marcha.

No solamente de los tribunales de los Estados brasileños viene la jurisprudencia arbitral, también de los Tribunales Arbitrales nacionales e internacionales, como los de la Corte Internacional de Arbitraje – CCI En París, que frecuentemente son invocados en las sentencias arbitrales, citados solamente por sus números, ya que la identidad de las partes es mantenida en sigilo.

Después de algunos años de vigencia de la Ley 9.307/96, los precedentes mencionados dan la clara impresión de que el Poder Judicial recibe positivamente los principios y conceptos que dieron un nuevo rumbo al arbitraje en Brasil.

## Síntesis de la Ley 9.307/96

Derechos Patrimoniales disponibles: todos con estas características, pueden ser solucionados por el arbitraje. Están fuera del campo arbitral, por lo tanto, temas de Estado, criminales, tributarios, etc. El arbitraje puede estar en contratos, tanto civiles, cuanto comerciales.

Convención de Arbitraje: involucra la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral.

Cláusula Compromisoria y Compromiso Arbitral: la cláusula insertada en el contrato. El Compromiso es un instrumento firmado por las partes, árbitros y dos testigos y es exigible solamente cuando no exista la cláusula compromisoria.

Arbitraje Institucional y Ad Hoc : Arbitraje institucional es aquél administrado por una

institución arbitral que posee reglamento propio, el cual las partes eligen como reglas de procedimiento. Por su vez, *ad hoc* es aquél arbitraje en el cual las mismas partes establecen las reglas de procedimiento, fijan los plazos, etc.

En cuanto a los principios y otras características:

Principio de la Autonomía de la Voluntad: La partes serán libres para escoger el arbitraje y las reglas observadas por el árbitro (reglas de derecho o equidad - Art. 2, párrafo 1) y los Principios procesales del Contradictorio, la Igualdad entre las Partes y de la Imparcialidad del Árbitro: Presentes en el Art. 21, párrafo 2 de la Ley.

Quien puede ser árbitro: cualquier persona capaz, que tenga la confianza de las partes (Art. 13). Los árbitros deben ser independientes e imparciales, debiendo observar el proceder ético establecido en la Ley, Art. 13, párrafo 6.

Momento en que el arbitraje es instaurada: cuando los árbitros aceptan el nombramiento.

Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros: El legislador no hizo referencia expresa a la internacionalidad de arbitraje. En cuanto al laudo arbitral extranjero – entendido así todo aquél proferido fuera del territorio nacional – queda condicionado a la homologación o *exequatur* por el Supremo Tribunal Federal.

De conformidad a la legislación brasilera, la homologación y ejecución de laudos arbitrales extranjeros es reglamentada I) Por la Constitución Federal, Art. 102; II) Por el Código de Procedimiento Civil, Art. 483 III) por la Ley de Arbitraje, Arts. 34 y 35; IV) Por el Regimiento Interno del Supremo Tribunal Federal, Art. 215 a 224).

Ejemplos de instituciones arbitrales: Comisión de Arbitraje de la Cámara de Comercio Brasil-Canadá, Comisión de Arbitraje de la Cámara Internacional del Comercio del Estado de Minas Gerais, Comisión de Arbitraje de la Federación de las Industrias del Estado de Sao Paulo, Comisión de Arbitraje de la Asociación Comercial de río de Janeiro. Algunas direcciones que hemos utilizado en este trabajo:

Consejo Nacional de las Instituciones de Conciliación y Arbitraje [www.conima.org.br](http://www.conima.org.br) ; Instituto de Mediación y Arbitraje de Brasil: [www.imab.org.br](http://www.imab.org.br) ; Tribunal Arbitral de Sao Paulo: [www.arbitragem.com.br](http://www.arbitragem.com.br) ; Tribunal Arbitral de Río de Janeiro: [www.arbitral.cjb.net](http://www.arbitral.cjb.net) .

## Comentarios

La Ley 9.307/96 trae para Brasil un verdadero desafío, que implica en importantes cambios culturales, saliendo finalmente de una posición paternalista del Estado, hacia la independencia en la solución de conflictos.

La iniciativa que culminó en la presentación del Proyecto de Ley propuesto por el entonces Senador de la República, Marco Maciel, buscó inspiración en las más modernas normas de arbitraje, considerando las directrices adoptadas por la comunidad internacional.

Esta Ley es de relevancia fundamental al perfeccionamiento de los negocios internacionales y tema de relevante interés económico, trayendo como una ventaja adicional la disminución en la cantidad de demandas que tiene la Justicia Común.

En el ámbito del comercio internacional, hace mucho se necesitaba que la economía más grande de América Latina tuviera una legislación arbitral adecuada a la dinámica de las relaciones empresariales, acentuadas con la rápida regionalización y globalización de la economía.

El arbitraje trae, sin duda, muchas ventajas comparativamente a los tribunales judiciales, especialmente en función del respeto al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, de la celeridad con que se pueden solucionar las controversias, de la especialización de los árbitros en los temas, de la posibilidad de un menor costo y de la mantención del sigilo de los temas en debate.

Factores importantes como el hecho que el árbitro (o el tribunal arbitral) deba ser escogido libre y responsablemente por las partes, así como las reglas que serán aplicadas a la resolución de los conflictos el arbitraje, hacen que esta técnica sea considerada muy democrática y legítima.

Conforme hemos visto, el arbitraje ya era conocido en el derecho brasilero. Si embargo, aunque la legislación autorizase a las personas capaces de contratar el uso del arbitraje la falta de una Ley creaba importantes obstáculos, casi insuperables a la viabilidad de esta práctica.

Hoy, las partes capaces de contratar pueden firmar una cláusula compromisoria, previendo la sumisión al arbitraje, relativamente a sus derechos disponibles, vía de regla, en casos de disputas surgidas de relaciones contractuales.

Si, en esta cláusula compromisoria, las partes ya acordaron en cuanto a las reglas de un tribunal arbitral especializado o de un organismo arbitral institucional, el arbitraje será instaurado según tales reglas y, en el caso de que esto no haya ocurrido, la parte que quiera instituir el arbitraje deberá convocar la otra para que sean acordados los términos del compromiso arbitral.

El compromiso arbitral deberá necesariamente informar la calificación de las artes y de los árbitros (o de la institución a la cual fue delegada), la materia que será objeto del arbitraje y el local en el cual será preferida la sentencia arbitral.

Además, podrá el compromiso arbitral estipular el plazo para que sea proferida la decisión (en caso de omisión, siempre será de seis meses), la autorización para que el árbitro (o el tribunal arbitral) decida con base en la equidad, en el derecho positivo patrio o extranjero o aún, en los principios generales de derecho, o usos y costumbres presentes en las prácticas internacionales del comercio.

También las partes pueden acordar sobre la responsabilidad por el pago de los honorarios de los árbitros y de los gastos con el arbitraje.

La sentencia arbitral es definitiva y no será objeto de homologación judicial y, siendo condenatoria, es considerada como título ejecutivo. No existe posibilidad de recurso en el Poder Judicial en cuanto al mérito de la decisión, pero solamente en relación a los aspectos formales de la sentencia arbitral (que será nula se no atiende los requisitos

previstos en la Ley de Arbitraje o en el compromiso arbitral).

En el caso específico de las sentencias arbitrales internacionales, antes se entendía que antes de ser homologado por el Supremo Tribunal Federal, los laudos requerían de homologación por parte de la corte judicial ubicada en el lugar del arbitraje.

Además, la homologación hecha por el STF no involucraba más que la vigilancia de aspectos formales, sin considerar el mérito de la decisión, excepto cuando había violación de la soberanía nacional, de las buenas costumbres y del orden público <sup>112</sup>.

En cuanto a la citación, informa la nueva Ley que ya no será considerada ofensa al orden público nacional la citación de la parte ubicada en Brasil, admitiéndose, incluso, la citación por vía postal. También es admitida la citación que fue hecha de conformidad la ley procesal del país en donde ocurrió el arbitraje.

Así, los más importantes obstáculos al desarrollo del arbitraje en Brasil fueron substancialmente corregidos por la nueva Ley, valorando esta técnica de revolución de controversias fuera de los tribunales e importante instrumento para facilitar el desarrollo de las relaciones comerciales internacionales, así como también es de extremada relevancia en el ámbito domestico en la esfera de los derechos disponibles.

---

<sup>112</sup> Conforme información junto al Supremo Tribunal Federal, el trámite de una homologación de sentencia extranjera en Brasil puede llevar de dos meses hasta algunos años, dependiendo de que se cumpla con los requisitos formales, y principalmente, de cuanto se demore la parte brasilera citada en contestar. Fuente: llamada telefónica del día 20.10.03. También accesible en la dirección <http://www.stf.gov.br>





## CAPÍTULO IV. El arbitraje como método de solución de controversias en inversión extranjera

El tema de la inversión extranjera en los países de la región es de innegable relevancia y constituye una importante base de la política económica<sup>113</sup>.

Evidentemente, es de real importancia la búsqueda de mecanismos que aseguren al inversionista extranjero, formas adecuadas y neutrales para la solución de eventuales conflictos que puedan surgir entre él y el Estado receptor de la inversión.

Desde los años 60 se ha notado una gran cantidad de acuerdos internacionales con el objeto de proteger a la inversión extranjera, como los Acuerdos de Protección de Inversión, que establecen que en el caso de controversias entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión, se podrá recurrir al arbitraje internacional.

Un número considerable de estos acuerdos establecen el CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversión) como centro de solución para el caso de controversias.

Este capítulo tiene por objeto presentar el Acuerdo de Protección y Promoción

---

<sup>113</sup> Agosin, Manuel, "Inversión Extranjera Directa en América Latina: su contribución al desarrollo", Banco Interamericano de Desarrollo – Red de Centros de Investigación Económica Aplicada y Fondo de Cultura Económica, 1996.

Recíproca de Inversiones existente entre Chile y Brasil, sin tener la pretensión de hacer un estudio profundizado en el tema de la inversión extranjera.

Además de mostrar algunas características importantes de estos dos países en este campo, presenta el arbitraje como alternativa, con el CIADI como mecanismo viable para la resolución de controversias <sup>114</sup>.

## Consideraciones preliminares

A lo largo de la historia, la protección de los particulares afectados en sus derechos en el ámbito internacional fue siempre una cuestión reservada al tema de la responsabilidad internacional de los Estados, una vez que la ofensa a un ente o institución de un país cometida por acto u omisión de otro Estado extranjero era considerada una ofensa al mismo país.

Las controversias que pudiesen surgir entre los Estados, derivadas de violación de los derechos de un nacional en territorio ajeno eran resueltas por vía diplomática o, a veces, con la guerra.

Ello ocurría porque la protección de los intereses del nacional en el extranjero era equiparada a la protección del interés estatal, pero también porque todavía no existían foros internacionales de solución de conflictos entre los Estados.

Por esa razón, el Estado cuyo nacional era perjudicado por Estado extranjero, autorizaba a la víctima al uso de la fuerza en contra de este último o contra sus nacionales, generalmente por medio de la retención de cargas o buques extranjeros <sup>115</sup>.

De la etapa rudimental se evolucionó hasta que, en el siglo XIX, los conflictos entre particulares y los Estados extranjeros pasaron a ser conflictos entre Estados, cuando entonces el principio de la protección diplomática del particular se empezaba a consolidar.

Una vez asumida por el Estado la protección de los intereses del nacional, la tendencia fue buscar una solución de los desacuerdos por medio del mecanismo de las negociaciones directas, lo que dejaba en evidencia que los intereses del Estado más fuerte prevalecían sobre el Estado más débil.

Así, en el contexto de la globalización del flujo de capitales internacionales, lo que se nota es una creciente internacionalización de la actividad de los inversionistas privados.

Esta internacionalización ha sido reconocida de manera unánime en los tratados

---

<sup>114</sup> Entre las diez principales economías receptoras de la inversión extranjera directa en 2001, en la lista de los países en desarrollo están Brasil, con un total de 22, 457 millones de dólares y Chile, con 5, 508 millones de dólares. Fuente: *UNCTAD World Investment Report 2002*, [http:// www.unctad.org](http://www.unctad.org).

<sup>115</sup> Cárdenas, Feldstein Sara y Herbón, Leonardo Hebe "Cómo y cuándo demandar a un Estado Extranjero" Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

bilaterales o regionales, en la medida en que tales tratados se reportan al mecanismo de solución de controversias del Centro Internacional de Solución de Controversias Relativas a Inversión, del Banco Mundial.

Por esta razón, el tema de la inversión extranjera sirve antes, como paño de fondo para demostrar que, en el escenario de los actores internacionales, el intenso flujo de capitales extranjeros que sostiene las economías nacionales, patrocina el reconocimiento de personalidad internacional del ente o institución nacional.

## Los conflictos entre inversionista extranjero y Estado receptor de la inversión

Estos están concentrados en los casos en que el Estado promueve la alteración unilateral de los términos del contrato o del ambiente económico en donde este opera por medio de cambios de naturaleza legal.

Estas inquietudes se concretizan en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en cláusulas de protección a las inversiones en las cuales, por lo general, se establecen para el inversionista el “trato nacional”<sup>116</sup> y para las inversiones la cláusula de la nación más favorecida<sup>117</sup>.

En este ámbito, también son preocupaciones visibles en los acuerdos la protección al inversionista de medidas expropiatorias, sin la correspondiente indemnización y sin que sean por razones determinantes, como la utilidad pública o el interés nacional.

La utilización del derecho internacional para configurar la responsabilidad delictiva del Estado ofrece margen a controversias, delante de la inexistencia de normas generales de derecho internacional sobre los deberes del Estado frente el inversionista extranjero.

La indefinición del contenido de tales obligaciones incentivó la sobrevenida de teorías sobre la intencionalidad del contrato de inversión.

La primera vino fundamentada en la Resolución 1.803 de la Asamblea General de las Naciones Unidas que, al enunciar que los acuerdos concluidos por los Estados deberían ser cumplidos de buena fe entre los Estados, motivó la defensa de que los contratos de inversión, por estar concluidos por los Estados con el inversionista extranjero, serían similares a un tratado.

En este punto, aunque se pudiera admitir una comparación, la verdad es que el principio de la no modificación unilateral de las obligaciones asumidas a nivel de los

---

<sup>116</sup> Cada parte otorga un trato no menos favorable que el que otorga en situaciones similares, a las inversiones en su territorio de sus propios nacionales o empresas.

<sup>117</sup> En donde cada parte concede a las inversiones de la otra parte contratante, un tratamiento no menos favorable que el dispensado a las inversiones de sus nacionales.

tratados *pacta sunt servanda*, bien como la cláusula *rebus sic stantibus* operan con igual fuerza para los tratados.

De hecho, el Art. 62 de la Convención de Viena sobre los Tratados permite la alteración de los términos de los tratados cuando se produce un cambio fundamental en las circunstancias presentes al tiempo de la conclusión del tratado, cambios éstos que no podrían ser previstos por las partes hasta la fecha.

Ya en el análisis de las sentencias arbitrales derivadas de las controversias entre Estados y particulares, está demostrado que, para los árbitros internacionales, no existe la cláusula implícita *rebus sic stantibus*, pues la alteración unilateral depende, para ellos, de previsión expresa en el contrato.

En este contexto, se percibe que la defensa del uso del derecho internacional como forma de internacionalizar el contrato de inversión podrá otorgar al Estado el derecho de alterar unilateralmente el contrato de inversión, cuando presente un cambio significativo de las circunstancias.

La falta de simpatía a esta doctrina motivó el ascenso de la idea del *standard* mínimo de protección, según el cual a los extranjeros se aseguraría un nivel de protección acorde con el mínimo padrón internacional lo que, en la práctica, terminaría por asegurar a los extranjeros nacionales de los Estados desarrollados un nivel de derechos superior aquellos otorgados a los mismos nacionales de los Estados en donde aquellos invierten.

Las dificultades de definición del contenido de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado frente al inversionista extranjero, hicieron que las formas directas de internacionalización del contrato de inversión fuesen preferidas.

Éstas iniciaron por la definición de la ley aplicable, en caso que ocurra vacío en la ley del Estado receptor de la inversión. Esto motivó, tanto en la defensa, que la ley aplicable sería el contrato mismo como la aplicación del derecho internacional público, aún, a la combinación de varios derechos.

Otra forma de internacionalización directa del contrato de inversión es el uso de las cláusulas de protección y de estabilización del contrato, en que se busca asegurar que el Estado no modificará sus cláusulas unilateralmente.

El recurso del arbitraje figura como tercera forma de internacionalización directa del contrato y, por último, viene la sumisión del contrato de inversión a un tratado internacional sobre inversión de que sean parte tanto el Estado de nacionalidad del inversionista cuanto el Estado receptor de la inversión<sup>118</sup>.

## El arbitraje en los tratados bilaterales de protección y promoción de inversión

---

<sup>118</sup> France Fraudette, op. cit., p 59-60.

Una salida interesante parece ser los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones <sup>119</sup>, que contienen cláusulas de arbitraje.

El primero de estos acuerdos se firmó entre Alemania y Pakistán el 25 de noviembre de 1959, pero empiezan realmente a desarrollarse con frecuencia inusitada a partir de 1980 <sup>120</sup>.

En los tratados bilaterales de protección y promoción de inversiones se encuentran tres diferentes formas de definir la inversión <sup>121</sup>.

La primera definición es más amplia y se refiere a toda y cualquier contribución para la realización de un objetivo económico.

La segunda definición se refiere a las actividades y a los aportes considerados como inversión, mientras que la tercera y más usual es la adoptada por acuerdos que remiten a la definición de inversión para la legislación del país receptor del capital.

Estos tratados traen mayor estabilidad jurídica, una vez que es la imposibilidad de modificación por la mera voluntad unilateral de un Estado.

Además, normalmente establecen para el caso de controversias entre inversionista y Estado receptor de la inversión, la posibilidad de recurrir al CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversión), como centro de solución de controversias.

Una de los estilos de estos acuerdos en la actualidad es establecer la “opción única y definitiva de jurisdicción”, o sea, frente a una controversia, el inversionista debe optar entre los tribunales nacionales o el arbitraje internacional. La opción se torna definitiva, una vez que es tomada.

Las regulaciones del CIADI señalan que, en el caso de controversia, los árbitros aplicarán las normas del Estado donde se radica la inversión, a menos que las partes acuerden otra cosa.

Brasil es signatario de acuerdos para la protección recíproca de inversión firmados con:

República Portuguesa (Acuerdo Brasil-Portugal, de 9.2.1994);

República de Chile (Acuerdo Brasil-Chile, de 22.3.1994) <sup>122</sup>;

---

<sup>119</sup> Los también llamados Acuerdos Bilaterales de Inversión (*BITs*) se denominan en inglés *Bilateral Investment Treaties*.

<sup>120</sup> Desde el año 1959 hasta el año 1996, se habían suscrito más de cien mil Acuerdos Bilaterales de Inversión.

<sup>121</sup> Según el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones – CIADI: “*It is however only since the late 1980s that BITs have come to be universally accepted instruments for the promotion and legal protection of foreign investments*”. Traducción de la autora: “Sin embargo, solamente hasta finales de los años 80 que los Acuerdos Bilaterales de Inversión han empezado a ser aceptados universalmente para la promoción y protección legal de las inversiones extranjeras”. En: <http://www.ciadi.org>.

<sup>122</sup> El Acuerdo Bilateral para Promoción y Protección celebrado con Chile, así como muchos de los mencionados, sigue esperando en el Congreso Nacional brasileño para su entrada en vigencia.

Con Gran Bretaña (Acuerdo Brasil-Gran Bretaña, de 19.7.1994);

Confederación Suiza (Acuerdo Brasil-Suiza, de 11.11.1994);

República de Venezuela (Acuerdo Brasil-Venezuela, de 4.7.1995).

Hay noticias de acuerdos bilaterales de inversión con México, Corea, Italia, China y Alemania.

Los tratados firmados por Brasil con Portugal, Chile, Gran Bretaña, Suiza y Venezuela prevén que los eventuales conflictos sean resueltos a través de consultas amistosas y que, una vez que éstas hayan fracasado en un plazo de seis meses (tres meses en el acuerdo con Gran Bretaña), motiven el recurso a los tribunales del Estado receptor de la inversión o al arbitraje internacional.

En estos casos, el inversionista podrá reportarse al CIADI, al Tribunal de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio en París (en el caso Brasil Gran Bretaña) o a un tribunal arbitral *ad hoc* apuntado por las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDMI).

## Acuerdo para Promoción y Protección recíproca de inversiones entre Chile y Brasil

Firmado en Brasilia en 22 de marzo de 1984, el Acuerdo fue aprobado por el Congreso Nacional de Chile el 14.12.95 y sigue esperando aprobación del Congreso Nacional brasileño. Debido a su importancia en el tema abordado, nos referimos al mismo.

### Solución de controversias entre las partes contratantes

En cuanto a la resolución de controversias, el Acuerdo dice en su artículo VII que las divergencias y controversias entre las partes<sup>123</sup> serán resueltas de forma amigable y que, si el conflicto no pudiera resolverse de este modo en el plazo de seis meses contados desde el inicio de las negociaciones, podrá ser sometido a un Tribunal de Arbitraje por cualquiera de las partes contratantes.

Ese tribunal estará constituido de dos árbitros, representantes de cada uno de los Estados contratantes, que elegirán a un nacional de un tercer Estado como Presidente.

Si una de las partes no hubiere designado el árbitro dentro del plazo fijado, o sea, de tres meses para los árbitros (contados desde la fecha en que cualquiera de las partes haya informado a la otra de su intención de someter el conflicto a un Tribunal de Arbitraje), la otra parte podrá solicitar al Presidente de la Corte Internacional de Justicia que lo haga.

El Presidente de la referida Corte podrá ser invocado, también en el caso de que los dos árbitros designados por las partes no lleguen a un acuerdo dentro del plazo

---

<sup>123</sup> Vemos la importancia de subrayar que se trata de arbitraje entre los Estados "Partes" del Acuerdo para Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

establecido (cinco meses), en cuanto a la designación del tercer árbitro.

Si este se encuentra impedido por cualquier motivo, corresponderá al Vicepresidente dichas funciones y si este también se encuentra impedido, corresponderá al miembro de la Corte que le siga en el orden de precedencia al efectuar las designaciones.

El Tribunal de Arbitraje emitirá su laudo basándose en la Ley, en las disposiciones contenidas en el Acuerdo en análisis o en otros acuerdos vigentes entre las Partes y en los principios universalmente reconocidos del Derecho Internacional.

Las Partes se someten a la decisión del Tribunal Arbitral y tomarán todas las medidas para conferir plena eficacia al laudo respectivo.

### **Solución de controversias entre Estado Receptor de la Inversión y el Inversionista**

En lo que dice respecto a este particular, el capítulo VIII deja claro que, en la medida de lo posible, las soluciones vendrán por medio de consultas amistosas entre las partes.

Si el conflicto no se puede resolver de esta forma en un plazo de seis meses, contados desde el inicio de tales consultas, se podrá optar por dos vías a la elección del inversionista, que serán irreversibles:

remitir a los tribunales competentes de las partes contratantes en cuyo territorio se realizó la inversión; o

al arbitraje internacional, sometida a uno de los siguientes órganos:

al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) cuando cada Estado Parte haya adherido a aquél. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje, conforme al Mecanismo Complementario del CIADI<sup>124</sup> ;

a un Tribunal de Arbitraje *ad hoc* establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDMI). El Tribunal está compuesto por tres árbitros – uno designado por la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión, uno designado por la otra parte y un tercer árbitro, que Presidirá el Tribunal, designado por los árbitros así seleccionados. Si el tercer árbitro no fuere designado en el plazo de treinta días, contado desde la designación de los otros dos árbitros, su designación será asignada al Presidente del Tribunal de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio en París.

El Tribunal Arbitral decidirá con base en las disposiciones del Acuerdo, en el Derecho de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión y en los términos de

---

<sup>124</sup> El 27 de septiembre de 1978 el Consejo Administrativo del Centro autoriza, a solicitud de las partes interesadas, ciertos procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del alcance del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. Se trata de: 1) procedimientos de conciliación o arbitraje para el arreglo de diferencias relativas a inversiones que surjan entre partes, una de las cuales no sea un Estado Contratante; 2) procedimientos de conciliación o arbitraje entre las partes, de las cuales al menos una sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante, para el arreglo de diferencias que no surjan directamente de una inversión; 3) procedimientos de comprobación de los hechos. Véase en el sitio <http://www.worldbank.org/icsid/facility-spa-archive> .

eventuales acuerdos particulares que tengan relación con la inversión, así como los principios del Derecho Internacional en la materia.

Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes, que resuelven por no tratar por medio de canales diplomáticos, asuntos relativos a controversias sometidas a proceso judicial o arbitraje, hasta que los respectivos procesos hayan concluido.

#### **Ámbito de aplicación**

El Acuerdo se aplicará en ámbito de las inversiones efectuadas antes o después de su entrada en vigencia, conforme a las disposiciones legales de la otra parte contratante, en el territorio de esta última.

Sin embargo, no se aplica el Acuerdo a divergencias o controversias que hubieran surgido antes de su entrada en vigencia.

#### **Definiciones de los términos inversionista e inversiones**

Importante esclarecer que, para fines del Acuerdo, el “inversionista” fue definido como:

las personas físicas que tengan la nacionalidad de la Parte Contratante de donde se origina la inversión, de conformidad con su legislación interna;

las personas jurídicas, incluidas las compañías, sociedades comerciales y otras entidades constituidas según la legislación de la Parte Contratante de donde se origina la inversión y que tengan su sede principal en el territorio de esa Parte.

El término “inversiones” designa todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de cualquier naturaleza, adquiridos o ejercidos de acuerdo con la legislación de la Parte receptora de la inversión, en particular:

acciones y otras formas de participación en sociedades;

derechos derivados de todo tipo de aporte realizado con el propósito de crear valor económico, incluidos los préstamos directamente vinculados a una inversión específica, hayan o no sido capitalizados;

los bienes muebles e inmuebles, así como los derechos reales, tales como hipotecas, usufructos y derechos análogos;

derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgadas por ley o derivados de contrato, en particular los relacionados con la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales;

derechos en el ámbito de la propiedad intelectual, incluyendo expresamente patentes de la propiedad intelectual, incluyendo expresamente patentes de invención y marcas comerciales, así como licencias de fabricación y *know how*.

## **Brasil en cuanto a la inversión extranjera**



Este país ha sido uno de los más potentes receptores del capital externo a fines de los 90.

No cuenta con mecanismos tan atractivos como aquellos que ha buscado Chile, por razones que, desde nuestro punto de vista, son más bien culturales, en cierta forma proteccionistas.

Brasil no es miembro del CIADI, sin embargo, es parte de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá), de 1975 y firmó varios acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones (aun que esperan la aprobación del Congreso de este país).

Los tratados internacionales y los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones tienen la misma jerarquía de las leyes ordinarias y, una vez promulgadas por el Presidente de la República (aprobado por el Poder Legislativo), pueden ser aplicadas en el contexto de la Justicia de este país, en todos los niveles.

En la actualidad, además de tener como organismo especialmente encargado de la inversión extranjera al Departamento de Capitales Extranjeros (FIRCE) del Banco Central, la economía más grande de la región da muestras visibles de la conciencia en cuanto a la necesidad de perfeccionar factores que generen confianza en las instituciones, incentivando y manteniendo las inversiones, como son la estabilización de la economía, el fin del monopolio estatal, la profundización de la apertura económica y la consolidación de las reformas.

Concretamente, existe desde enero del 2001, un organismo especializado en el tema: la Red Brasileira de Promoción de Inversiones – **Investe Brasil** .

Este organismo cuenta con representantes de varios Ministerios del Gobierno, como de la Hacienda, de los Transportes, de las Comunicaciones, de la Agricultura, del Trabajo, de las Relaciones Exteriores, entre otros.

La figura jurídica del *Investe Brasil* es totalmente nueva: Organización de la Sociedad Civil de Interés Público (OSCIP), definida por la Ley n. 9.790/99, que presenta la alternativa de Pacería, viabilizando el ingreso de recursos públicos, posibilitando las negociaciones.

Las actividades del organismo están en atender, tanto el sector público cuanto el privado. La divulgación de informaciones sobre la economía y el ambiente de negocios en Brasil, informaciones sobre el aparato legal y tributario y la promoción del portafolio de oportunidades son actividades permanentes del organismo. La dirección electrónica [www.InvestinBrazil.gov.br](http://www.InvestinBrazil.gov.br) fue registrada para este fin.

Por último, dejamos en claro que el arbitraje es aceptado como medio válido para el Estado y sus empresas estatales con el fin de solucionar controversias con particulares, sin importar que el tribunal tenga su sede en el extranjero.

Se puede decir, a ejemplo de lo mencionado, que este país ha demostrado notables cambios de actitud, manifestando su lado más abierto, de economía que quiere (y puede) dejar de ser “emergente”, para finalmente, emerger. Pruebas concretas tenemos con la Ley N° 9.307/96 y la incorporación de la Convención de Nueva York al ordenamiento interno.

## La experiencia chilena en inversión

La experiencia de Chile nos llama mucho la atención. Este país tiene más experiencia en el tema de la protección de la inversión extranjera <sup>125</sup>, porque es uno de los países de la región que se ha incorporado eficazmente al proceso de globalización ya desde mediados de los años setenta <sup>126</sup>, y porque ha demostrado, entre muchas otras cosas, la creación de fórmulas adecuadas en el campo de la protección de inversiones.

A partir de los años 70 (1974), Chile crea herramientas legales para atraer las inversiones extranjeras y la más destacada es el Decreto Ley 600, que junto con garantizar el trato no discriminatorio, ofrece beneficios a los inversionistas, como el acceso al mercado cambiario formal, al tipo de cambio más favorable.

Estos principios quedan garantizados a través de un contrato-ley suscrito entre el inversor y el Estado Chileno por medio del Comité de Inversiones Extranjeras <sup>127</sup>.

En la materia que nos interesa, el Arbitraje, no hubo una regulación específica y más aun, el Decreto Ley 2.349/78, en su artículo 7° subordina las controversias a los tribunales chilenos <sup>128</sup>.

Los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones surgen como excelente alternativa para suprimir esta necesidad, sometiendo las controversias al CIADI.

## Algunos casos chilenos llevados al CIADI

La República de Chile ha llevado al Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados CIADI, al cual

<sup>125</sup> Teplitzchi, Eduardo. Protección de las inversiones extranjeras en el MERCOSUR – Necesidad de consolidar el derecho comunitario mercosureño. in: “MERCOSUR y Empresas” Cuadernos de Época – Serie Integración Económica, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 2002. p 177-223.

<sup>126</sup> Sistema de Protección de la Inversión Extranjera. La experiencia de Chile, SP FIEALC/DI n. 5, junio de 200.

<sup>127</sup> Véase Mayorga, Roberto y Montt D. Luis, “Inversión Extranjera en Chile”, Editorial Jurídica CONOSUR – 1994.

<sup>128</sup> El Art. 7° del DL N° 2.349/78 dice que “las estipulaciones contenidas en los artículos 1 y 2 no podrán pactarse en los contratos que se celebren en conformidad al decreto ley número 600, de 13 de julio de 1974, y sus modificaciones. Asimismo, no procederán en los contratos que se celebren sobre concesiones de bienes de uso público o de bienes fiscales, ni en los actos o contratos que celebren los organismos, instituciones o empresas del Estado de Chile, cuando la legislación particular por la cual se rijan excluya en forma expresa la sumisión a la ley o tribunal extranjeros, o disponga que los diferendos que de ellos deriven deban ser sometidos a la ley chilena o a tribunales nacionales”.

está vinculado desde el año 1991, casos puntuales y inconclusos, que conocemos a través de los medios de comunicación por el gran interés social que provocan:

**Empresa Lucchetti (Chile) contra el Estado de Perú – caso Lucchetti**<sup>129</sup>

La empresa Lucchetti S.A., con fecha de 1° de Agosto de 1995 suscribió, conjuntamente con la filial Lucchetti Perú S.A., convenios con el Estado peruano, consistente en la generación de un proyecto de inversión para el desarrollo de actividad fabril, en el distrito de Chorrillos, próximo de la Reserva de Pantanos de Villa.

Este proyecto implica la construcción y funcionamiento de una fábrica de tallarines y pastas, efectuándose la adquisición de los terrenos con fecha de 9 de julio de 1996.

La empresa Lucchetti Perú S.A. presentó un estudio de impacto ambiental a la Municipalidad de Chorrillos, a fin de obtener los permisos municipales respectivos, exigida para este tipo de proyectos (Ley 26.786 de 1997).

La empresa Lucchetti cumplió con las exigencias en virtud de la carta notorial de fecha de 4 de septiembre de 1997.

Los antecedentes pasaron por la Municipalidad Metropolitana de Lima, que debía autorizar el cambio de uso del suelo, a lo que el Consejo ordenó la paralización de las obras ya iniciadas por trasgresión a las normas y a su impacto ambiental, con base en la los acuerdos n. 111, de 2 de octubre de 1997, y n. 123, de 28 de octubre de 1997.

Lucchetti Perú S.A. interpone, con fecha de 12 de enero de 1998, una solicitud de suspensión, a través de una medida cautelar ante el Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público, solicitando que se dejen sin efecto los acuerdos del Consejo Metropolitano de la Municipalidad de Lima, argumentando trasgresión a la Constitución peruana en lo tocante a la protección del derecho de dominio, la igualdad ante la ley y la libertad económica, basando su pedido en la existencia de acuerdo entre el Estado peruano y Lucchetti S.A.

La matriz en Perú había cumplido con la evaluación de impacto ambiental exigida por la ley.

La Municipalidad de Lima se defiende del recurso que interpone Lucchetti Perú S.A., señalando que en virtud de normas constitucionales y del Decreto Legislativo n. 613 – Código de Medio Ambiente – los municipios tienen el deber de velar por su patrimonio ambiental.

Agréguese que los Pantanos de Villa están protegidos por una convención internacional relativa a los humedales y se trata de un proyecto que no está en la misma zona antes mencionada y que el Estado peruano declaró como parte del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas (SINASPRE).

El juez del Primer Juzgado Corporativo Transitorio especializado en Derecho Público, por resolución de fecha de 19 de enero de 1998 declara fundada la medida cautelar solicitada por la empresa Lucchetti Perú S.A. y ordena suspender los efectos de los

---

<sup>129</sup> Procesos Judiciales rol 42-98 y rol 3.947-98 del Juzgado Especializado en Derecho Público y la Sala Civil de Procesos Abreviados y de Conocimiento.

acuerdos adoptados por el Consejo de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

Esta resolución fue objeto de apelación a la sala corporativa transitoria especializada en Derecho Público, la que con fecha de 6 de marzo de 1998 confirmó la resolución apelada y declaró improcedente la nulidad deducida por la Municipalidad de Lima, produciéndose la notificación de la resolución con fecha de 24 de marzo de 1998.

La empresa acusó el Estado peruano ante el CIADI de no haber respetado sus derechos como inversionista extranjero y de transgredir el Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Perú, que entró en vigencia en agosto de 2002.

Por otro lado, el gobierno peruano no estuvo dispuesto a acogerse al CIADI, teniendo como argumento principal que el Acuerdo suscrito entre los dos países entró en vigencia después del conflicto, que se inició en 1998.

El CIADI acepta la posición peruana en torno al caso Lucchetti, en el sentido que no es precedente que se tramite el caso frente a este Centro, si aún se encuentra pendiente el procedimiento entre el Estado Peruano y el Estado Chileno sobre la aplicabilidad del Convenio para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones al caso en estudio.

En consecuencia, la Secretaría General del CIADI registró con reservas la solicitud de arbitraje presentada por la empresa Lucchetti y sujeta al procedimiento Estado-Estado, planteado por Perú en relación a la no aplicación del convenio bilateral.

El CIADI indicó que dicho registro se efectuaba a condición que si al momento de constituirse su tribunal de arbitraje aún se encontrase en trámite el proceso entre los dos países, planteado por la Cancillería Peruana al amparo del artículo 9 del Convenio bilateral, se recomendaría al tribunal del CIADI suspender el caso hasta que concluya el procedimiento antes mencionado.

CIADI afirmó que ésta es la primera ocasión que una situación, como la descrita, se presenta ante su Secretaría General.

El Centro acepta la posición sostenida por la Cancillería Peruana en el sentido que no es viable que se realicen dos procedimientos arbitrales en simultáneos, pues pondría en riesgo la seguridad jurídica misma que el sistema promueve.

## **Víctor Pey Casado y Fundación Allende contra la República de Chile - caso Clarín**

---

Esta historia se remonta en su origen a la época del golpe militar de 11 de septiembre de 1973, que llevó a Augusto Pinochet al poder.

La demanda arbitral fue interpuesta por el ingeniero industrial Víctor Pey Casado y la fundación española Presidente Allende, ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, el 6 de noviembre de 1977; el 20 de abril de 1998 resultó admitido a trámite, y el 14 de septiembre de 1998 se formó el tribunal internacional de arbitraje.

El demandante, Víctor Pey, tenía la particularidad de haber nacido en España y

poseer la nacionalidad chilena. En 1972 adquirió el Consorcio Publicitario y Periodístico Clarín, titular de la casi totalidad del capital de la Empresa Periodística con el mismo nombre.

El diario Clarín, un periódico que apoyó el Gobierno de Salvador Allende, mantuvo una importante circulación hasta ser incautado por la Junta Militar que presidió Augusto Pinochet.

El Señor Víctor Pey solicitó en los años 1995 y 1996, al Gobierno de Eduardo Frei una indemnización por sus bienes y la respuesta fue negativa, demandando formalmente al Estado chileno el 6 de noviembre de 1997 ante el CIADI.

Detalles importantes son que el demandante tuvo que certificar su nacionalidad española, además del origen de los recursos utilizados para adquirir los derechos sobre Clarín, para que fueran clasificados como “inversión extranjera”.

En la primera situación, presentó su tarjeta de identidad del Registro Civil chileno, en la cual se afirma que es “extranjero” y asegura que los fondos con los que se realizó la transacción comercial provenían de sus cuentas privadas en Suiza.

Después de dos peticiones por parte del Gobierno Chileno, una del fiscal del Comité de Inversiones Extranjeras y otra del Ministro de Economía, de no admisión de la solicitud de arbitraje, el tribunal internacional quedó formalmente constituido el 14 de septiembre de 1998, bajo la presidencia de Francisco Rezek, Mohamed Bedjaoui y Loro Franco.

En cuanto a la defensa chilena, están las tesis de que el demandante se nacionalizó voluntariamente en 1958 y que, de conformidad al artículo 11 de la Constitución, esta condición es irrenunciable, salvo que el beneficiario renuncie a ser chileno, con el fin de obtener otra nacionalidad.

Cabe mencionar que favorece a Chile el principio del derecho internacional privado (principio de las nacionalidades) que establece que cada Estado tiene la libertad de determinar por medio de su legislación quiénes son sus nacionales. En este caso, el tribunal arbitral debería declararse incompetente, una vez que el convenio del CIADI sostiene que en ningún caso un demandante podría tener la nacionalidad del Estado parte en la controversia, y el único Estado presente en la controversia es Chile.

También la defensa argumentó que los activos reclamados por Víctor Pey no constituyen inversión extranjera, en otras palabras, se plantea que no hubo transferencia de capitales desde afuera hacia el país receptor.

Por otro lado, en contra de Chile está el carácter político que se ha dado a la discusión. Los acuerdos de protección recíproca de inversiones tienen como objeto dar seguridad jurídica a todos los inversores privados sin discriminaciones ideológicas y el derecho a defenderse ante un tribunal de arbitraje internacional sin transferencias estatales. El artículo 10.6 del convenio prohíbe que las partes traten, a través de los canales diplomáticos, argumentos que pueden referirse al arbitraje ya en marcha hasta que el mismo termine.

En decisión emitida por el CIADI el 25 de septiembre de 2001<sup>130</sup>, que resolvía sobre

---

<sup>130</sup> Véase el sitio <http://www.worldbank.org/ICSID>

la adopción de medidas provisionales solicitadas por las partes, después de denegar la solicitud de las mismas, el tribunal “invita a las partes a respetar estrictamente el principio general de derecho, en el cual cualquier parte en un litigio tiene la obligación de velar porque se impida todo acto que pudiera prejuzgar los derechos de la otra parte al momento de la ejecución del laudo que el Tribunal de Arbitraje pudiera ser llamado a dictar sobre el fondo del asunto, y porque se impida todo acto, de cualquier naturaleza, que pudiera agravar o extender la diferencia sometida al Tribunal de Arbitraje”.

Finalmente, invita a las partes a informar “de todo hecho o evolución de la situación que llegue a su conocimiento y que fuera susceptible de afectar el respecto del principio antes citado”.

## Comentarios

Las legislaciones nacionales de apoyo a la inversión extranjera directa, tuvieron complemento en los convenios internacionales, bilaterales, multilaterales y regionales, a través de los cuales se busca la garantía y protección de las inversiones.

En el caso particular de Chile, también fueron establecidos instrumentos de protección jurídica, como los contratos-leyes, pero al mismo tiempo también adhirió a sistemas internacionales de garantías, como el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones – CIADI.

Más allá de toda complejidad que puede significar las diferentes opiniones en torno al tema, observamos que este organismo contribuye para la “despolitización” de las controversias en materia de inversión.

Es notable que en la última década también haya tenido una evolución significativa en cuanto a Estados ratificantes y, como consecuencia, el número de casos. El centro posee una estructura institucional simple y efectiva.

El sistema de resolución de controversias del CIADI coloca en un plan de “simetría técnica” a las partes, en lo que se refiere a la gestión de conflictos en materia de inversión, mediante conciliación y arbitraje.

Este Centro de resolución de controversias supone, entonces, un paso adelante en materia de solución de controversias entre estados y particulares de otros estados, una vez que significa una alternativa frente a la doctrina clásica de la inmunidad soberana de otros estados, suministrando seguridad jurídica a la solución de controversias en materia de inversión y brindando elementos que son importantes a la promoción de la inversión.

El proceso arbitral organizado y administrado por el CIADI obedece al estado actual de la técnica en materia de arbitraje institucional, concediendo prioridad al acuerdo de voluntad de las partes, en todos los aspectos previstos por el mismo convenio y admitiendo la posibilidad que las partes resuelvan la controversia de común acuerdo, en cualquier etapa de las actuaciones arbitrales.

El derecho a recurrir al arbitraje internacional es, claramente, un elemento en la

protección de inversiones y si antes los países en desarrollo eran reacios a la esta idea, hoy hay más confianza y también necesidad de atraer la inversión.

Por consiguiente, crece la importancia del CIADI, lo que merece su propio estudio. Importa destacar en el marco de esta investigación el amplio reconocimiento de esta forma de resolución de controversias.





# CAPÍTULO V. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS CASOS CHILE Y BRASIL EN CUANTO AL ARBITRAJE

## Marco normativo vigente en Chile

En el sistema jurídico chileno, el arbitraje no está regulado específicamente, debiendo regirse por las mismas normas aplicable al arbitraje doméstico cuando el arbitraje se lleva a cabo en territorio nacional.

Si, por otro lado, la sede del arbitraje se encuentra en el extranjero, existen diferentes tratados internacionales ratificados por Chile sobre cumplimiento de fallos dictados en el exterior.

Entre estas Convenciones, se destaca por su importancia la Convención sobre Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 10 de junio de 1958, conocida como Convención de Nueva York.

Además, está la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 30 de enero de 1975, Convención de Panamá; el Convenio sobre Arreglo de

Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptado en Washington el 18 de marzo de 1965.

En relación al último tratado, también hay que mencionar los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones, que en un número significativo han sido también suscritos por Chile y que consagran el arbitraje como método de solución de controversias.

Desde la perspectiva del derecho internacional económico, se destacan por contener disposiciones respecto del arbitraje internacional, los tratados de libre comercio como el celebrado en 1996 entre Chile y Canadá y en 1998 entre Chile y México.

Recientemente surgen dos nuevos tratados de esta naturaleza: entre Chile y la Unión Europea y entre Chile y los Estados Unidos de Norte América.

Luego están aplicadas las disposiciones de la legislación interna, el Código de Derecho Internacional Privado, los Arts. 423 a 436 del Código de Procedimiento Civil y los Arts. 242 a 251 del Decreto Ley 2.349 sobre inmunidad soberana del año 1978, respecto a los contratos internacionales para el sector público, declara la validez de las estipulaciones por las cuales se haya sometido o se someten diferendos derivados de tales contratos a la jurisdicción de tribunales arbitrales.

Además, en un nivel regional Chile ha suscrito otras convenciones y convenios que todavía no ha ratificado, pero que revelan la firme intención de insertarse en el arbitraje comercial internacional y el reconocimiento de laudos y sentencias arbitrales extranjeras.

En este sentido específicamente, son dignos de mencionar el acuerdo sobre arbitraje comercial internacional entre MERCOSUR y la República de Chile y Bolivia, que fue suscrito el año 1998.

Tienen su importancia otras dos Convenciones suscritas en Montevideo el año 1979, que marca su significado por la intención del Estado chileno de dar reconocimiento al arbitraje internacional:

1) Una de estas fue la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros;

2) y la otra, de la misma fecha de Montevideo, es la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares.

Al parecer, todavía carecen de ratificación ambas Convenciones.

## **Inquietudes respecto del ordenamiento interno chileno**

---

Algunas de las inquietudes que se plantean respecto de las normas de reglamento jurídico interno se refieren a un eventual conflicto entre la jurisdicción nacional y la Constitución política, considerando, en el Art. 73, dice que la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.

La misma disposición es repetida por el Art. 1º del Código Orgánico de Tribunales.

Por su parte, el Art. 5º del mismo Código se refiere a cuáles son los tribunales que establece el Código y también menciona, al final, los arbitrajes chilenos.

La incertidumbre respecto de las normas y de la Convención de Nueva York, es porque esta última permite y da carácter internacional a aquellos contenidos en que las partes, de común acuerdo, convienen que el asunto pueda ser sometido a un arbitraje de tipo internacional, es decir, el problema se puede presentar cuando hay un asunto en Chile, entre personas acá domiciliadas, que recae sobre bienes situados en este país, en que no hay ningún elemento que pueda considerarse internacional.

El Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago está tratando de convertirse en un Centro Internacional de Arbitraje y tiene mucho para lograrlo.

El prestigio de Chile en términos de institucionalidad, solvencia jurídica y altos índices de transparencia lo hacen por sí solo un centro natural de arbitraje en América Latina, junto con ciudades brasileras como Sao Paulo y Curitiba, por ejemplo, que también tienen tal aspiración.

Efectivamente, la capital chilena comparte con São Paulo el segundo lugar de la encuesta sobre “las mejores ciudades para hacer negocios con América Latina”<sup>131</sup>. Ciertamente Chile estará adelante cuando tenga su ley de arbitraje<sup>132</sup>.

Una vez consideradas las normas actuales, por estar concebidas para un arbitraje de derecho interno, se muestran inadecuadas para los casos internacionales en la actualidad, pareciendo que realmente hay un “vacío legal” en el derecho chileno en relación al arbitraje.

Las normas del derecho chileno, a propósito del arbitraje, son insuficientes y no reconocen el carácter particular específico del derecho del arbitraje en materia internacional.

Esta insuficiencia se aplica tanto al aspecto comercial del arbitraje como a su internacionalidad:

a) en cuanto al primero, los textos de derecho elaborados en materia de comercio internacional, se orientan en el sentido de ofrecer una interpretación amplia al término comercial para que abarque temas que se planteen en todas las relaciones de naturaleza comercial, contractuales o no. Es decir, tiene una aceptación y enfoque diferentes a las del derecho interno y,

b) en lo que se refiere a la internacionalidad, resulta indispensable contar con reglas

---

<sup>131</sup> Fuente: <http://cnnenespanol.com/2003/americas> . “Miami es la mejor ciudad para hacer negocios con América Latina”, 15 de abril del 2003.

<sup>132</sup> Quizás otro tema que merezca comentarios es el que dice respecto a las decisiones arbitrales internacionales que, para su ejecución en Chile, no requieren acto especial de recepción en el derecho interno, independiente de aquel que debió realizarse para incorporar al ordenamiento jurídico nacional el Acuerdo Internacional en el cual está contenida la cláusula compromisoria y el procedimiento de solución de controversias que prevé la instancia arbitral. La forma de ejecutar la sentencia arbitral, que resulta una controversia entre Estados, no se encuentra regulada en el derecho interno chileno. Para dar cumplimiento a este tipo de resoluciones, hay que estar atento a las disposiciones sobre el particular que prevean en el Tratado en que está contenido el sistema de resolución de controversias.

que establezcan criterios claros de calificación jurídica de la misma.

## Propuesta para regular el arbitraje en Chile

---

Representantes de los principales centros de arbitraje y mediación a nivel nacional, presentaron al entonces Ministro de Justicia José Antonio Gómez, un estudio en profundidad sobre los principales aspectos que se debieran incorporar a una ley de arbitraje internacional para Chile.

Carlos Eugenio Jorquera, Presidente del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago; Sergio Urrejola, Presidente del Centro de Arbitraje y Mediación de Amcham, hicieron llegar a la Autoridad un documento que reúne los principios básicos que deben regir el arbitraje internacional, considerando la experiencia global.

Dicho documento defiende la conveniencia de que Chile adopte una ley de arbitraje sobre la base del modelo de la CNUDMI <sup>133</sup>.

Por vía de la Ley Modelo se busca la uniformidad en la solución de controversias, propias del comercio internacional, pues tienden a desaparecer las diferencias nacionales de los distintos sistemas jurídicos estatales respecto del arbitraje.

En las disposiciones generales del mencionado Proyecto de Ley, elaborado a la luz de la Ley Modelo, está la oportunidad que el Estado chileno tenga claros estos criterios, cuando dice en su Art. 1 que la ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en este país.

También deja claro el criterio de la internacionalidad del arbitraje, diciendo en su Art. 3:

“Un arbitraje será internacional si:

las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de este acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o

uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:

el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;

el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o

las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.”

Es todavía minucioso el Proyecto cuando dice que “si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje”.

---

<sup>133</sup> Fuente: Estas informaciones fueron gentilmente aportadas por Karin Helminger, Directora Ejecutiva de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago el 06.05.2003.

Además, observa que “si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.”

El atraso en las normas sobre arbitraje amenaza todo y cualquier país de profundizar la brecha que lo separa de la comunidad económica internacional, al debilitar las instituciones que buscan ocupar su espacio en la solución de conflictos comerciales entre socios de diferentes nacionalidades.

En curso sobre “Administración de Arbitrajes”<sup>134</sup> el experto colombiano Jorge Hernán Gil Echeverry, autor de diversas publicaciones especializadas sobre conciliación y arbitraje, afirmó respecto a Chile que:

“Chile tenía una legislación muy parecida a la de otros países latinoamericanos, que adoptaron para ello el modelo español, pero éstas comenzaron a cambiar en la década de los 90. España modificó su ley arbitral en el año 88, y luego hicieron lo mismo la mayoría de los países centroamericanos y de Latinoamérica, pero la única que no conozco que se haya renovado es la chilena”.

Tal cuadro nos hace reflexionar en las importantes consecuencias que esto trae en las relaciones económicas de los países, una vez que los contratos internacionales necesariamente traen cláusula compromisoria de arbitraje.

Un tema que no se deja de pensar en estas situaciones es naturalmente el caso de la confianza a los inversionistas extranjeros, que pueden preferir que el juicio arbitral sea desarrollado en otro país.

Echeverri, en este punto, complementa que lo que se pierde puede pasar tanto por temas financieros, como de prestigio, una vez que las instituciones interesadas en la resolución de controversias, como es el caso de la Cámara de Comercio y su Centro de Arbitraje y Mediación no pueden competir con otros más antiguos y con mayor tradición en el área. La falta de ingresos no permite que se fortalezcan fácilmente.

En lo que dice respecto a renovar la legislación, existen dos caminos, siendo el primero reactivar a nivel parlamentario el proyecto de ley sobre la materia (alternativa también presentada por el Profesor León), mientras que el segundo sería motivar a los miembros de la comunidad jurídica a presionar a favor de reimpulsar una iniciativa de este tipo.

En esta tarea asignó una importante responsabilidad a los gremios privados, una vez que los empresarios requieren de un sistema actualizado de arbitraje, mientras que a los abogados cabe la complementación jurídica de dicha alternativa.

## **Brasil – “vacío” legal en cuanto al criterio de internacionalidad del arbitraje**

---

<sup>134</sup> El curso fue impartido entre los días 30 de julio y 1° de agosto/2002, en el Hotel Marina del Rey, por iniciativa del Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la Quinta Región. <http://lasemanajuridica.cl>.

No obstante a que este país tenga Ley de Arbitraje, hay que señalar que, ésta tiene “vacíos” significativos, aún que sería pretencioso para una legislación contener soluciones para todas las dificultades presentadas por el arbitraje.

A seguir, conoceremos algunas situaciones relevantes de omisión de esta Ley:

El legislador brasileño deja de calificar la internacionalidad del arbitraje<sup>135</sup>, mientras que esta definición es de extrema importancia para la aplicación de las convenciones internacionales que rigen la materia<sup>136</sup>.

Se hace oportuno el comentario que la supremacía de los tratados internacionales sobre el derecho interno es un tema controvertido.

En la ausencia de dispositivo constitucional, la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal se ha limitado a “dar el mismo trato a la ley y al tratado, prevaleciendo la norma posterior...”.

No obstante, la nueva Ley establece que los tratados internacionales serán aplicados prioritariamente sobre la ley interna, por ocasión del reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Por analogía, esta interpretación debe ser extendida a las convenciones internacionales que tratan de otros puntos del arbitraje.

La definición del arbitraje comercial internacional puede darse según criterios jurídicos o económicos.

Los primeros tienen por base puntos de contacto objetivos, como la nacionalidad o la residencia de las partes o de los árbitros, la sede del arbitraje o el lugar de conclusión o ejecución del contrato (objeto del litigio) etc.<sup>137</sup>

Los segundos criterios consideran como internacional el arbitraje que coloca en juego los intereses del comercio internacional.

Es la concepción del derecho francés. “*Est international l’arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international*”<sup>138</sup>.

El profesor José Alexandre Tavares Guerreiro<sup>139</sup> defiende, que la internacionalidad de la ley francesa colabora con la idea del reconocimiento del arbitraje como procedimiento integralmente desligado de cualquier cuadro jurídico estatal.

<sup>135</sup> La India, que ha promulgado el *Arbitration and Conciliation Act 1996*, también no hace diferencia entre el arbitraje interno y el arbitraje internacional. Sin embargo, esta ley reconoce la especificidad del arbitraje internacional y la define como siendo el proceso que implica a lo menos una parte extranjera (sección 2, f). Para el comentario de esta ley, v. J. Paulsson, “La réforme de l’arbitrage en Inde”, *Revue de l’Arbitrage*, 1996.597; Nariman. “La nouvelle loi indienne sur l’arbitrage”. *Bulletin de la Cour Internationale d’Arbitrage de la CCI*, vol 8, n. 1, mayo 1997, p. 38.

<sup>136</sup> (J. Dollinger, “Direito Internacional Privado Parte Geral”, 4ª Edição, Rio de Janeiro, Editorial Renovar, p. 103).

<sup>137</sup> Es el criterio adoptado, por ejemplo, por la *Loi Fédérale de Droit International Privé* suiza de 1987 que, en su Art. 176 adopta un criterio que se expresa por la necesidad de que en el momento de la conclusión de la cláusula arbitral al menos una de las partes no tenga ni domicilio ni residencia habitual en Suiza.

<sup>138</sup> Artículo 1.492 del NCP.

Opina que los criterios de nacionalidad de las partes, al propio foro arbitral o a los árbitros, no sirven como criterio definitivo para la determinación del carácter internacional del arbitraje.

La jurisprudencia también parece inclinarse por esta concepción económica de la internacionalidad del arbitraje.

Es verdad que pocos son los países que adoptaron el modelo francés de internacionalidad, prefiriendo otros criterios supuestamente más objetivos.

Sin embargo, el criterio económico también no es inmune a las críticas. El criterio “comercial” excluye los arbitrajes internacionales que no presentan esta característica <sup>140</sup>.

Existe aún la sugerencia de la aplicación cumulativa de los dos criterios, como es el caso del derecho argelino que exige que una de las partes tenga su domicilio en el exterior y que el arbitraje tenga como objeto una controversia relativa a los intereses del comercio internacional <sup>141</sup>.

Este sistema cumulativo es, sin embargo, más rígido y no resuelve los problemas antes mencionados.

Las necesidades del comercio internacional y del mismo arbitraje requieren de un sistema más liberal.

Así, se ha propuesto la aplicación alternativa de los criterios objetivos y económicos, o sea, el arbitraje será internacional cuando una de las partes resida o tenga su establecimiento en el exterior, o si la controversia pusiera en juego los intereses del comercio internacional.

Este método alternativo, adoptado por la Ley Modelo de CNUDMI y por la legislación italiana de 1994 <sup>142</sup>, tiene como ventaja presentar una definición flexible del arbitraje internacional, eliminando así los inconvenientes de cada criterio.

La Convención de Panamá de 1975, además de disponer sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras, contiene disposiciones relativas a la organización del arbitraje <sup>143</sup>.

En el Art 3º de esta Convención, se establece que, si las partes no escogieron el derecho aplicable al procedimiento arbitral, el arbitraje será sometido al Reglamento de la

---

<sup>139</sup> Guerreiro, José Alexandre Tavares. “Fundamentos da Arbitragem do Comércio Internacional”, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 122.

<sup>140</sup> Ballet y Mezger, “L’arbitrage international dans le nouveau Code de Procédure Civile”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1981-611, p. 617-619.

<sup>141</sup> Art. 455 CPC argelino. El texto francés está reproducido en la *Revue de l’Arbitrage*, 1993-479 y su comentario por M. Issad en la p. 377 de la misma Revista.

<sup>142</sup> La nueva Ley italiana de 5 de enero de 1994 adopta el criterio de la nacionalidad o de la resistencia de las partes, pero agrega que el arbitraje es internacional se una parte sustancial de la relación litigiosa se lleva a ejecución en el exterior (Art. 832 del CPC italiano), lo que podría representar un reconocimiento implícito de la concepción económica de la internacionalidad.

Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, bajo pena de nulidad de la sentencia arbitral<sup>144</sup>.

## Uniformidad normativa del arbitraje comercial internacional en América Latina

Teniendo en cuenta el ámbito de eficacia del arbitraje comercial internacional, lo que involucra, por lo general, a más de un país en su nacimiento, desarrollo y ejecución final de laudo, resulta indispensable que existan normas uniformes que regulen dicho arbitraje y permitan garantizar la eficacia de la institución arbitral como mecanismo alternativo de solución de controversias, independiente del país en el que se desarrolle o de aquél en que finalmente se ejecute el laudo.

Uno de los mayores obstáculos para el establecimiento de una normativa uniforme, lo constituye la diversidad de la legislación interna de cada país, cuyas variaciones y particularidades exigen a las partes un examen cuidadoso de la legislación que eventualmente afectaría de una u otra forma al arbitraje, lo cual no sólo genera un aumento de costos innecesario, sino, lo que es más importante, siempre existirá el riesgo que la incompatibilidad de la legislación interna en particular y el arbitraje resulte insalvable y contrario a los intereses de las partes.

La comunidad internacional, tanto a nivel global como regional, ha realizado intentos para unificar los criterios y normas que deberán regir el arbitraje internacional.

La Convención de Nueva York y la Convención de Panamá, a nivel regional, constituyen claros ejemplos de dichos intentos.

No obstante, los objetivos que inspiraron dichos instrumentos aún no han podido ser cumplidos a cabalidad, no sólo por falta de ratificación de los instrumentos internacionales por algunos países, sino por el hecho que aún cuando fueron ratificados, en muchos casos dicha ratificación se efectúa con ciertas reservas que limitan la aplicación interna cuando algún arbitraje se desarrolle dentro del ámbito de alguno de estos países.

Resulta entonces que la incorporación de las Convenciones de Nueva York y de Panamá, constituyen importantes medios de uniformidad normativa del Arbitraje Comercial Internacional en América Latina.

---

<sup>143</sup> Sobre la Convención de Panamá, Fouchard: "La Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international". *Revue de l'Arbitrage*, 1977.203; U. G. Pitti, "Ámbito de Aplicación del Convenio Interamericano sobre Arbitraje Comercial Internacional" – *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1985-121.

<sup>144</sup> Al contrario de la Convención de Nueva York de 1958, la Convención de Panamá no define su campo de aplicación, generando problemas de interpretación. Uno de ellos dice respeto al problema de reciprocidad. La Convención de Panamá no la exige, lo que implicaría su aplicación a todos los arbitrajes y a todas las sentencias arbitrales, independiente de que las partes sean o no Estados-miembro de la Convención o de que el país en donde la sentencia arbitral sea proferida también sea signatario de ésta.



La Ley Modelo de CNUDMI constituye otro de los intentos de la comunidad internacional de uniformizar la legislación interna de los países a fin de que ésta sea adecuada a las necesidades actuales del comercio internacional y, como consecuencia de ello, al arbitraje comercial internacional.

En este sentido, también se debe promover en los países la adopción de las normas contenidas en la indicada Ley Modelo, ya que con ello, las partes contratantes en transacciones internacionales tendrán un conocimiento cierto de los alcances y efectividad final del arbitraje internacional al cual eventualmente decidan someterse.

## **4. Comentarios**

Comparar a Chile y Brasil en el tema del arbitraje es tarea difícil, diría imposible, una vez que ambos países vienen de historias y culturas jurídicas distintas.

Chile es un país cuya principal fuente de crecimiento la constituye el comercio exterior. Este país comienza a consolidar una estrategia de desarrollo basada en una mayor integración internacional, liderada por la iniciativa privada y estructurada en torno a iniciativas en el plano unilateral, bilateral y multilateral.

Luego de un largo proceso de transformación productiva ocurrido en las décadas de setenta y ochenta, el Gobierno de este país sigue el camino de las reformas, en búsqueda del fortalecimiento de la liberalización del comercio, con el flujo de bienes, servicios e inversiones, en fin, se busca modernizar los instrumentos e instituciones con el objetivo de impulsar la internacionalización de la economía.

Este país ha logrado muchos acuerdos bilaterales que han facilitado el comercio interregional y ha dispuesto mecanismos arbitrales de resolución de controversias, como son ejemplos el protocolo de Brasilia aplicable al MERCOSUR y, en cuanto a la protección de las inversiones extranjeras, el CIADI.

En este contexto, el arbitraje surge desde la necesidad de reglamentar la resolución de controversias oriundas de las relaciones internacionales, fruto de la apertura comercial que se produce en el país con mucha intensidad desde los años, en fin, fruto de esta inserción política y económica en el contexto internacional. La ley de arbitraje en este país, basada en la Ley Modelo de arbitraje internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI, cuando llegue, deberá ocupar espacio en este escenario.

Los altos índices de transparencia y solvencia jurídica reconocidos, también son determinantes para que Chile se torne un centro de arbitraje para el comercio internacional, principalmente a nivel latinoamericano.

En Brasil, el arbitraje estuvo presente en distintos momentos de su historia, siendo ya conocida. El arbitraje comercial renace no a partir de una visión internacional, sino que más bien vuelve, junto con una reforma jurídica producida desde las necesidades internas, una vez que surge como un mecanismo más de resolución de controversias,

junto con la medicación y la conciliación.

Se verifica ahí, en los últimos años, movimientos de acceso a la justicia con nuevas técnicas, que buscan hacer de la justicia, algo más efectivo. En este sentido, desde 1994 surgen importantes reformas en la legislación procesal, como son ejemplos los “juzgados especiales” civiles y criminales (Ley 9.099, de 26 de septiembre de 1995, en donde el procedimiento está orientado por los criterios de la oralidad, simplicidad, informalidad, economía procesal y celeridad, utilizando siempre que posible la conciliación o la transacción)<sup>145</sup> y la Ley de Arbitraje que acá conocimos. La ratificación por parte de este país de las Convenciones Internacionales referentes al arbitraje, también hacen parte de esta nueva mentalidad

El contexto socio político que se vive en estos dos países tampoco puede dejar de ser considerado, ya que, mientras en Chile se vive la realidad de la economía más estable de la región, en donde presenciamos la firma de Tratados de Libres Comercio con los más importantes bloques económicos del planeta, siendo un país que tienes claras miradas a la internacionalidad.

En Brasil, por tradición histórica, es común que pase justo lo contrario. Ahí vivimos momentos especiales, en los cuales la economía busca recuperarse de años de complicaciones, en donde el pueblo que ha elegido un gobierno de izquierda, espera recuperar parte de sus espacios. En nuestra opinión, un brasileño “común y corriente” no atribuye la misma importancia que su país firme o no un Tratado de Libre Comercio – TLC, que un chileno.

Sin embargo, las manifestaciones de este país en cuanto al interés en crear un marco jurídico sólido para el arbitraje interno e internacional se hacen realidad a través de la Ley 9.307/96 y de la incorporación de importantes Convenciones internacionales como la de Nueva York, de Panamá y este gigante parece despertar del sueño, demostrando que la confianza en el arbitraje, tanto nacional, cuanto internacional sigue en aumento.

Datos estadísticos fornecidos por el Concejo Nacional de las Instituciones de Mediación y Arbitraje registraron 1.386 demandas en las entidades arbitrales de Brasil en el año 2001. En el mismo período, en Portugal, cuya Ley de Arbitraje es de 1986, los Centros de Arbitraje de la Asociación Comercial de Lisboa y de la Asociación Comercial de Braga tuvieron un total de 274 demandas. En Sao Paulo, el Concejo Arbitral – CAESP<sup>146</sup> registra 9.502 casos juzgados, desde 1999. En Portugal, entre 1999 y 2001, el Servicio Regional de Conciliación y Arbitraje procesó 1900 casos.

En cuanto a los arbitrajes internacionales, las estadísticas revelan que la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional – CCI, registró 566 nuevos casos en 2001 y, en el mismo período, la “American Arbitration Association” recibió 649 nuevas demandas internacionales. Al final de 2002, la CCI tenía 1135 demandas en andamio. De estas, 175 eran de Latino América. México lideraba con

---

<sup>145</sup> La referida Ley fue publicada en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1995 y el, tiene competencia para las causas de menor complejidad. Es posible encontrarla disponible en el sitio <http://www.planalto.gov.br/legislacao> .

<sup>146</sup> [www.caesp.org.br](http://www.caesp.org.br)

34, seguido de Argentina, con 30 y de Brasil con 28 casos, involucrando empresas nacionales. En la CCI, en 2002, Europa lideró con 739 casos de arbitraje. Las empresas francesas salieron a frente, con 140 demandas arbitrales<sup>147</sup>.

En fin, este país, con una legislación arbitral adecuada los nuevos tiempos, con el apoyo del Poder Judicial y la incorporación de varias convenciones internacionales, intenta dejar para tras la frase del célebre especialista francés *René David*, que decía que “Brasil es una isla de resistencia al arbitraje”.

Los dos países en estudio, están comprometidos con la globalización y seguramente están en la búsqueda de las mejores oportunidades en este contexto.

Por lo tanto, el arbitraje se da en cada uno de estos países conforme lo permite su realidad, su cultura jurídica. Lo cierto es que ambos están perfeccionando sus sistemas jurídicos internos, para mejor adecuarse a las necesidades.

---

<sup>147</sup> “O desenvolvimento da Arbitragem no Brasil e no Exterior” – Artículo publicado en el Diario *Valor Econômico* – Cuaderno de Legislación & Tributos, de 01.08.2003 p. 01. <http://www.valoreconomico.br>



## CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se han presentado argumentos y fundamentos, que dejan clara la idea de la validez del arbitraje como técnica alternativa de solución de controversias.

La respuesta final, obviamente, será dada con el tiempo y las experiencias obtenidas en torno al asunto. Sin embargo, la idea misma de resolver una controversia evitando que se inicie una demanda en los Tribunales Judiciales, permitiendo, además de celeridad, ventajas financieras (debido a los gastos procesales) y confiabilidad, tiende a aumentar la importancia de esta técnica de resolución de controversias en el escenario comercial internacional.

Dos hipótesis de trabajo orientaron el desarrollo de este estudio investigativo.

La primera sostiene que, siendo el arbitraje una práctica muy antigua, que ha estado actuando con más o menos fuerza a lo largo de la historia del comercio internacional, sería posible que la marcada tendencia actual de adoptarla como uno de los procedimientos para resolución de conflictos en el campo del comercio internacional fuera igualmente una tendencia de este momento histórico.

Esta hipótesis no se confirma, una vez que, así como el movimiento de globalización en sí, el arbitraje vino para quedarse y será siempre más frecuente.

La segunda hipótesis de trabajo puesta a prueba en este estudio, trataba de analizar si el ordenamiento jurídico brasileño estaba adecuado a las necesidades de las nuevas relaciones en cuanto a la solución de controversias existentes o posibles mediante una adecuada legislación para el arbitraje comercial, tanto en el ámbito interno como en el

internacional, lo que genera un ambiente propicio para la llegada de capitales nacionales e internacionales.

Después de este estudio, se llega a la conclusión de que esta hipótesis se confirma, de acuerdo a los siguientes comentarios.

Recuérdese que las soluciones pacíficas para controversias internacionales comprenden medios políticos (diplomáticos) y medios jurídicos.

Algunos de los medios políticos son las negociaciones diplomáticas, los congresos y conferencias, la mediación y la consulta. Los medios jurídicos comprenden, la conciliación, la solución arbitral y la solución judicial.

Hay que mencionarlo, para recordar que no solo existe el arbitraje como medio de solución de controversias, sin embargo, ha sido éste el que cada vez ha tenido más importancia en la solución de controversias internacionales en el ámbito comercial.

En la primera parte de este trabajo, se vio que el derecho comparado trae la noticia de tres conceptos distintos de arbitraje: contractual, jurisdiccional y en sentido amplio.

El estudio del derecho comparado sirve como parámetro para la investigación del arbitraje frente al ordenamiento jurídico, una vez que la realidad empírica es inexpresiva por la falta de percepción de las ventajas que esta alternativa de solución de controversias proporciona, especialmente en las relaciones de naturaleza económica.

Con base en la realidad brasilera, se ha comprobado que existe la necesidad de reducir el volumen de controversias de índole económica resueltas por el Poder Judicial, que tiene la tarea mayor de resolver los grandes temas de la vida social.

La síntesis del estudio conceptual de la investigación revela el carácter jurisdiccional del arbitraje, bajo el enfoque del derecho. La formación contractual de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral, permite que se aplique los presupuestos de validez y eficacia del derecho común.

De ahí, quedó claro, entonces, que tanto el arbitraje jurisdiccional como el arbitraje contractual suponen la existencia de conflictos de interés, sobre una relación jurídica celebrada entre las partes.

Nos parece aceptable considerar que el arbitraje debe ser entendido en su sentido amplio, con una naturaleza jurídica mixta, ya que se inicia de forma contractual, cuando las partes establecen su voluntad en un acuerdo, mientras que el procedimiento en sí tiene naturaleza jurisdiccional, cuando pretende la resolución de la controversia.

En estos dos casos, las partes están obligadas a conformar la solución emitida por un tercero en la relación.

La naturaleza de la solución proferida por este “tercero”, que fue escogido por las mismas partes para este encargo, es emitir opinión, que es incorporada a las reglas contractuales en función del principio de la libertad contractual, que tiene fuerza obligatoria para las partes.

Además, dignos de registro en este trabajo son los principios sobre los contratos mercantiles internacionales, que fueron elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, que también intenta disminuir las incertidumbres en

torno de cuál sería el derecho aplicable a un contrato internacional.

Estos principios también fueron acogidos por la Ley de Arbitraje brasilera y están consagrados en su Art. 2°, posibilitando a las partes escoger libremente las reglas de derecho que serán aplicadas al arbitraje, además de los usos y las costumbres y las reglas internacionales del comercio.

En el aspecto específicamente comparativo entre Chile y Brasil, se ha señalado que el primero, pese sus limitaciones de naturaleza geográfica y de sus dimensiones económicas relativamente limitadas, es un país muy atractivo para la inversión extranjera, porque da al inversionista las garantías e incentivos importantes. Mecanismos substanciales para este fin son el Decreto Ley 600 y la filiación de este país al CIADI - Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversión.

La paradoja es que en el tema del Arbitraje Comercial Internacional hace falta que este país adopte con urgencia una ley que lo reglamente, por situaciones de integración a la economía mundial, teniendo mecanismos legales adecuados para incitar que las divergencias comerciales sean resueltas en Chile.

El “vacío” en el caso de Chile es justamente la falta de una ley de arbitraje. Además, es viable que este país ocupe un lugar destacado como centro de arbitraje en el comercio internacional.

En lo que dice respecto a Brasil, ha presentado gran avance con la Ley de Arbitraje N° 9.307/96 y con la reciente incorporación de la Convención de Nueva York a su ordenamiento interno.

Sin embargo, la misma ley ha generado mucha polémica en cuanto a su interpretación y aplicación, y tiene “vacíos”, siendo la falta de caracterización de la internacionalidad del arbitraje digno de críticas, una vez que, al parecer, el legislador demostró preocupación solamente con el derecho interno.

La uniformidad de criterios y normas todavía es posible, si los países con legislaciones anacrónicas ratificaran convenciones como la de Nueva York y Panamá, o las normas contenidas en la indicada Ley Modelo de CNUDMI, para seguridad de las partes contratantes en transacciones internacionales, de modo que tengan claro los alcances y la efectividad del arbitraje comercial internacional, al cual eventualmente decidan someterse.





---

## BIBLIOGRAFÍA

- Accioly, Hildebrando. Tratado de Direito Internacional Público, 3 vols., 1957.
- AGASION, Manuel R. Inversión Extranjera directa en America Latina – Su contribución al desarrollo, Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- ÁLVAREZ, Gabriel. Curso de Investigación Jurídica, Colección Estudiantil, Santiago, Lexis Nexis, 2003.
- ALVIM, Teresa. O Direito Processual de estar em Juízo, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- Annuaire de l'Institut de Droit International, 1957. II. 484
- Araújo, Nadia de. “A nova lei de arbitragem brasileira e os ‘principios uniformes dos contratos comerciais internacionais’, elaborados pelo UNIDROIT”, in: Casella, Paulo B. (Coord.). Arbitragem – Lei brasileira e praxe internacional, 2ª. Edição, São Paulo, LTR, 1999.
- AYMAR, José Luis Roca. El arbitraje y la Contratación Internacional, Madrid, Editorial ESIC, 1994.
- Ballet y Mezger. “L’arbitrage international dans le nouveau Code de Procédure Civile“, Revue Critique de Droit International Privé, 1981.
- Barbi Filho, Celso. “Cumprimento judicial de cláusula compromissória na Lei 9.307/96 e outras intervenções do Judiciário na arbitragem privada”, RT, vol. 749, mar./1998.
- \_\_\_\_\_ . “Cumprimento judicial de cláusula compromissória na Lei n.

- 9.30796 e outras intervenções do Judiciário na arbitragem privada”, *Revista do Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Ed. Malheiros, 1997, vol. 108.
- BARBOSA, Samuel Rodrigues. “Deus ex machine ou a arbitragem e os dilemas da evolução jurídica”, in: Casella, Paulo B. (Coord.). *Arbitragem – Lei brasileira e praxe internacional*, 2ª. Edição, São Paulo, LTR, 1999.
- barral, Welber. “Arbitragem e jurisdição”, in: Casella, Paulo B. (Coord.). *Arbitragem – Lei brasileira e praxe internacional*, 2ª. Edição, São Paulo, LTR, 1999.
- BEZERRA JÚNIOR, Fernandes Wilson. *Arbitragem Comercial no Direito de Integração*, Sao Paulo, Editora Aduaneiras, 2001.
- Beviláqua, Clóvis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*, 4ª. Edición, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Código Civil*, reimpressão 1979, Art. 1.037, observación nº 3
- Boissesson, Matthieu de. *Le droit français de l’arbitrage interne et international*, Paris, Gide Loyrette Nouel Joly Editions, 1990.
- Bonnel, Michael, “A Restatement of principles for international commercial contracts: an Academic Exercise or a Practical need?” in: *Fronti e Tipi del Contratto Internazionale*. Coord. De Nova, Milano, EJEJA, 1991.
- Borchers, Patrick, “The internationalization of contractual conflicts of law”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1995
- Briner, Robert. “The arbitrability if intellectual property disputes with particular emphasis on the situation in Switzerland”, in: *World-wide Forum on the Arbitration of Intellectual Property Issues*. Genebra, OMPI, 1994.
- Broseta Pont, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*, 7ª. Ed., Madrid: Editorial Tecnos, 1987.
- Calamandrei, Piero. *Instituzione de diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, 1943.
- Calvo Caravanca, Alfonso Luis y Gandara, Luiz Fernández de la. *Derecho Mercantil Internacional*, 2ª. Edición, Madrid Tecnos, 1993.
- \_\_\_\_\_. *El Arbitraje Comercial Internacional*, Madrid, Editorial Tecnos, 1989.
- Câmara, Alexandre Freitas. *Arbitragem – Lei 9.307/96*, Editorial Lume Juris, 1997.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. “Aspectos processuais da nova Lei de arbitragem”, in: Casella, Paulo B. (Coord.). *Arbitragem – Lei brasileira e praxe internacional*, 2ª. Edição, São Paulo, LTR, 1999.
- Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. 14, 1936.
- Cardoso, Fernando Henrique. *Avança Brasil: proposta de governo*, Brasilia: s.ed., 1998.
- Carmona, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*, São Paulo, Editora Malheiros, 1993.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*, traducción: Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1989.
- Carnelutti, Francesco. “La transazione è un contratto?”, *Rivista de Diritto Processuale*. Ano VIII, 1953.

- CASELLA, Paulo Borba. “Arbitragem: entre a praxe internacional, integração no MERCOSUL e o direito brasileiro”, in: Casella, Paulo B. (Coord.). Arbitragem – Lei brasileira e praxe internacional, 2ª. Edição, São Paulo, LTR, 1999.
- Castro, Amílcar de. Direito Internacional Privado, 4ª. Edición, Rio de Janeiro, Forense, 1986.
- \_\_\_\_\_. Direito Internacional Privado, 3ª. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977.
- Chillon Medina y Merino Merchan. Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional, Madrid, Editorial Civitas, 1978.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, tradução de J. Guimares Menegale, Sao Paulo, Editora Saraiva, 1965.
- Cintra, Antonio C. A.; Grinover, Ada P.; Dinamarca, Cândido R. Teoría Geral do Processo, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974.
- Correia, A. Ferrer. Direito Internacional Privado, Alguns problemas, Coimbra, 1985.
- COSTA, José Augusto F. e TUSA, Gabriele. “Expectativa e âmbito de aplicabilidade da nova Lei de arbitragem”, in: Casella, Paulo B. (Coord.). Arbitragem – Lei brasileira e praxe internacional, 2ª. Edição, São Paulo, LTR, 1999.
- CRISTOFARO, Espredito Claudio. L’arbitrato – fondamenti e tecniche, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.
- CUNHA, Ricardo T. da. “A arbitragem como método de solução de controvérsias sobre investimentos estrangeiros”, in: Casella, Paulo B. (Coord.). Arbitragem – Lei brasileira e praxe internacional, 2ª. Edição, São Paulo, LTR, 1999.
- DAVID, René. L’arbitrage dans le Commerce International, Paris, Economica, 1981.
- David, René. Le droit du commerce international – reflexions d’un comparatiste sur le droit international prive, Paris: Economica, 1987.
- \_\_\_\_\_. L’Arbitrage dans le Commerce International, Paris, Economica, Collection Etudes Juridiques Comparatives, 1982.
- \_\_\_\_\_. “The international Unification of Private Law”, in: International Encyclopedia of Comparative Law, II, 5, 1971.
- DELY, Gérard France. Le role de la règle de conflit dans le reglement des rapport internaux, Paris, Librairie Dalloz, 1973.
- Diniz, Maria Helena. Ley de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada, São Paulo, Saraiva, 1994.
- \_\_\_\_\_. Tratado Teórico e Prático dos Contratos, vol 1, São Paulo, Saraiva, 1993.
- Dollinger, Jacob. “World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws”, Texas, International Law Journal, vol 17, 1982.
- \_\_\_\_\_. Direito Internacional Privado, 4ª Ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1996.
- ECO, Humberto. Cómo se hace una tesis, Barcelona, Editorial Gedisa, 2002.
- Faria, Bento de. Código Commercial Brasileiro, vol. 2, 3ª. Edição, 1920.

- FAZZALARI, Elio. L'arbitrato – fondamenti e tecniche – L'esperienza dell'arbitrato, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.
- FERNANDES, Silvia A. “El Arbitraje para la Solución de Controversias Relativas a Inversiones Extranjeras”, in: VANOSSI, Ana Isabel de. CNUDMI y el Futuro del Derecho Comercial, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1994.
- Ferreira, Waldemar. Tratado de Direito Comercial, vol. 12 e 13, 1964.
- FigueiraJúnior, Joel Dias. Manual da Arbitragem, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.
- FILHO Greco, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, volume III, 12ª. Edição atualizada, São Paulo, Editora Saraiva, 1997.
- Fois, Paolo. “Il principio pacta sunt servanda e i contratti statu e privati stranieri”, Revista di Diritto Internazionale, vol. LXXVI, 1993, fasc. 3.
- Fraudette, France. “L'internationalisation du Contrat d' Investissement entre un Etat et une Personne Privée Etrangere”, La Revue du Notariat, vol 92, n. 9-10 mayo/junio 1990.
- Garcez, J.M. Rossani. “Arbitragem Internacional”, in: Garcez, J.M. Rossani. (Coord.). A Arbitragem na Era da Globalização, Rio de Janeiro, Edição Forense, 1997.
- Garro, Alejandro, “Unification and harmonization of private law in Latin America”, American Journal of Corporative Law, vol. 40, 1992.
- GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito, Lisboa, Editora Fundação Calouste Gulbenkin, 1986.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Contratos Internacionais: negociação e renegociação, São Paulo, Cone Editora, 1993.
- Grau, Eros. O Direito Posto e o Direito Pressuposto, São Paulo, Ed. Malheiros, 1996.
- Guerreiro, José Alexandre Tavares. Fundamentos da Arbitragem do Comércio Internacional, São Paulo, Saraiva, 1993
- Guerreiro, José Alexandre Tavares. “A execução judicial de decisões arbitrais”, Revista de Direito Mercantil, vol. 75.
- Guimarães, Luis Machado. “Juízo arbitral – Árbitros e Arbitradores – Homologação e recurso”, Revista Forense, vol 118.
- HABSCHEID, W. J.: L'expertise-arbitrage-Etudes de droit comparé in Liber amicorum for M. DOMKE, Paris, P. Sanders éd. La Haye, 1976.
- Hulck, Hermes Macedo. Sentença Estrangeira e “Lex Mercatoria”: Horizontes de Comércio Internacional, São Paulo, Editora Saraiva, 1994.
- Jarrosson, Charles. La notion d'arbitrage, Paris, Libraire Generale de Droit et de Jurisprudence, 1987.
- Kassis, Antoine. Réflexions sur le règlement d'arbitrage de commerce internationale. Les déviations de l'arbitrage institutionnel, Paris, Libraire Generale de Droit de Jurisprudence, 1988.
- \_\_\_\_\_. Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé e ent droit international, Tome I, Arbitrage Juridictionnel et Arbitrage Contractuel, Paris, Libraire Generale de Droit et de Jurisprudence, 1987.

- Kroetz, Tarcísio Araújo. Arbitragem: Conceitos e Pressupostos de Validade, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.
- Lalive, Pierre. "Ordem pública transnacional e arbitragem internacional: conteúdo e realidade da ordem pública transnacional na prática arbitral", artículo traducido por Paulo Borba Casella y publicado en la Revista de Derecho de Comercio y de las Relaciones Internacionales, vol. I, Rio de Janeiro, Forense Universitaria, 1989.
- \_\_\_\_\_. "Problemes spécifiques de l'arbitrage international". Revue de l'arbitrage, n. 2, 1980.
- Layton, Robert. "Changing attitudes toward dispute resolution in Latin America", Journal of International Arbitration, vol. 10, n° 02, June 1993.
- Lee, J. B. "Le nouveau régime de l'arbitrage au Brésil", in: L'internationalité dans les institutions et le droit – convergences et défis, études offertes à Alain Plantey, Paris, Pedone, 1995.
- \_\_\_\_\_. "A especificidade da arbitragem comercial internacional", in: Casella, Paulo B. (Coord.). Arbitragem – Lei brasileira e praxe internacional, 2ª. Edição, São Paulo, LTR, 1999.
- Lemes, Selma M. Ferreira de. "Principles and characteristics of Brazil's Hill on Arbitration", 1 Focus Ameritas 21 – 1993, n. 3.
- \_\_\_\_\_. "Árbitro: o padrão de conduta ideal", in: Casella, Paulo B. (Coord.). Arbitragem – Lei brasileira e praxe internacional, 2ª. Edição, São Paulo, LTR, 1999.
- Loussouarn, Y. E. y Borrel, P. Droit International Prive, 2ª. Edition, Paris, Ed. Montchrestien, 1983.
- Lowenfeld, Andreas. International Litigation and the Quest for Reasonableness, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- Magalhães, José Carlos. Arbitragem Internacional, São Paulo, FADUSP, Departamento de Direito Internacional.
- \_\_\_\_\_. "Arbitragem Internacional Privada". Revista Forense, n. 279.
- Martins, Pedro Antonio Batista. "Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei do Senado n. 78, 1992", Revista Forense, vol. 332.
- \_\_\_\_\_. "Questões que envolvem a homologação de sentença arbitral estrangeira", in: Casella, Paulo B. (Coord.). Arbitragem – Lei brasileira e praxe internacional, 2ª. Edição, São Paulo, LTR, 1999.
- Mayers, Lewis. L'ordinamento processuale negli uniti d'america, Milano, Giuffrè editore, 1967.
- McCormack, Howard M. "Recent U.S. Legal Decisions on Arbitration Law", Geneve, Journal of International Arbitration, vol. 11, n. 4, December 1994.
- Mehren, A.T. von. "To what extent is internacional comercial arbitration autonomous", in: Le Droit des Relations Économiques Internationales: Études Offertes à Berthold Goldman, Paris, Litec, 1987.
- Mitsubishi Motors Corp. Versus Park William. "Private adjudicators and the public

- interest". Brooklyn Journal of International Law, vol. XII, n. 03.
- Moreira, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 5, 5ª. Ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1985.
- \_\_\_\_\_. Temas de Direito Processual-Quarta série, São Paulo, Ed. Saraiva, 1989.
- MORTARI, Vincenzo Piano. Arbitrato, Enciclopedia del diritto, vol II, Milano, Giuffrè Editore.
- Motulsky, Henri. Ecrits études et notes sur l'arbitrage. La nature de l'arbitrage, Paris, Dalloz, 1974.
- MUNIZ, Petrónio R. Gonçalves. "A prática da arbitragem", in: Casella, Paulo B. (Coord.). Arbitragem – Lei brasileira e praxe internacional, 2ª. Edição, São Paulo, LTR, 1999.
- NehringNetto. "The New Brazilian Arbitration Law", in: International Commercial Arbitration in Latin America, The ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement, 1997.
- Nery JR., Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.
- NUNES, Antonio Luiz Rizzatto. Manual da Monografia, São Paulo, Editora Saraiva, 2000.
- Octávio, Rodrigo. Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1942.
- Oliveira, Juarez de. Constituição da República Federativa do Brasil, São Paulo, Editorial Juarez de Oliveira, 2003
- OPPETIT, Bruno: L'arbitrage et les contractes commerciaux à long termes, Paris, Revue Arbitral, 1976.
- ORTIZ, Eduardo. El estudio de las Relaciones Internacionales, Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- Pedregal, Carlos Crisóstomo del. "Las Sentencias Arbitrales Emanadas de Sistemas de Solución de Controversias Regulados en Tratados Internacionales y su Eventual Incompatibilidad con Resoluciones Internas". Revista de Estudios 1998-2000 de la Sociedad Chilena de Derecho Internacional.
- Pereira, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1966, vol. I.
- PIMENTA, Rafaela Lacrote V. e COSTA, José Augusto F. "Ordem público na Lei n. 9.307", in: Casella, Paulo B. (Coord.). Arbitragem – Lei brasileira e praxe internacional, 2ª. Edição, São Paulo, LTR, 1999.
- Pitti, U. G. "Ámbito de Aplicación del Convenio Interamericano sobre Arbitraje Comercial Internacional", Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1985.
- Plantey, A. "Une politique générale de l'arbitrage international est-elle possible?", Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI, vol 7, n. 1, mayo 1996.
- Price, Daniel. "The Benefits of a Multilateral Agreement on Investment", Economic Perspectives, April 1997.
- PUCCI, Adriana. Arbitraje en los Países del MERCOSUR: medio alternativo de solución

- de conflictos, arbitraje comercial, Buenos Aires, Editorial AD HOC, 1997.
- RECHESTEINER, Walter Beat. Arbitragem Privada Internacional no Brasil depois da nova Lei 9.307, de 23.09.1996 – Teoria e Prática, 2ª. Edição, São Paulo, Editorial Revista dos Tribunais, 1997.
- Redfern, Alan y Hunter, Martin. Droit et Pratique de l'arbitrage Commercial International, 2ª. Ed., Paris, LGDJ, 1994.
- Robert, Jean. L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé, 6ª. Ed., Paris, Editions Dalloz, 1993.
- \_\_\_\_\_. T.G.I. Paris, 5 nov. 1987, Rev. Arb. 1990.
- \_\_\_\_\_. “Sur la compétence arbitrale créée par l'effet d'une prorogation conventionnelle de compétence”, v. Paris, 1959
- Rocco, Hugo. Contribuição ao Estudo da Arbitragem Comercial Internacional, São Paulo, Faculdade de Direito USP, Tese de Mestrado.
- Rodríguez, Silvio. Direito Civil, São Paulo, Saraiva, 1991, vol. 3.
- \_\_\_\_\_. Direito Civil, vol.2, 8ª. Edición, São Paulo, Saraiva, 1978.
- ROSA, Luís F. da. “A arbitragem no investimento estrangeiro e o reconhecimento da personalidade jurídica internacional dos particulares”, in: Casella, Paulo B. (Coord.). Arbitragem – Lei brasileira e praxe internacional, 2ª. Edição, São Paulo, LTR, 1999.
- SABINO, A. Carlos. Cómo hacer una tesis, Santa Fé de Bogotá, Editorial Panamericana, 1996.
- Sammartano, Mauro Rubino. International Arbitration Law, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990.
- \_\_\_\_\_. L'arbitrato Internazionale, Padova, Cedam, 1989.
- Samtleben, Jürgen. “Questões Atuais da Arbitragem Comercial Internacional no Brasil”, RT, vol 712.
- \_\_\_\_\_. “Histórico da arbitragem no Brasil, parte I,II,III”, in: Casella, Paulo B. (Coord.). Arbitragem – Lei brasileira e praxe internacional, 2ª. Edição, São Paulo, LTR, 1999.
- SANTOS, Francisco C. de Almeida. “Os princípios fundamentais da arbitragem”, in: Casella, Paulo B. (Coord.). Arbitragem – Lei brasileira e praxe internacional, 2ª. Edição, São Paulo, LTR, 1999.
- Santos, João Manuel de Carvalho. “Juízo Arbitral – compromisso – constitucionalidade – juros de mora”. Revista Forense vol. 164.
- SANTOS, Manoel J. P. dos. “Ordem público e arbitrage”, in: Casella, Paulo B. (Coord.). Arbitragem – Lei brasileira e praxe internacional, 2ª. Edição, São Paulo, LTR, 1999.
- SchiZZerotto, G. Arbitrato improprio e arbitraggio, Milano, Giuffre, 1967.
- Schmitthoff, Clive M. y Sarre, David A. G. Mercantile Law, 14. Edition, London, Stevens & Sons, 1984.
- Silva, Clóvis do Couto. Comentários ao Código de Processo Civil, vol XI, Tomo II, Art. 1.046 a 1.102, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1981.
- SOUZA JR., Lauro da Gama. “Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais

- estrangeiras”, in: Casella, Paulo B. (Coord.). Arbitragem – Lei brasileira e praxe internacional, 2ª. Edição, São Paulo, LTR, 1999.
- Strenger, Irineu. Arbitragem Comercial Internacional, São Paulo, Ltr, 1996.
- \_\_\_\_\_. Direito Internacional Privado, 2ª. Ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.
- \_\_\_\_\_. “Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado”, São Paulo, Revista dos Tribunais, setembro de 1968.
- \_\_\_\_\_. “Formação da prova no litígio arbitral”, in: Casella, Paulo B. (Coord.). Arbitragem – Lei brasileira e praxe internacional, 2ª. Edição, São Paulo, LTR, 1999.
- Teixeira, Sálvio de Figueiredo. “A arbitragem no sistema jurídico brasileiro”, Revista Consulex, janeiro 1997.
- Teplitzchi, Eduardo. “Protección de las inversiones extranjeras en el MERCOSUR – Necesidad de consolidar el derecho comunitario mercosureño”, in: “MERCOSUR y Empresas” Cuadernos de Época – Serie Integración Económica, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 2002.
- TOSI, Jorge L. Comercio Internacional y Mercosur, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1999.
- Tucci, J. Rogério Cruz e Azevedo, Luiz Carlos. Lições de História do Processo Civil Romano, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.
- Valladão, Haroldo. Direito Internacional Privado, Ed. RT, São Paulo, vol. 3, 1978.
- Verdoss, Alfred. Derecho Internacional Público, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguiar, 1967.
- Vicente, Dário Moura. Del Arbitraje Comercial Internacional. Derecho Aplicable al Mérito de la Causa, Coimbra. Coimbra Editora, 1990.
- VILLAREAL, René. Economía Internacional – teorías clásica, neoclásicas y su evidencia histórica, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.



# ANEXO 1 LEI N.º 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996

*Dispõe sobre a arbitragem.*

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

**Art. 1º** - As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

**Art. 2º** - A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

**§ 1º** - Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

**§ 2º** - Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

CAPÍTULO II

DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E SEUS EFEITOS

**Art. 3º** - As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

**Art. 4º** - A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

**§ 1º** - A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

**§ 2º** - Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

**Art. 5º** - Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

**Art. 6º** - Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

**Parágrafo único** - Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

**Art. 7º** - Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

**§ 1º** - O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

**§ 2º** - Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

**§ 3º** - Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

**§ 4º** - Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para

a solução do litígio.

**§ 5º** - A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

**§ 6º** - Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

**§ 7º** - A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

**Art. 8º** - A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

**Parágrafo único** - Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

**Art. 9º** - O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

**§ 1º** - O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

**§ 2º** - O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

**Art. 10** - Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

- I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;
- II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegarem a indicação de árbitros;
- III - a matéria que será objeto da arbitragem; e
- IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

**Art. 11** - Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

- I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;
- II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;
- III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;
- IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;
- V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e
- VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

**Parágrafo único** - Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.

**Art. 12** -Extingue-se o compromisso arbitral:

I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;

II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e

III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

### CAPÍTULO III

#### DOS ÁRBITROS

**Art. 13** - Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1º - As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

§ 2º - Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocaria, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

§ 3º - As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 4º - Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.

§ 5º - O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.

§ 6º - No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

§ 7º - Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.

**Art. 14** - Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juizes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º - As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

§ 2º - O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior a sua nomeação, quando:

a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou

b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.

**Art. 15** - A parte interessada que argüir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes.

**Parágrafo único** - Acolhida a exceção, será afastado o árbitro suspeito ou impedido, que será substituído, na forma do art. 16 desta Lei.

**Art. 16** - Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.

§ 1º - Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem.

§ 2º - Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto.

**Art. 17** - Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

**Art. 18** - O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

#### CAPÍTULO IV

#### DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

**Art. 19** - Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

**Parágrafo único** - Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

**Art. 20** - A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

§ 1º - Acolhida a argüição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

§ 2º - Não sendo acolhida a argüição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.

**Art. 21** - A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º - Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º - Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§ 3º - As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

§ 4º - Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

**Art. 22** - Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§ 1º - O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros.

§ 2º - Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

§ 3º - A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

§ 4º - Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

§ 5º - Se, durante o procedimento arbitral um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.

## CAPÍTULO V

### DA SENTENÇA ARBITRAL

**Art. 23** - A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convenionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

**Parágrafo único** - As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.

**Art. 24** - A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.

§ 1º - Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não

houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral.

**§ 2º** - O árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado.

**Art. 25** - Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

**Parágrafo único** - Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

**Art. 26** - São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

- I □ o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio;
- II □ os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;
- III □ o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e
- IV □ a data e o lugar em que foi proferida.

**Parágrafo único** - A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

**Art. 27** - A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.

**Art. 28** - Se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterá os requisitos do art. 96 desta Lei.

**Art. 29** - Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

**Art. 30** - No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:

- I □ corrija qualquer erro material da sentença arbitral;
- II □ esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

**Parágrafo único** - O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.

**Art. 31** - A sentença arbitral produz entre as partes e seus sucessores, os mesmos

efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

**Art. 32** - É nula a sentença arbitral se:

I  for nulo o compromisso;

II  emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV  for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V  não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII  proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII  forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

**Art. 33** - A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º - A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º - A sentença que julgar procedente o pedido:

I  decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;

II  determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§ 3º - A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

## CAPÍTULO VI

### DO RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DE SENTENÇAS

#### ARBITRAIS ESTRANGEIRAS

**Art. 34** - A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

**Parágrafo único** - Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

**Art. 35** - Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.

**Art. 36** - Aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, no que couber, o disposto nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil.



**Art. 37** - A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:

I  o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;

II  o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

**Art. 38** - Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

I  as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II  a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III  não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV  a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V  a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI  a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

**Art. 39** - Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

I  segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II  a decisão ofende a ordem pública nacional.

**Parágrafo único** - Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

**Art. 40** - A denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira por vícios formais, não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados.

## CAPÍTULO VII

### DISPOSIÇÕES FINAIS

**Art. 41** - Os arts. 267, inciso VII; 301, inciso IX; e 584, inciso III, do Código de Processo Civil passam a ter a seguinte redação:

"Art.	267	-
.....		
VII □ pela convenção de arbitragem;"		
"Art.	301	-
.....		
IX □ convenção de arbitragem;"		
"Art.	584	-
.....		
III □ a sentença arbitral e a sentença homologatória de transação ou de conciliação;"		
Art. 42 - O art. 520 do Código de Processo Civil passa a ter mais um inciso, com a seguinte redação:		
"Art.	520	-
.....		
VI □ julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem."		
Art. 43 - Esta Lei entra em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.		
Art. 44 - Ficam revogados os arts. 1.037 a 1.048 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil Brasileiro; os arts. 101 e 1.072 a 1.102 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil; e demais disposições em contrário.		
Brasília, 23 de setembro de 1996: 175º da Independência e 108º da República.		
Fernando Henrique Cardoso		
Nelson A. Jobim		

## ANEXO 2. Mandamientos del Árbitro <sup>148</sup>

### I – Sea Honesto

El contenido necesario del derecho son los valores morales; donde no se puede concebir un ordenamiento jurídico que no responda a un principio ético. Por estos valores morales, el derecho existe y tiene autoridad, se perfecciona y se impone a los hombres. Para que pueda aplicarlos con rigor y cumplir sus presupuestos últimos, debe encarnar en sí valores entre los cuales la honestidad es primera y esencial a su magisterio.

### II – Sea Justo

Antes de más nada, averigüe en los conflictos donde está la justicia, en seguida, fundaméntela en el derecho <sup>149</sup>. Del punto de vista técnico, habrá que esforzarse para

148

Esta síntesis fue elaborada por el profesor paraguayo Juan Carlos Mendoza, con adaptaciones de Selma Maria

Ferreira Lemes. “Árbitro – padrón de conducta ideal”. Publicación de la Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol. X,

páginas 11/42, 1994.

<sup>149</sup> De manera general, cuando los árbitros están autorizados a decidir por equidad (*ex arquo et bono – amiable compositeur*) fuera de las reglas del derecho, de acuerdo con su real saber y entender, la fundamentación en el derecho pasa a ser dispensada, lo que no significa que no tenga que fundamentar su decisión.

que la verdad formal esté conforme a la verdad real y para que su decisión sea la expresión viva de las dos.

### III – *Sea Paciente*

Quien va a los tribunales en demanda de su justicia lleva atribulaciones y ansiedades que habrá de comprender<sup>150</sup>. Esta es la parte más sensible y humana de la misión, ella ayudará a tener presente que el destinatario de la sentencia no es un ente abstracto, pero que es un hombre, y, mas que un hombre, una persona humana.

### IV – *Sea Diligente*

Hay que esforzarse para tener vigente el ideal de justicia rápida<sup>151</sup>, trabaje en el pleito más insignificante con la misma devoción que en el pleito más importante y en todos los casos, y que se tenga presente que lo que está en juego es la propia justicia<sup>152</sup>.

### V – *Sea Imparcial*

El litigante lucha por sus derechos, tanto cuanto usted. Esto nunca hay que olvidarlo. No debemos dejarnos llevar por las simpatías o antipatías, por conveniencias o compasiones, por el temor o por la misericordia. La imparcialidad implica coraje para decidir en contra del poderoso, pero también hay que tener el valor de decidir en contra del frágil<sup>153</sup>.

<sup>150</sup> El ilustre juez inglés jubilado Meter Mason, que actúa en arbitrajes internacionales en Londres y también es miembro de un Tribunal de Ética local, con peculiar habilidad, dice que la primera calidad de un buen juez es el control que tiene sobre su persona durante el juicio. Otro aspecto de autocontrol es la tolerancia: no se debe ser descortés con las partes, procuradores y testigos (The Good Judge in Arbitration, vol. 57, n. 3, p. 181, august, 1991).

<sup>151</sup> La celeridad es uno de los principios del arbitraje y debe siempre ser perseguido. La necesidad de proveer a la sociedad una justicia más rápida, ha servido este argumento hasta para que la justicia común revea su posición de resistencia hacia el arbitraje, ya que la diferencia entre los tiempos de resolución de las causas entre una y la otra es considerable, por lo menos considerando la realidad brasilera.

<sup>152</sup> La Justicia es, en definitiva, el objeto del Derecho para la realización de la condición humana, y esto no es nada distinto de la libertad y de la igualdad en el ámbito de la cultura en que vivimos (Gregório Peces-Barba, “Los Valores Superiores” – Madrid, Tecnos, 1986, p.144).

<sup>153</sup> La imparcialidad y la independencia son los principales cualitativos del árbitro. Sin estos, no existen garantías de juicio justo. El Código de Procedimiento Civil brasileño, en su Art. 135 (aplicado a los árbitros por fuerza del Art. 14 de la Ley 9.307/96) establece, *verbis*: “*Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz quando: I – amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; II – alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou uma colateral até o terceiro grau; III – herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes IV – receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo, aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender as despesas do litígio; V – interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes. Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo*”. Solamente a través de un arbitraje libre, se puede garantizar un juicio justo, solamente a través de la garantía de un árbitro imparcial el procedimiento arbitral podrá representar un instrumento no apenas técnico, pero también ético, para la solución de la controversia (Antonio C. A. Cintra, Ada P. Grinover y Cândido R. Dinamarca, “Teoría Geral do Processo”, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974, p. 24-25).

*VI – Sea Independiente*

Sus normas han de venir únicamente de las normas de la ley y de su conciencia. No es por capricho que los hombres luchan y mueren por la independencia, sino porque la experiencia ha demostrado que esta es una garantía esencial a la justicia, el modo más eficaz de proteger al individuo contra el abuso de poder <sup>154</sup>.

*VII – Sea Respetuoso*

El respeto por la dignidad ajena y por la propia dignidad: respetuoso en los actos y en las palabras. Todo el derecho es dignidad; está orientado a la dignificación de la persona humana y no se puede concebirlo fuera de ésta. Debe estar conciente de la inmensa responsabilidad de su ministerio e de la enorme fuerza que la ley puso en sus manos <sup>155</sup>.

*VIII – Sea Discreto* <sup>156</sup>

Integra el deber del árbitro guardar decoro, la observancia de una conducta inatacable, exteriorizada en su comportamiento personal, y la afirmación inmediata, con la serenidad que el cargo comporta, de su autoridad, a fin de que sea vista y respetada.

<sup>154</sup> El derecho, la ley, la equidad y la conciencia son los únicos poderes humanos a que está sujeto el árbitro, para firmar su libre convicción.

<sup>155</sup> El árbitro tiene el deber de tratar a las partes y sus procuradores con respeto mutuo.

<sup>156</sup> Juan Carlos Mendoza trata este tópico bajo el título “Sé Sobrio”, sin embargo, entendiendo que para los árbitros la expresión “Sea Discreto” está más apropiada, en conformidad a lo que escribe el profesor brasileño Samuel Rodrigues Barbosa, Doctor en Filosofía y Teoría General del Derecho por la Universidad de São Paulo – USP.



## ANEXO 3. Directrices para el buen desarrollo del árbitro internacional

El *Council of the Chartered Institute* (Londres) probó e hizo publicar en la edición de mayo de 1991 de la Revista "Arbitration", páginas 81-82, las "Guidelines of Good Practice for Arbitrators". Referidas directrices<sup>157</sup> buscan indicar la manera por la cual las calidades abstractas de un árbitro pueden ser evaluadas. Están ellas divididas en once proposiciones y aparecen de la siguiente forma:

I – *Padrón Profesional* - Un árbitro procederá con diligencia y eficiencia para propiciar a las partes una solución justa y efectiva de la disputa, estando y permaneciendo imparcial.

II – *Aceptación de la Indicación* – Un probable árbitro no solicitará su indicación y solamente aceptará si estuviere capacitado a desarrollar sus funciones sin parcialidad o señales de parcialidad. Debe estar habilitado para resolver la disputa y tener disponibilidad de tiempo para dedicar al arbitraje.

III – *Elementos de predisposición, tendencias o parcialidad* – el criterio para evaluar cuestiones relativas al buen desempeño del árbitro son la parcialidad y la independencia. La parcialidad surge cuando un árbitro favorece a una de las partes o cuando la parte sufre perjuicios en relación al objeto de la disputa. Existen situaciones que pueden

---

<sup>157</sup> Directrices en forma de extracto adaptado e interpretado. Para el conocimiento en la íntegra, se recomienda que el lector se reporte a la mencionada publicación.

generar sospecha, como si el árbitro poseyera interés material en el resultado de la disputa, o si ya hubiera externado su posición en cuanto al tema. La apariencia de predisposición será alejada por declaración del árbitro (veremos en seguida, en *Deber de Revelación*).

Podrán ocasionar dudas y justificativas cuanto a la imparcialidad o independencia de un probable árbitro cuando exista alguna vinculación directa o indirecta de relaciones comerciales entre el árbitro y una parte o con probables testigos, potencialmente importantes. El árbitro no deberá aceptar la indicación en presencia de estas circunstancias, a menos que las partes lo pacten por escrito.

La existencia de relaciones comerciales anteriores no debe ser considerada como una barrera absoluta para la aceptación de indicación, a menos que ese relacionamiento tenga tamaña magnitud o naturaleza que pueda afectar el juicio.

La existencia de relacionamiento social o profesional continuado y sustancial entre un probable árbitro y la parte, o entre potencial testigo del arbitraje, podrá ocasionar justificadas dudas en cuanto a la imparcialidad o independencia del árbitro.

IV – *Deber de Revelación* – un potencial árbitro tiene el deber de revelar todo hecho o circunstancia que pueda ocasionar dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. Dejando de hacerlo, podría no ser calificado.

El probable árbitro deberá revelar toda y cualquier relación comercial pasada y presente con cualquier parte en la controversia, su representante o potencial testigo. En lo que dice respecto a relación actual, el deber de revelación se aplica independientemente de su magnitud. El desconocimiento por parte del árbitro de cualquier relación indirecta que naturalmente no podría haber sido revelada, no será motivo para descalificarlo.

En caso de existir relación social sustancial con la parte o potencial testigo con el probable árbitro, éste deberá ser revelado. El deber de revelación es continuo durante todo el procedimiento arbitral. La revelación debe ser hecha por escrito y comunicada a las partes.

V – *Comunicación con las Partes* – cuando solicitado para actuar como árbitro, la persona deberá efectuar preguntas suficientes para averiguar si hay características suficientes de imparcialidad o independencia. Igualmente, si existen habilidades para resolver controversias y tiempo suficiente para estar involucrado y dedicado al arbitraje. En estos contactos previos se debe evitar que el mérito de la disputa sea discutido.

Durante el procedimiento arbitral, el árbitro deberá evitar cualquier comunicación unilateral con las partes o sus representantes. En el caso que ocurra cualquier comunicación, el árbitro deberá informar a la otra parte el contenido de la comunicación.

El árbitro no podrá aceptar ninguna hostilidad directa o indirecta de cualquier parte en el arbitraje. Igualmente, deberá tener el cuidado en evitar contactos profesionales o sociales significativos con cualquier parte durante el arbitraje.

VI – *Deber de diligencia* - El árbitro debe destinar el tiempo y la atención que las partes necesiten, considerando el caso específico. Además, deberá conducir el arbitraje diligentemente, con la finalidad de evitar que los gastos procesales aumenten en



proporciones indebidas a los intereses en discusión.

VII – *Confidencialidad de las Deliberaciones* – Las deliberaciones de los árbitros y el contenido de la sentencia arbitral permanecerán en confidencialidad perpetua, a menos que las partes liberen el árbitro de esta obligación.

VIII – *Gastos Procesales* – El árbitro debe estar preparado y es de su competencia determinar, en bases comerciales, el costo del arbitraje, en caso de que estos gastos procesales no hayan sido previamente pagados por las partes.

IX – *Sentencia Arbitral* – La sentencia arbitral debe ser redactada en lenguaje simples, con secuencia lógica, mencionando las razones de la decisión y ser clara en cuanto a la estipulación de valores, evitando fijarlos en porcentajes y, finalmente, velar para que la decisión sea legalmente ejecutable.

X – *Procedimiento* – El árbitro debe adoptar el procedimiento que las partes establezcan para el arbitraje y, en la ausencia de tal, cabrá al mismo árbitro fijarlo. El procedimiento debe tener como objetivo resolver la disputa de manera rápida, eficiente y económica.

XI – *Conservación de documentos* – Establece como criterio razonable que i) documentos originales deben ser devueltos a la parte o a su abogado al final del proceso o después de un mes; ii) copias de documentos, conforme los documentos originales; iii) correspondencias relativas a indicación, instrucciones, exhibición de pruebas y documentos relativos a los cálculos y tasas deben ser retenidos por seis meses, en los casos más simples y por más de siete años en casos complejos; iv) anotaciones del arbitraje e informes; v) sentencia arbitral debe ser mantenida *ad perpetuam*<sup>158</sup>.



## ANEXO 4. Principales siglas

**APPI** – Acuerdos Bilaterales de Promoción y Protección

**ASEAN** - Asociación de las Naciones del Sudeste Asiático

**CCE** – Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea (UE)

**CCI** – Cámara de Comercio Internacional (o Cámara Internacional de Comercio)

**CIADI** – Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

**CNUDMI** - Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

**CPC** – Código de Procedimiento Civil

**GATT** – Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio

**MERCOSUR** - Mercado Común del Sur

**NAFTA** – Zona de Libre Comercio de las Américas

**OCDE** - Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico

**OMC** – Organización Mundial de Comercio

**ONU** – Organización de las Naciones Unidas

**OPIC** - *Overseas Private Investment Corporation*

**STF** – Supremo Tribunal Federal

**Diccionario de términos**

**Arbitrabilidad:** En función de la materia (*ratione materiae*), objeto del arbitraje; susceptible de ser sometido (poder de disposición) a esta vía.

**Arbitraje:** Institución jurídica procedimental basada en la voluntad de las partes, con objeto de solucionar un conflicto derivado, fundamentalmente, de la interpretación o ejecución de un contrato, renunciando a acudir a otra jurisdicción y comprometiéndose previamente a aceptar la solución que proporciona el árbitro o árbitros elegidos por ambas partes.

En función de su organización se distingue entre arbitraje *ad hoc*, sometido a una persona física, e institucional o administrado ante la Corte o entidad especializada en arbitraje, aplicándose el reglamento y demás disposiciones establecidas a la administración del procedimiento.

Por su diferente naturaleza, el arbitraje puede ser de derecho o *at law*, siendo árbitro un abogado que deberá aplicar la ley y el laudo motivado; de equidad o *in equito* o *aequo et bono*, pudiendo ser árbitro cualquier otro profesional que aplique su leal saber y entender.

**Cláusula Arbitral** – Acuerdo por escrito por medio del cual las partes se obligan a someter al arbitraje todas las diferencias o conflictos que puedan surgir entre ellos respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no, concerniente a un tema que puede ser resuelto por arbitraje. Se diferencia del Compromiso por el hecho de que en éste la controversia ha surgido. Su definición es idéntica a la de convenio arbitral.

**Compromiso Arbitral** – Cuando existe una controversia o conflicto ya definido y caracterizado, las partes acuerdan la designación del o de los árbitros y demás elementos del procedimiento arbitral. Se suele exigir que dicho acuerdo sea por escrito.

**Convenio Arbitral** – Acuerdo escrito a través del cual las partes se obligan a someter a arbitraje todas o ciertas diferencias que hayan surgido o que puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no, referente a un asunto que pueda ser resuelto mediante arbitraje.

En determinados ordenamientos jurídicos se distingue la cláusula del compromiso arbitral, según sean futuras o presentes las controversias objeto del arbitraje.

**Cosa Juzgada** – *Res iudicta*. Atributo de la sentencia de ser firme, definitiva y no apelable adquiriendo el efecto de no poder, con identidad de sujetos y objeto, volver a plantearse ante un tribunal.

**Conciliación** – Actividad desplegada ante un tercero por las partes, previa al litigio formal, dirigida a lograr un arreglo justo que ponga fin al conflicto de intereses jurídicos. Puede tener lugar ante un órgano público o ante un particular.

**Derecho Comparado** – Ciencia jurídica auxiliar iniciada en Alemania, dedicada a la investigación comparativa de los distintos sistemas en aplicación, busca el perfeccionamiento del derecho.

**Derecho Internacional** – Regula las relaciones entre Estados considerados como personas independientes; los vínculos entre sus súbditos, o las situaciones, derechos y deberes de los extranjeros con respecto al territorio en que se encuentran.

**Derecho Internacional Privado** – Conjunción de normas para determinar que ley aplicar al caso de conflictos entre legislaciones internas de distintos Estados.

**Inversionista** – Persona que invierte dinero. En Chile el Decreto Ley 600 define como inversionista a “las personas naturales o jurídicas extranjeras, y las chilenas con residencia y domicilio en el exterior, que transfieran capitales extranjeros a Chile y que celebren un contrato de inversión extranjera”. Inversión extranjera está definida como los capitales internados y debidamente valorizados bajo las modalidades establecidas en el art. 2º de dicho Decreto.

**Jurisdicción** – Facultad que tiene un juez para entender en un determinado asunto. Territorio en que un juez ejerce sus facultades.

**Jurisdicción Ordinaria** – Conjunto de órganos judiciales, civiles y penales en determinado país que tienen competencias para conocer de la generalidad de las controversias. Es ordinaria la que procede del foro común, en contraposición a la privilegiada. En este trabajo, también denominada Justicia Común.

**Jurisprudencia** – Criterio constante y uniforme para aplicación del Derecho por los Tribunales de Justicia, mostrado en las sentencias. Suple omisiones y brechas de la ley, fundándose en las prácticas seguidas en casos iguales o análogos. El conjunto de precedentes judiciales derivados de las sentencias o fallos.

**Laudo** – Sentencia que dicta el árbitro o tribunal arbitral al final del procedimiento. Tiene valor ejecutivo, conferido por las leyes, tratados y convenciones internacionales como, por ejemplo, la de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.

**Mediación** – Acción entre dos o más partes que difieren, buscando reconciliación. La mediación es facultativa. En la doctrina internacional a menudo no se distingue entre mediación y conciliación. En los contratos de larga duración suelen incluirse cláusulas de renegociación cuyo objeto son, por ejemplo, aviones, buques, etc. La mediación y la conciliación con frecuencia aparecen en la práctica jurídica brasilera.

**Orden Público** – *public police* Más que definirlo, se puede describir al orden público según una época y una situación determinada. El orden público viene integrado por el conjunto de principios básicos en una organización político-social determinada. Como ejemplo, tenemos que los que se refieren a la organización social, como condición de extranjeros; a la organización política, como las leyes fiscales, administrativas y constitucionales; a la organización económica, como la libertad de comercio, precios, etc.

Respecto a la comunidad internacional de naciones, se denomina orden público internacional aquél al cual se refiere el Convenio sobre Reconocimiento y Ratificación de Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York.

No se debe confundir orden público con normas imperativas. La norma imperativa se opone a la dispositiva, que permite al ciudadano elegir o disponer lo contrario o diferentemente a lo que en ella está dispuesto, por su propia voluntad.

**Procedimiento de Exequátur** - Trámite procesal en virtud del cual se confiere plena eficacia en un país al laudo extranjero. Produce el efecto de homologación de una sentencia y de un laudo decretado en un país distinto de donde se pretende ejecutar

forzosamente. En principio, el exequátur es sólo el título preciso y previo para la ejecución forzosa de laudos con fuerza de cosa juzgada. Por lo general, es un proceso bastante sumario que suele substanciarse ante la autoridad jurisdiccional competente de un país.

**Resolución Alternativa de Controversias *Alternative Dispute Resolution (ADR)***

– Propuesta que dicta la persona nombrada por las partes, por ejemplo en una mediación que carece de fuerza coercitiva legal para obligar a las partes. En Estados Unidos es un término genérico que abarca todas las alternativas para resolver un litigio.

**Responsabilidad Civil** – Obligación de reparar daño causado por incumplimiento de una obligación contractual o extracontractual. Se diferencia de la responsabilidad penal, administrativa y política.

**Sentencia** – Fallo o resolución que se impone por un tercero, el juez, en virtud de la ley.