

## LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE BRASILEÑA\*

**DR. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA**

Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal

### INTRODUCCIÓN

1. La historia del arbitraje en el derecho brasileño tiene algo de paradójico<sup>1</sup>. No se puede decir que él no haya disfrutado en otros tiempos de algún prestigio. Bajo el régimen imperial, el Código de Comercio (1850) incluso hacía *obligatorio* el arbitraje para ciertos litigios entre socios. El Reglamento N° 737, dedicado específicamente al proceso comercial, se refería sea al arbitraje necesario, sea al voluntario. Recuérdese además que el Brasil debe el dominio de algunas partes de su territorio al éxito de arbitrajes internacionales sobre cuestiones de frontera.

Sin embargo, en el periodo republicano la institución conoció una decadencia notable. No es exagerado afirmar que la utilización del arbitraje al nivel de las relaciones jurídicas internas se tornó prácticamente excepcional.

Como suele ocurrir, semejante fenómeno se explica por un concurso de causas diversas. Pero los estudiosos del tema están de acuerdo en atribuir una parte no despreciable de la responsabilidad a los defectos de la legislación.

2. Conviene aclarar que en los primeros años de la República nuestro país adoptaba un sistema mixto en materia de competencia legislativa. En efecto, el poder de dictar normas de derecho civil pertenecía exclusivamente a la Unión; en cuanto al derecho procesal, cabía al contrario a cada uno de

\* Comunicación al XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal.

<sup>1</sup> Para una amplia información histórica v. CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*, S. Paulo, 1993, págs. 46 y ss.

los Estados-miembros la disciplina del proceso ante sus jueces, mientras el legislador de la Unión reglaba sólo el funcionamiento de la Justicia federal.

Las normas sobre el compromiso, contenidas en el Código Civil de 1916 (arts. 1.037 y ss.), se aplicaban de modo al menos tendencialmente uniforme en todo el territorio nacional, mientras la disciplina del arbitraje era más bien fragmentaria (el mismo código civil, contrariamente a lo que se podría suponer, hacía incursiones en tal campo: v. arts. 1.041 y ss.): lo cual no favorecía en absoluto el progreso de los estudios científicos del asunto.

La situación no cambió substancialmente con la entrada en vigencia del primer Código Nacional de Proceso Civil (1939), cuyo Libro IX ("*Do juízo arbitral*") no introdujo novedades de relieve en esta materia. El compromiso permaneció reglado por el código civil, mientras ninguna de las dos leyes se ocupaba de la cláusula compromisoria. Semejante omisión, dígame desde ahora, fue sin duda uno de los factores de la decadencia del arbitraje: en el silencio de la ley prevaleció la tendencia a considerar que, a pesar de la inclusión de la cláusula compromisoria en el contrato, la parte relucante no podía ser constreñida por la otra a celebrar el compromiso; no sería exigible *in natura* el cumplimiento de la obligación de declarar la propia voluntad, y tampoco podía el juez suplir la declaración recusada. La falta de compromiso cerraba la vía del proceso arbitral.

El Código de Proceso Civil vigente (1973) disciplinó el compromiso (arts. 1.072-1.077), derogando tácitamente las disposiciones del código civil sobre la materia; pero en verdad no se apartó mucho de lo que aquél establecía. Silenció igualmente sobre la cláusula compromisoria. Dedicó los arts. 1.078-1.084 a los árbitros, los arts. 1.085-1.097 al procedimiento arbitral y los arts. 1.098-1.102 a la homologación judicial, indispensable para conferir a la decisión arbitral los efectos típicos de una verdadera sentencia. Su sistema pesado, burocrático, no fue el más adecuado para vivificar la institución, y no es sorprendente que no haya logrado despertarla del letargo en que yacía.

**3.** La insatisfacción difusa de los operadores del derecho suscito en los tres últimos lustros una serie de tentativas de modificar la situación. Diversos anteproyectos fueron elaborados, ninguno de los cuales llegó sin embargo a fructificar.

La Ley N° 7.244, de 7.11.1984, sobre el procedimiento ante los juzgados especiales de "pequeñas causas", previó una forma simplificada de arbitraje para la hipótesis de conciliación frustrada, otorgando inclusive al árbitro el poder de decidir por equidad, aun sin la autorización de las partes, que el código exigía. Tal disciplina sobrevive en el sistema de la Ley N° 9.099, de 26.9.1995, que regló *ex novo* la materia concerniente a los órganos judiciales

de que trata el art. 98, de la Constitución de 1988, competentes –en el ámbito civil– para la conciliación, la decisión y la ejecución de las “causas civiles de menor complejidad”. En todo caso, como es obvio, dado su estrecho campo de aplicación, estas disposiciones no eran bastantes para cambiar el panorama general.

Finalmente tuvo mejor suerte un proyecto redactado por una comisión de especialistas, ampliamente discutido por los sectores interesados, enriquecido por varias contribuciones y presentado por el Senador Marco Maciel (actual vice-presidente de la República)<sup>2</sup>. Tras cerca de cuatro años, él logró ser aprobado, con pocas modificaciones, y se convirtió en la Ley N° 9.307, de 23.9.1996.

#### RASGOS ESENCIALES DE LA NUEVA LEY

4. Como se dijo, la disciplina de la materia *sub examine* se dividió por muchos años entre el código civil (que se ocupaba del compromiso y contenía también algunas normas sobre el arbitraje) y las leyes procesales (que reglaban detalladamente el arbitraje). El vigente Código de Proceso Civil consagró una nueva disciplina para el compromiso y por ende –repítase– derogó las disposiciones del Código Civil. Para disipar cualquier duda, el art. 44 de la Ley N° 9.307 declara derogados, en términos expresos, los arts. 1.037 a 1.048 de dicho código: precaución en rigor superflua, quizá técnicamente criticable, pero tal vez prácticamente útil para llamar la atención de algún juez (o profesor...) distraído. Igualmente expresa, claro está, es la derogación de los arts. 1.072 y ss. del Código de Proceso Civil. La *sedes materiae* es ahora una sola.

La nueva ley se distingue ante todo por el intento fundamental de asegurar al arbitraje una marcha lo más posible rápida y un resultado lo más posible eficaz. Se inspiran en tal propósito las principales opciones del legislador, como la reducción a un mínimo del contralor del juez sobre la actividad de los árbitros a lo largo del proceso arbitral y la supresión de la necesidad de someter la decisión de aquellos a la homologación judicial. En ambos aspectos el sistema del derecho brasileño se aparta ahora del modelo italiano, que admite en medida más amplia la interferencia de la autoridad judicial. Se trata de una reacción evidente contra la orientación de la legislación precedente, a la cual se atribuye la responsabilidad por la decepcionante *performance* del arbitraje hasta el presente.

Amén de la supresión de la homologación judicial de la decisión del árbitro, la innovación más importante de la ley N° 9.307 consiste, por cierto,

<sup>2</sup> V. CARMONA, Carlos Alberto. Ob. cit., pág. 136.

en la solución encontrada para superar el obstáculo creado por la recusa de una de las partes –no obstante la existencia de la cláusula compromisoria en el contrato– a la celebración del compromiso. El art. 7º de la ley abre a la otra parte, en tal hipótesis, la posibilidad de pleitear en juicio una sentencia que produzca los mismos efectos del compromiso. Cabe al juez intentar la conciliación de las partes sobre el litigio principal o por lo menos inducir las a la estipulación consensual del compromiso (§ 2º). Frustrado el intento, el propio juez dicta los términos del compromiso, respetando naturalmente las disposiciones de la cláusula compromisoria (§3º).

#### LA CONVENCION DE ARBITRAJE

5. La Ley Nº 9.307 introduce en la terminología legal brasileña una expresión ajena nuestra tradición: “*convenção de arbitragem*”. En el derecho anterior se hablaba de cláusula compromisoria y de compromiso; estas locuciones no son abandonadas, más bien conservan su significación específica, que coincide con la familiar a los juristas de otros países latinos. El legislador, de todos modos, se preocupó de suministrar las respectivas definiciones muy semejantes, cabe observar, a las contenidas en los arts. 1.442 y 1.447 del código de proceso civil francés: la cláusula compromisoria es “la convención por la cual las partes de un contrato se obligan a someter al arbitraje los litigios que puedan originarse del contrato” (art. 4º, *caput*); el compromiso es “la convención por la cual las partes someten un litigio al arbitraje de una o varias personas” (art. 9º, *caput*, el cual añade que el compromiso puede ser judicial o extrajudicial).

La novedad reside en la reunión de estas dos figuras –a semejanza de lo que ocurre en el derecho portugués (Ley Nº 31, de 29.8.1986, art. 1º)– bajo la mencionada denominación genérica (art. 3º). Empero no parece muy largo el alcance práctico de la innovación: tanto es así que el texto, mientras disciplina cuidadosamente la cláusula compromisoria y el compromiso, no se refiere con frecuencia a la “convención de arbitraje”. Una de las escasas aplicaciones de tal expresión se encuentra en la modificación introducida por el art. 41 de la Ley Nº 9.307 en el art. 267, VII, del código de proceso civil, donde se atribuía al compromiso (no a la sola cláusula compromisoria) el efecto de extinguir el proceso judicial sobre el mismo litigio sin decisión sobre el fondo; tal efecto es ahora atribuido *in genere* a la “convención de arbitraje”.

6. En todo caso, conviene subrayar que el arbitraje tiene el compromiso como presupuesto necesario. Se puede en efecto prescindir de la cláusula compromisoria: nada impide que las partes de un contrato, al surgir el conflicto de intereses, celebren válidamente un compromiso aun en la ausencia de la cláusula en el instrumento contractual.

Diversamente, la cláusula compromisoria de por sí no basta. Si las partes se ponen de acuerdo en estipular el compromiso, tanto mejor. Si, al contrario, una de ellas se niega, queda a la otra la posibilidad de obtener el mismo resultado *ope iudicis*, mediante la acción prevista en el art. 7º (v. arriba, Nº 4).

7. Objeto de la convención de arbitraje —y por lo tanto del mismo arbitraje— puede ser cualquier litigio concerniente a derechos patrimoniales disponibles, entre personas capaces de contratar (art. 1º). Están pues excluidos los litigios atinentes a relaciones jurídicas no patrimoniales (por ejemplo, los llamados derechos de la personalidad, a menos que se trate exclusivamente de las consecuencias pecuniarias de una lesión alegada) o relaciones jurídicas indisponibles aunque patrimoniales (por ejemplo de derecho fiscal).

El art. 51, VII, del código de protección del consumidor (Ley Nº 9.078, de 11.9.1990) declara nulas *pleno iure* las cláusulas contractuales relativas a la prestación de productos y servicios que impongan la obligatoriedad de la utilización del arbitraje. El proyecto del cual se originó la Ley Nº 9.307 pretendía derogar semejante disposición, pero fue modificado en ese punto por el Congreso Nacional. En el campo de las relaciones de consumo, por consiguiente, ninguna de las partes podrá invocar eficazmente la cláusula compromisoria para constreñir la otra a celebrar el compromiso, ni tampoco valerse de la acción tendente a hacer suplir *ope iudicis* la celebración (art. 7º).

Pero esto no impide que, surgiendo el litigio, las partes concuerden en someterlo al arbitraje y, con tal intención, estipulen un compromiso, exista o no una cláusula compromisoria en el instrumento contractual. La nulidad de semejante cláusula no contamina el compromiso voluntariamente estipulado. Parece pues injustificada la opinión de quien considera substraídas *simpliciter* al arbitraje las cuestiones concernientes a las relaciones de consumo<sup>3</sup>.

#### LA RELEVANCIA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

8. La Ley Nº 9.307 reserva a la voluntad privada un espacio mucho más amplio que el previsto en la legislación precedente. Tal cambio es evidente sea en la determinación de los poderes del árbitro respecto a la decisión del litigio, sea con relación al procedimiento que se observará. Es decir: él se manifiesta en el terreno substancial y en el terreno procesal.

Corresponde ante todo a las partes una opción fundamental entre arbitraje *de derecho* y arbitraje *de equidad* (art. 2º, *caput*). En el segundo caso ellas deben autorizar el árbitro (o los árbitros) en el compromiso a decidir en equidad

<sup>3</sup> Así FREITAS CÁMARA, Alexandre. *Arbitragem*, Río de Janeiro, 1997, pág. 14.

(art. 11, II). Tal posibilidad queda excluida en el silencio del compromiso. Esto significa que el derecho brasileño se alinea entre los ordenamientos –como el italiano (art. 822 CPC), el francés (art. 1.474) y el portugués (Ley N° 31/86, art. 22)– en los cuales el arbitraje *secundum ius* constituye la regla, y el arbitraje *secundum aequitatem* la excepción; distinta es la orientación del derecho español (Ley N° 36, de 5.12.1988, art. 4.2).

En el arbitraje de derecho es dado a las partes determinar libremente las normas jurídicas aplicables, con tal que no violen las buenas costumbres ni el orden público (art. 2°, §1°). Ellas pueden establecer asimismo que el arbitraje se base en los principios generales del derecho, en los usos y costumbres y en las reglas comerciales internacionales (art. 2°, §2°). Pueden igualmente remitirse a las normas de un órgano arbitral institucional o entidad especializada (art. 5°), u otorgar al mismo árbitro el poder de reglar el procedimiento (art. 21, *caput, fine*).

#### EL ÁRBITRO (O LOS ÁRBITROS)

9. Puede ser nombrada árbitro cualquier persona capaz que goce la confianza de las partes (art. 13, *caput*). A diferencia de lo que establece la ley española (art. 12.2), la nuestra no exige ni siquiera para el arbitraje de derecho que se trate de un abogado o de un licenciado. Tampoco es exigible la nacionalidad brasileña, como ocurría bajo la vigencia del viejo código de proceso civil de 1939 (art. 1.031, III). Sin embargo, ya que la decisión arbitral consta necesariamente de un documento escrito (art. 24, *caput*), el árbitro no puede ser analfabeto, ni un extranjero incapaz de expresarse en portugués<sup>4</sup>.

Cualquier persona nombrada tiene el deber de abstenerse y puede ser recusada por las partes en los mismos casos previstos en el código de proceso civil para los jueces (art. 14).

10. Las partes son libres de nombrar un árbitro único o varios árbitros, pero siempre en número impar (art. 13, §1°). Si los árbitros nombrados son en número par, estos se reputan autorizados a nombrar una persona más. En falta de acuerdo corresponde a las partes demandar el nombramiento al juez competente para la causa (art. 13, §2°).

En el caso de pluralidad de árbitros, uno de estos es elegido presidente del tribunal arbitral por mayoría de votos. De no haber consenso, asume la presidencia el árbitro más añoso (art. 13, §4°).

<sup>4</sup> FREITAS CÁMARA, Alexandre. Ob. cit., págs. 37-8.

Con respecto a los actos practicados en el ejercicio de sus funciones o en consecuencia de ellas los árbitros son equiparados a los funcionarios públicos a los efectos penales (art. 17). Pueden responder eventualmente, por ejemplo, por el delito de concusión (art. 316 CP brasileño).

11. De conformidad con el art. 18, "el árbitro es juez de hecho y de derecho", es decir, puede resolver cualquier cuestión relevante para la decisión del litigio. Con todo, si en el curso del proceso arbitral surge, acerca de derechos indisponibles, alguna controversia que constituya una cuestión perjudicial de la decisión, el árbitro debe suspender el procedimiento y remitir las partes a la autoridad judicial competente; la suspensión dura hasta que la perjudicial sea resuelta por sentencia firme (art. 25).

Semejante disposición, inspirada obviamente en el art. 819 del *Codice di Procedura Civile* italiano, no resulta con necesidad lógica del sistema del derecho brasileño. El examen de la perjudicial como mero presupuesto de la formación del convencimiento del árbitro sobre el litigio no sería en efecto incompatible con la limitación del ámbito del arbitraje a la esfera de las relaciones patrimoniales disponibles (art. 1º), ni implicaría usurpación de la competencia exclusiva de la Justicia estatal, porque el árbitro no dictaría una verdadera *decisión* sobre materia indisponible. La solución de la cuestión *incidenter tantum* no quedaría, de acuerdo con los principios, cubierta por la autoridad de la cosa juzgada (art. 469, III, CPC). Lo que sí contrastaría con el sistema es solamente la demanda de declaración incidental ante el árbitro (arts. 5 y 570 CPC), cuya admisibilidad, sin embargo, no le ocurriría aquí al más fantástico intérprete. Desde ese punto de vista se puede quizá poner en duda el fundamento de la precaución adoptada por el legislador.

12. Reza el art. 13, § 6º, de la Ley N° 9.307 que en el ejercicio de su función el árbitro debe actuar "con imparcialidad, independencia, competencia, diligencia y discreción". La imparcialidad es condición general y fundamental del ejercicio legítimo por cualquiera de la función de juzgar. A ella también se refiere el art. 21, § 2º, que impone en el arbitraje el respeto de ciertos principios, entre los cuales exactamente el de la imparcialidad del árbitro. Tienden a asegurar su observancia las disposiciones relativas al deber de abstención y al derecho de recusación del árbitro, las cuales siguen de cerca las normas concernientes al juez (art. 14). Nótese que competente para decidir sobre la recusación es el árbitro mismo (o el tribunal arbitral, si hay más de un árbitro), excluido el contralor inmediato de la Justicia estatal (art. 15), a diferencia de lo que sucede en el derecho italiano (art. 815, 2, CPC). Pero la alegación de parcialidad podrá fundar la demanda de anulación de la decisión arbitral (arts. 32, VIII, e 21, § 2º); existe pues un contralor, aunque solo a *posteriori*.

La alusión a la independencia se destina a subrayar que el árbitro debe basarse para decidir exclusivamente en su propio convencimiento, sin someterse a ninguna presión. En lo que hace al juez, los ordenamientos suelen establecer, con frecuencia en nivel constitucional, ciertas garantías (por ejemplo la irreducibilidad del sueldo) consideradas necesarias para tornar prácticamente eficaz el precepto. Nada de semejante parece concebible con respecto al árbitro, por lo cual el legislador está forzado a contentarse con dictar al propósito una norma de relevancia más bien ética que jurídica.

En cuanto a la competencia, se entiende que en este contexto la palabra está empleada en sentido no técnico, para indicar una calidad personal del árbitro: la aptitud para el ejercicio eficiente de la función. La diligencia se manifiesta por el cuidado, la solicitud, el constante interés de conducir el arbitraje a la conclusión en el modo debido. El deber de discreción está en relación obvia con una de las características del arbitraje, que tiende normalmente a evitar la publicidad.

**13.** La persona nombrada naturalmente no tiene la obligación de aceptar el encargo de árbitro. Pero si lo acepta está obligada al cumplir de manera concienzuda todos los deberes inherentes a la función.

Algunos ordenamientos, extranjeros reglan *express verbis* la responsabilidad del árbitro frente a las partes, en el caso de incumplimiento. Son ejemplos el italiano (art. 813, 2, CPC), el portugués (Ley N° 31/86, arts. 9.3 y 19.5) y el español (Ley N° 36/88, art. 14.1).

Curiosamente la nueva ley brasileña silencia al respecto, pero no se puede inferir de ahí que ella exente al árbitro de cualquier responsabilidad por daños. Sería una conclusión absolutamente inconciliable con los principios de nuestro derecho. En la ausencia de disposiciones específicas, se aplica la norma del art. 159 del código civil, según el cual "cualquiera que por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia violare un derecho o causare un daño a otra persona está obligado a reparar el daño"<sup>5</sup>.

Hipótesis fácilmente concebibles son las del árbitro que, después de la aceptación, renuncie al encargo sin razón justificada, o deje de respetar el plazo fijado para la decisión.

#### **EL PROCEDIMIENTO**

**14.** Se considera instaurado el arbitraje tan pronto como el nombramiento sea aceptado por el árbitro o por todos los árbitros (art. 19, *caput*).

<sup>5</sup> Correctamente FREITAS CÁMARA, Alexandre. Ob. cit., pág. 53.

El procedimiento es en principio libremente establecido por las partes mismas en la convención de arbitraje. Como se ha dicho (*supra*, N° 8), ellas pueden remitirse a las normas de un órgano arbitral institucional o de una entidad especializada. Pueden asimismo encargar el árbitro (o los árbitros) de reglar el *modus procedendi* (art. 21, *caput*); tal encargo corresponde igualmente al árbitro (o a los árbitros) en falta de estipulación convencional (art. 21, § 1°).

De acuerdo con el art. 21, § 2°, en el procedimiento hay que respetar en todo caso los principios del contradictorio, de la igualdad de las partes, de la imparcialidad del árbitro y de su libre convencimiento. No debe considerarse taxativa la enumeración: es también obligatoria la observancia de otros principios, entre los cuales algunos de nivel constitucional, como la prohibición de utilizar pruebas ilícitamente obtenidas (Constitución de la República, art. 5°, LVI).

**15.** Los poderes del árbitro (o de los árbitros), si bien amplios, sufren naturalmente la limitación resultante de la falta de autoridad pública y por consiguiente de todo poder de coerción, sobre las partes o sobre terceros. El árbitro puede por ejemplo practicar, aun de oficio, cualquier prueba admisible (art. 22, *caput*), mas no le es dado ordenar *ex proprio Marte* la comparecencia del testigo que no se presente voluntariamente: tendrá en tal caso que requerir la providencia a la autoridad judicial (art. 22, § 2°, *fine*).

El art. 22, § 4°, somete a la misma disciplina las medidas cautelares *in genere*. Sin embargo, aquí sería oportuna una distinción. No todas las medidas cautelares contempladas en el código de proceso civil brasileño tienen carácter coercitivo. El juez puede por ejemplo practicar una prueba (v.g. interrogar un testigo) en un momento anterior al normalmente previsto, si hay motivo de temer que de no ser así la prueba se frustré (el testigo, en malas condiciones de salud, probablemente no vivirá mucho). Ahora bien, no se entiende porqué en circunstancias análogas semejante posibilidad deba ser negada en el proceso arbitral.

Corresponde al árbitro intentar la conciliación de las partes en el inicio del procedimiento (art. 22, § 4°). Si el intento tiene éxito, la ley dispone que se aplique la norma del art. 28, concerniente a la hipótesis en que los propios litigantes se acuerdan sobre el litigio en el curso del arbitraje. Para esa hipótesis el art. 28 establece que "el árbitro o el tribunal arbitral puede, a instancia de las partes, declarar tal hecho por sentencia arbitral". La redacción no es satisfactoria. Si el acuerdo se concluye, por iniciativa de las partes o en virtud de una tentativa de conciliación, no subsiste razón ninguna para el proseguimiento del arbitraje. No queda al árbitro, ciente del avenimiento, sino tomar constancia de él, hasta *ex officio*, y extinguir el proceso arbitral.

### LA DECISIÓN ARBITRAL

**16.** Apartándose de la tradición del derecho brasileño, la ley Nº 9.307 prefiere hablar de "*sentença arbitral*" en vez de emplear la expresión "*laudo*", más cercana de la terminología de otros países latinos (Italia, España) y generalmente adoptada en nuestra legislación precedente (por ejemplo, arts. 1.093 y ss. CPC 1973). Sin embargo, el antiguo *nomen iuris* no fue totalmente desechado: lo encontramos todavía en el art. 33, § 2º, II.

Se ha criticado la opción del legislador con el argumento de que, desprovisto el arbitraje de naturaleza jurisdiccional, sería inadecuada para designar la decisión del árbitro la misma palabra que designa el acto jurisdiccional por excelencia<sup>6</sup>. No es esta la ocasión propicia para discutir la *vexata quaestio* de la naturaleza del arbitraje. Piénsese lo que se quiera, parece de todos modos exagerada la objeción, de la cual, por otra parte, se reconoce la escasa importancia práctica. La opción terminológica por cierto tuvo en miras poner de relieve la equiparación entre los efectos de ambos actos, tomando en consideración sobre todo la atribución inmediata a la decisión arbitral de una eficacia comparable a la del fallo del juez, independientemente de homologación.

**17.** La decisión arbitral debe ser dictada en el plazo fijado por las partes o, en falta de estipulación, dentro de seis meses desde la instauración del arbitraje (*supra*, Nº 14) o la eventual substitución del árbitro (art. 23, *caput*). La duración es igual a la prevista en la ley portuguesa (art. 19.2) y en la española, y el doble de la que establece el art. 820, 1ª parte del CPC italiano.

Si hay varios árbitros, la decisión se toma por mayoría de votos. Cuando sea que no se forme una mayoría de votos. Cuando sea que no se forme una mayoría –lo que es concebible en el caso de árbitros en número superior a tres–, prevalece el voto del presidente del tribunal (art. 24, § 1º). Sin embargo, no queda excluido que las partes dispongan diversamente en la convención de arbitraje, ni tampoco que sea aplicable una disciplina distinta, contenida en las normas del órgano arbitral institucional o de la entidad especializada que los litigantes hayan designado.

**18.** De conformidad con el art. 24, *caput*, la sentencia arbitral debe constar de un documento escrito. El art. 26 enumera los elementos que ella obligatoriamente contendrá: el "*relatorio*", con la indicación de los nombres de las partes y un resumen del litigio; los motivos de la decisión, es decir, el examen de las cuestiones de hecho y de derecho, mencionándose *expressis verbis*, en su caso, el hecho de que se haya decidido *secundum aequitatem*; la parte dispositiva, donde se expresa la solución encontrada y se fija el

<sup>6</sup> FREITAS CÁMARA, Alexandre. Ob. cit., pág. 88.

plazo para el cumplimiento voluntario (si se trata de condena, ya que la sentencia puede tener asimismo naturaleza constitutiva o de mera declaración); la fecha y el lugar de la deliberación. Ella también debe disponer sobre la responsabilidad de las partes por las costas (art. 27) y ser firmada por el árbitro o por todos los árbitros (art. 26, párrafo único).

Corresponde al árbitro o al presidente del tribunal entregar o enviar una copia de la sentencia a las partes (art. 29). En los cinco días siguientes cualquiera de estas pueden requerir la corrección de errores materiales, la aclaración de obscuridades, dudas o contradicciones, o la subsanación de omisiones; el árbitro o el tribunal resolverá dentro de cinco días (art. 30).

**19.** La sentencia arbitral, que no admite ningún recurso, a menos que el compromiso haya previsto un “segundo grado” en el interior del arbitraje, produce para las partes y sus herederos y causahabientes los mismos efectos de una resolución judicial (art. 31, el cual añade, quizá superfluamente, que la sentencia arbitral de condena constituye título ejecutivo). La ley no distingue entre los efectos principales y los llamados efectos secundarios; por lo menos para algunos de estos –v.g. la hipoteca judicial (art. 464 CPC)– cualquier duda parece injustificada<sup>7</sup>.

Si se trata –como ocurrirá normalmente– de una sentencia sobre el fondo, la situación que se forma es análoga, al menos desde el punto de vista práctico, a aquella que resultaría de la cosa juzgada (material) basada sobre una resolución judicial. Esto quiere decir que ninguna de las personas mencionadas en el texto puede volver a demandar eficazmente, en juicio o en otro arbitraje, la solución del mismo litigio. Nada impide en cambio que las partes adopten *ad futurum* por mutuo consenso una disciplina nueva y diferente de sus relaciones jurídicas: en efecto, ni siquiera la cosa juzgada propiamente dicha excluiría la posibilidad de una transacción superveniente.

**20.** La atribución de eficacia inmediata a la sentencia arbitral, sin necesidad de homologación, representa, como se ha puesto de relieve (*supra*, N° 4), una de las más notables innovaciones de la Ley N° 9.307. Ella acerca el derecho brasileño al modelo predominante en la península ibérica: basta confrontar el art. 26 de la ley portuguesa y el art. 37, 1ª parte, de la ley española.

No se configura en la novedad legislativa ninguna violación de la norma constitucional que prohíbe la ley de substraer al examen del Poder Judicial cualquier lesión o amenaza de lesión a un derecho (Constitución de la República, art. 5º, XXXV). El problema surgirá si el arbitraje fuera impuesto

<sup>7</sup> Cf. FREITAS CÁMARA, Alexandre. Ob. cit., pág. 107.

como obligatorio, excluyendo, aun contra la voluntad del interesado, el ejercicio normal de la acción frente al juez. Pero aquí son las partes mismas que se ponen de acuerdo en someter su conflicto de intereses a un órgano ubicado fuera del aparato estatal.

Por lo demás ni siquiera sería exacto negar en términos absolutos la posibilidad de un contralor judicial. Ya se ha dicho (*supra*, N° 4) que semejante posibilidad existe, si bien *a posteriori*: veremos ahora en qué medida.

21. El art. 32 de la Ley N° 9.307 enumera una serie de casos en que es “nula” la sentencia arbitral. Las comillas expresan un juicio negativo acerca de la propiedad de la calificación. En verdad, en la mayoría de los supuestos, se trata más bien de anulabilidad que de nulidad. Lo pone de resalto el hecho de que inútilmente se alegaría *sic et simpliciter* la invalidez de la decisión en un proceso (o arbitraje) posterior, en el cual se pidiera la solución del mismo litigio o de otro litigio lógicamente dependiente, y asimismo en el proceso de ejecución basado en la condena dictada por el árbitro. La cuestión no admite examen *incidenter tantum*: para eliminar la sentencia arbitral es menester intentar una acción autónoma de impugnación (art. 33, *caput*) o de oposición a la ejecución (art. 33, § 3º, cf. *infra*, N° 22)<sup>8</sup>.

Por otra parte, al menos en un caso se debe considerar la sentencia arbitral –a semejanza de la judicial– no solamente nula o anulable, sino en realidad *inexistente*: cuando le falte la parte dispositiva. En tal caso sería superfluo intentar una acción: cualquier juez puede, hasta *ex officio*, declarar la inexistencia.

De acuerdo con el art. 32 la sentencia arbitral es “nula”: I - Si es nulo el compromiso; II - Si fue dictada por quien no podía ser árbitro; III - Si no contiene los requisitos (mejor dicho: los elementos) indicados en el art. 26; IV - Si excede los límites previstos en la convención de arbitraje; V - Si no resuelve todo el litigio sometido al arbitraje; VI - Si al dictarla el árbitro cometió ciertos delitos contra la administración pública; VII - Si fue dictada fuera del plazo fijado; VIII - Si transgrede cualquiera de los principios enumerados en el art. 21, § 2º (contradicción, igualdad de las partes, imparcialidad del árbitro, libre convicción). Se permite al interesado pedirle al juez competente la declaración de la “nulidad” - *rectius*: la anulación, como dice con técnica más laudable la ley portuguesa (“anulação”: arts. 27 y 28). La acción puede ser intentada dentro de noventa días desde la notificación de la sentencia arbitral y observa el procedimiento común previsto en el código de proceso civil (art. 33, § 1º).

<sup>8</sup> La acción no es por lo tanto meramente declaratoria, sino constitutiva, diversamente de lo que sostiene FREITAS CÁMARA, Alexandre. Ob. cit., pág. 116, quien erróneamente divisa ahí una hipótesis de “nulidad absoluta”.

De acoger la demanda, el juez se ciñe a anular la sentencia arbitral en los supuestos del art. 32, I, II, VI, VII y VIII. En los demás, al contrario, ordena que el árbitro (o el tribunal arbitral) dicte una nueva sentencia.

**22.** Como ya se ha expuesto (*supra*, N° 19), la sentencia arbitral, si contiene una condena, constituye título ejecutivo (art. 31, *fine*). La Ley N° 9.307 tuvo el cuidado de modificar el art. 584, N° III, del Código de Proceso Civil, a los efectos de incluir dicha sentencia en el elenco de los títulos ejecutivos judiciales.

El texto originario se refería a la sentencia de homologación del laudo, cuya calificación como título *judicial* no podía causar sorpresa. Menos intuitiva parece la adecuación de tal denominación a la decisión arbitral: sea o no jurisdiccional la naturaleza del arbitraje –cuestión que aquí se dejará abierta–, es indudable que no se trata de un proceso (ni tampoco de una resolución) *judicial*.

El empleo de esta terminología se explica seguramente por el propósito de subordinar la disciplina de la sentencia arbitral, en lo que se refiere a la ejecución, a la de una sentencia dictada por la autoridad judicial. Aquí, como en otros lugares, nos encontramos con un expediente destinado a la equiparación de efectos. Ello quiere decir que, intentada la ejecución de la condena arbitral, no se permite al deudor oponerse a ella sino con base en alguno de los motivos alegables para impedir la ejecución de una sentencia de condena dictada por el juez. Las posibilidades del deudor son por consiguiente menos amplias que las concedidas por el código brasileño frente a una ejecución basada en un título extrajudicial (art. 745).

Adviértase con todo que el deudor puede asimismo oponerse a la ejecución alegando justamente que la sentencia arbitral es “nula” en el sentido del art. 32 de la Ley N° 9.307. La oposición a la ejecución (que en el derecho brasileño tiene la naturaleza de una acción) funciona entonces como acción de anulación (art. 33, § 3°).

#### **RELACIONES ENTRE EL ARBITRAJE Y EL PROCESO JUDICIAL**

**23.** En lo que atañe a las relaciones entre el arbitraje y el proceso judicial *concerniente al mismo litigio*, es necesario distinguir según la convención de arbitraje sea anterior o posterior a la incoación del proceso. Si es anterior, torna en principio incompetente la autoridad judicial, pero esta no puede declarar *ex officio* su propia incompetencia. La parte tiene aquí la carga de la alegación (art. 301, N° IX e § 4°; en la primera disposición el legislador ha reemplazado la expresión “compromiso arbitral” por “convención arbitral”, en cambio se ha olvidado de hacerlo en la segunda), y su silencio vale como

renuncia al arbitraje<sup>9</sup>. El sistema es substancialmente semejante al francés (art. 1.458, 3ª parte, CPC).

Estipulada la convención de arbitraje durante el proceso judicial, este termina sin resolución sobre el fondo (art. 267, N° VII). Sin embargo, aquí también la ley prohíbe al juez proveer de oficio (art. 267, § 3º, *a contrario sensu*). Tal prohibición, se entiende bien, concierne al caso de compromiso extrajudicial (art. 9º, § 2º). Cuando el acto se realiza frente al propio juez (art. 9º, § 3º), le corresponde a éste poner fin sin demora al proceso, cuyo proseguimiento no tendría sentido.

Si el litigio ya fue resuelto mediante arbitraje, queda excluida la posibilidad de someterlo eficazmente de nuevo a la justicia estatal. Semejante demanda será inadmisibles. La situación es análoga a la que ocurriría si se volviera a proponer una demanda anteriormente decidida por sentencia judicial firme. En tal supuesto el juez debe resolver la cuestión hasta *ex officio* y extinguir el proceso (arg. ex art. 267, N° V e § 3º, CPC).

#### RECONOCIMIENTO DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS

24. El reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras –así consideradas las dictadas fuera del territorio nacional– se someten a las disposiciones de los tratados internacionales, cuando existan (Ley N° 9.307, art. 34). De no existir tratado, se aplican las normas de la ley misma que prevee un mecanismo semejante al tradicionalmente utilizado para las sentencias dictadas por una autoridad judicial de otro país. El Brasil adopta, en esta materia, el sistema de la *delibação*: el *Supremo Tribunal Federal*, que es el único órgano competente (Constitución de la República, art. 102, N° I, *h*), sin entrar en el examen del contenido de la sentencia extranjera, averigua solamente si ella satisface ciertos requisitos indispensables para justificar la colaboración de la Justicia nacional, y en el caso afirmativo “homóloga” la sentencia extranjera, es decir, la torna apta para producir sus efectos en el territorio brasileño.

El art. 38 enumera cinco supuestos en los cuales el *Supremo Tribunal Federal* debe recusar la homologación: I - Si las partes de la convención de arbitraje fueran incapaces; II - Si tal convención no fuera válida; III - Si la parte no ha sido notificada del nombramiento del árbitro o del procedimiento adoptado, o si fue violado el principio del contradictorio; IV - Si la sentencia arbitral ha excedido los límites de la convención de arbitraje y no se puede separar la parte excedente de la sometida al árbitro (o a los árbitros); V - Si

<sup>9</sup> Así FREITAS CÁMARA, Alexandre. Ob. cit., pág. 32.

el arbitraje no ha observado lo dispuesto en el compromiso o en la cláusula compromisoria; VI - Si la sentencia arbitral todavía no es obligatoria para las partes, ha sido anulada o tuvo su eficacia suspensa por un órgano judicial del país de origen. Según el art. 39 el *Supremo Tribunal Federal* también recusa la homologación cuando el objeto del litigio no sea susceptible de arbitraje conforme a la ley brasileña (I) o la decisión viole el orden público nacional (III).

**25.** El reconocimiento de las sentencias arbitrales extranjeras suscitaba hasta entonces y una cuestión delicada. Según la jurisprudencia firme del *Supremo Tribunal Federal* brasileño (que es el único órgano competente), no puede ser objeto de la *delibação* un laudo arbitral extranjero que no haya sido homologado por una resolución judicial en el país de origen; en rigor lo que el Tribunal "deliba" no es el laudo, sino la sentencia judicial.

Sin embargo, el arbitraje podía haberse realizado en un país (por ejemplo, Portugal, España) donde el laudo no depende de homologación judicial para adquirir eficacia, o mejor dicho donde no existe ningún órgano del Poder Judicial que sea competente para semejante homologación. En tal caso, si alguien quisiera hacer valer el laudo extranjero en el territorio brasileño tropezaría con un obstáculo insuperable, por la imposibilidad de satisfacer el requisito.

La Ley Nº 9.307 procura remover ese obstáculo. En efecto, dispone el art. 35 que la sentencia arbitral extranjera se somete únicamente a la *delibação* del *Supremo Tribunal Federal*. Con ello se mira a suprimir la exigencia de la homologación judicial del laudo en el país de origen. Pero aquí hay lugar para una distinción<sup>10</sup>. Si en determinado país la eficacia del laudo prescinde de la homologación judicial, claro está que no se debe cogitar de semejante exigencia; de lo contrario, ella parece correcta, porque el Brasil no podría atribuir en su territorio al laudo no homologado una eficacia que le falta en el país de origen: reconocer el laudo extranjero equivale a "importar" su eficacia, y no se puede "importar" la nada.

#### **OBSERVACIONES FINALES**

**26.** La revalorización del arbitraje en los últimos tiempos, en el Brasil y en otros países, se inserta en el amplio fenómeno de florecimiento de los llamados "medios alternativos" de resolución de los litigios. Aunque tales medios sean útiles y merezcan estímulo, no parece sensato confiar en ellos

<sup>10</sup> Propugnada inclusive antes de la Ley Nº 9.307: v. BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, 6ª ed., Rio de Janeiro, 1993, pág. 63.

como en una panacea. No existen (no pueden existir) recetas milagrosas para resolver todos los problemas del acceso a la justicia. Existen varios expedientes, que conviene utilizar sin alentar demasiadas ilusiones. Todos presentan sus pros y sus contras, y el éxito de cualquiera de ellos depende substancialmente de factores múltiples y variables, de modo que los mejores resultados seguramente se obtendrán mediante una combinación apropiada a las circunstancias.

Si bien una disciplina legal más adecuada pueda aumentar la frecuencia de la utilización del arbitraje, no es prudente esperar que éste baste de por sí para aliviar la sobrecarga de trabajo que pesa sobre el aparato judicial y constituye una de las variadas causas de la lentitud de los procesos. El arbitraje no es una institución popular en el Brasil, y nada indica que logre seducir en breve plazo una "clientela" numerosa fuera de algunos círculos estrechos. Los litigios de los cuales tendrán que ocuparse los árbitros probablemente no serán substraídos en su mayor parte a los cuidados de los jueces; más bien estarán incluidos entre los que frecuentemente no llegan hasta el foro.

**27.** Lo dicho no le quita importancia a la reforma reciente. Todo progreso legislativo —y la Ley N° 9.307 por cierto lo es— debe acogerse con aplausos. Tanto mejor si ella abre una vía a conflictos de intereses que antes permanecían sin solución o no hallaban otra salida sino la renuncia forzada de la parte más débil a sus pretensiones.

De todas maneras, sólo el *test* de la experiencia revelará el alcance práctico de la reforma. Hasta puede ocurrir que ella repercuta sobre la realidad concreta con más intensidad que la que es razonable preveer con base en los datos ahora disponibles. Por consiguiente, nunca se pondrá de relieve suficiente la necesidad de registrar como van pasando las cosas desde el primer momento. No podemos contentarnos con impresiones muchas veces engañosas. Será indispensable disponer en breve de elementos objetivos, que nos permitan una valuación segura de los hechos. Ese es el homenaje mínimo que podemos ofrecerle al esfuerzo del legislador.