

LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE DE BRASIL (LEY 9.307/1996)

CARLOS AMIGO ROMÁN *

I. INTRODUCCIÓN

Podemos mencionar algunas de las razones por las cuales el arbitraje no ha tenido una gran aceptación en la sociedad brasileña, hasta el momento. Además de los problemas de técnica jurídica propiamente dichos, existen otros problemas de orden psicológico, pero con implicaciones jurídicas. Algunos de estos problemas ocurren en casi todos los países, como por ejemplo la mutua desconfianza que existe entre la jurisdicción arbitral y la estatal, y el recelo de que el arbitraje sea utilizado como instrumento del poder económico. Otros son específicos de algunos países, como la falta casi total en Brasil de Cámaras institucionales de arbitraje.

En efecto, la mutua desconfianza entre la jurisdicción estatal y la arbitral nos parece figurarse como un fenómeno universal. Así, ha sido necesaria una larga evolución para poder pasar de un régimen de mutua desconfianza para uno de cooperación recíproca, lo que se figura como una de las características del moderno derecho arbitral.

Esta desconfianza se traduce, en términos jurídicos, en la posibilidad del control, por parte de la jurisdicción estatal, de la legalidad de las decisiones arbitrales, sean interlocutoras o definitivas. El control

* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y por la UNED, Profesor Titular en Brasil y Asesor Jurídico Gubernamental y Privado.

de las decisiones interlocutoras por la jurisdicción ordinaria se atenúa por la adopción del principio de la «kompetenz-kompetenz». El control de las decisiones definitivas puede ser ejercido por los tribunales en el momento de la concesión del «exequatur», o incluso por medio de acciones propias como la de anulación o la rescisoria, en el caso brasileño.

En el Derecho francés, las reformas de 1980 llevaron a la adopción, de un lado de la «kompetenz-kompetenz», y de otro, de la posibilidad de desistimiento del recurso de apelación. Sin embargo, no cabe esta posibilidad cuando el árbitro decide por equidad como amigable componedor. Por lo demás, en el silencio de las partes, la presentación de un recurso de apelación es la regla, pero sólo podrá ser admitido en los casos de inexistencia o nulidad del convenio arbitral, irregularidad de constitución o nombramiento de los árbitros, decisión que no esté de acuerdo con el objeto del compromiso o la cláusula arbitral, incumplimiento del principio de contradicción, nulidad de la sentencia arbitral por falta de requisito y violación del orden público.

II. EL SISTEMA ARBITRAL BRASILEÑO

El arbitraje es reconocido en Brasil desde los tiempos de la colonización portuguesa e, incluso, ya ha sido de aplicación obligatoria en el derecho brasileño, ya que el Código Comercial de 1850, todavía en vigor, establecía en algunos de sus dispositivos, el arbitramiento obligatorio. La posterior Ley nº 1.350 de 1866, revocó esos dispositivos sin ninguna contestación en su época.

Brasil firmó el Protocolo de Ginebra de 1923, además de ser unos de los contrayentes del Código de Bustamante y signatario de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, firmada en Panamá (1975) y solamente promulgada en Brasil, para su cumplimiento, en 1996.

Los Códigos Procesales de 1939 y 1973, instituyeron el arbitraje como modalidad facultativa de juicio arbitral, donde las partes podían someter sus litigios a árbitro(s), por medio del compromiso arbitral, observando algunos requisitos. Sin embargo, la decisión o laudo arbitral estaba sujeta, en sus aspectos formales, a una homologación

judicial, que le daba eficacia ejecutiva, ya que en Brasil, el compromiso arbitral resultaba indispensable al juicio arbitral, lo mismo no pasando con la cláusula arbitral o cláusula compromisoria. Ésta mismo siendo bastante común en la práctica brasileña, era simple promesa de contratar («pactum de contrahendo»), no generando una ejecución específica, pero si solamente una indemnización, en caso de incumplimiento de lo pactado.

En el Derecho brasileño, los artículos 1.072 al 1.102 del Código de Proceso Civil (Ley de Enjuiciamiento Civil) fueron revocados por la nueva Ley de Arbitraje (Ley 9.307/96), que consagra la regla de que el juicio arbitral posee una dinámica propia y independiente, lo que hace suponer la competencia del árbitro para la composición de los litigios incidentes, con excepción de que traten sobre derechos indisponibles o materia constitucional. El legislador brasileño no se ha referido al órgano competente para juzgar el recurso contra la decisión arbitral.

La señal más evidente, en el Derecho brasileño, de esa desconfianza en el juicio arbitral se encuentra en la regla constitucional de que «la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial ninguna lesión o amenaza a derecho individual».

A título de comprobación práctica de la repercusión que tuvo este principio constitucional en el sistema judicial brasileño, podemos citar el famoso «Caso Lage». En 1942, el Decreto-ley n° 4.648 incorporó al patrimonio nacional, los bienes y derechos de las empresas de la Organización Lage y del espoleo de Henrique Lage, con la excusa del estado de guerra y el interés de los bienes para la defensa nacional. Tras varias tentativas, no se llegó a ningún acuerdo sobre el valor de esos bienes y derechos, siendo entonces propuesta la solución arbitral.

Éste accedió y, por medio del Decreto-ley n° 9.521 de 1946, se instituyó el tribunal arbitral con la finalidad de determinar el valor de la indemnización que el Gobierno brasileño tendría de pagar al espoleo, en títulos de la deuda pública. Incluso se llegó a acordar que el laudo arbitral no estaría sujeto a ningún recurso, y que sería ejecutable sin necesitar de homologación por parte del Poder Judicial. El laudo arbitral fue proferido el 21 de enero de 1948, y el entonces Presidente de la República, envió al Congreso Nacional un pedido de apertura de crédito especial para hacer frente al pago de la indemnización.

Todo caminaba según lo acordado, cuando el entonces Procurador General de Hacienda, redactó un parecer estableciendo la inconstitucionalidad del laudo arbitral, por la violación del principio antes referido. Con esto se obligó al espoleo a presentar una demanda judicial, ¡ya en 1955!, que ganó en todas las instancias. Por fin, tras ocho recursos dirigidos al Supremo Tribunal Federal por parte del gobierno y ya en 1973, se dio gana de causa al espoleo, o sea, ¡casi 26 años después! Y todo en nombre de la no exclusión de la apreciación del Poder Judicial, de cualquiera lesión o amenaza a derecho individual.

A todo esto, no nos sorprende que el arbitraje sea objeto de tanta desconfianza por parte de la sociedad brasileña, pero esto ya comienza a cambiar con las diferentes iniciativas para una mayor utilización del arbitraje.

Por último, hay que referirse a la falta sistemática de Cámaras Arbitrales, como elemento importante de la escasa difusión del arbitraje en Brasil. Esto se debe principalmente, a que la legislación brasileña sólo haga referencia al arbitraje «ad hoc», olvidándose del arbitraje institucional. Éste último tiene una gran difusión en los países desarrollados que, de igual modo, han atenuado el peligro de la utilización del arbitraje como instrumento del poder económico, con la exigencia de un compromiso específico, y la aceptación de la cláusula compromisoria exclusivamente en tema mercantil además de otras medidas de protección.

La Ley n° 9.099/95, que instituyó los tribunales especiales civiles y penales en Brasil, admite el juicio arbitral, siendo el árbitro elegido por las partes, pudiendo decidir con equidad y sujetando el laudo arbitral a la homologación judicial irrecusable, observándose los requisitos legales.

Por último, después que la función jurisdiccional se hizo exclusiva del Estado, y durante algunos siglos, de determinadas entidades específicas como la justicia feudal y la eclesiástica, el Estado perfeccionó sus instituciones adquiriendo más fuerza y autoridad; creando un órgano especializado para ejercer la función jurisdiccional: el Poder Judicial.

Salvo en algunos casos expresamente autorizados por la ley, el Poder Judicial deja de intervenir para solucionar algún conflicto de

intereses. Esa intervención ocurre por provocación de las partes, o mejor dicho, de una de ellas (autor). En muchos casos, las partes pueden resolver amigablemente sus controversias, prescindiendo de la interferencia estatal vía juez, teniendo la solución toda validez y medios de coerción para las partes. Son los llamados derechos disponibles regulados por normas privadas.

Existen otras situaciones cuyos conflictos no pueden ser solucionados de forma amigable por las partes y dependen de la interferencia estatal vía actividad judicial. Es lo que ocurre con los casos de Derecho de Familia y Público. Son los llamados derechos indisponibles. En el sistema jurídico brasileño, el juicio arbitral sólo se acepta en los casos de derechos disponibles.

Por lo corriente, las partes pueden solucionar sus conflictos de intereses por acto propio, desde que se trate de derecho disponible. Para que exista juicio arbitral con fuerza ejecutiva y debidamente homologada por el juez ordinario competente, es preciso que la ley lo autorice expresamente. Esta autorización legal permite que las partes excluyan del Poder Judicial la apreciación de ciertos conflictos de intereses, desde que respetadas las exigencias legales.

El constituyente brasileño ha dado un gran prestigio al principio consagrado en el art. 5, XXXV de la actual Constitución. Por él, «la ley no podrá excluir de la apreciación del Poder Judicial, ninguna lesión o amenaza a derecho». Y como se sabe, el juicio arbitral sólo puede existir si se excluye de la consideración del Poder Judicial una lesión de algún derecho individual disponible, porque la ley permite o autoriza esa actividad.

Este dispositivo, en nuestro entendimiento, hace con que el arbitraje en Brasil sea inconstitucional, aunque los tribunales digan lo contrario con el argumento de que la decisión arbitral puede ser reexaminada en grado de recurso, donde entonces se le concederá o no el «*exequatur*». Asimismo, en los arbitrajes internacionales con la exigencia del doble «*exequatur*» por parte del Supremo Tribunal Federal brasileño, lo que en realidad se homologaba eran las sentencias judiciales extranjeras de homologación y nunca los laudos arbitrales propiamente dichos. El laudo arbitral, por recibir el «*exequatur*» de un tribunal judicial extranjero, equivale a una decisión judicial que será homologada por el Supremo Tribunal Federal para que tenga validez

en Brasil, si se cumplen los requisitos del orden público brasileño y de comprobación de la citación de la parte demandada ¹.

III. EL PRIMER PROYECTO DE LA LEY ARBITRAL BRASILEÑA

El interés por una utilización más sistemática del arbitraje en Brasil, ha subido en los últimos años, principalmente tras la realización del Seminario sobre Arbitraje Comercial, promovido por el Comité Brasileño de la Cámara de Comercio Internacional de París en Río de Janeiro, en los días 14 y 15 de mayo de 1979.

El primer proyecto de ley representó un gran avance en la sistematización del arbitraje y de él destacaremos sus principales características: a) evitó utilizar la expresión «Juicio Arbitral», para que no se caracterice al arbitraje como un juicio paralelo a la jurisdicción ordinaria; b) utiliza exclusivamente la expresión «cláusula arbitral», para expresar la intención manifestada en el contrato, de solucionar eventuales controversias por medio del arbitraje, y «pacto arbitral» para expresar la institución formal del arbitraje en lugar de las expresiones «cláusula compromisoria», «compromiso», «arbitramiento» y «juicio arbitral» respectivamente, cuyos conceptos son polémicos en la doctrina y en la jurisprudencia brasileñas; c) estimula la transacción en todas las fases del procedimiento arbitral y d) evita al máximo, la interferencia del Poder Judicial en el arbitraje, dispensando incluso la homologación del laudo arbitral y excluyendo cualquier recurso judicial contra la decisión arbitral ².

El proyecto proponía la adopción de una ley especial sobre arbitraje, revocando los dispositivos pertinentes del Código Civil y adaptando las reglas del Código de Proceso Civil a las innovaciones presentadas. Además, atribuye a la cláusula compromisoria, sin ninguna restricción, los mismos efectos del compromiso y crea un arbitraje especial para la determinación de cláusula del negocio jurídico, con el fin de agilizar la realización de las transacciones civiles o mercantiles.

¹ El art. 122 del Reglamento Interno del Supremo Tribunal Federal brasileño, determina que la citación del demandado es una condición indispensable para el reconocimiento de cualquiera sentencia extranjera.

² Silva Soares, «Órgãos das Soluções Extrajudiciárias de Litígios», *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1985, pág. 95.

El proyecto preveía una acción de cumplimiento de estipulación arbitral, para el caso de no aceptación del cumplimiento de la cláusula compromisoria, teniendo la sentencia judicial el valor de compromiso. De esta sentencia sólo cabe el recurso de apelación, sin efecto suspensivo de la ejecución de la sentencia. El proyecto proponía la creación de una ley especial apartada del Código de Proceso Civil y compuesta por 32 artículos, cuando este contiene justos 30 artículos sobre la materia.

El proyecto en cuestión, declaró Porto, en su tiempo, fue la tentativa más liberal, en Brasil, de disciplinar el arbitraje. Sin embargo, la circunstancia de poner la materia en un texto apartado del Código de Proceso Civil, recibió varias críticas por parte de algunos juristas brasileños, que entendían que su contenido debía reemplazar a los artículos codificados ³.

El proyecto declaraba que podrían valerse del arbitraje las personas capaces de contratar, con la finalidad de dirimir las controversias concernientes a derechos patrimoniales, sin ninguna limitación de valor, sobre las cuales la ley admitía transacción. En este punto, no hubo ninguna alteración del artículo 1.072 del Código de Proceso Civil brasileño. Así, podrían utilizar el arbitraje tanto las personas físicas como las jurídicas, de Derecho público o privado y los órganos de la Administración, pero solamente en los llamados actos de gestión, en que contratan con similitud a las personas jurídicas privadas, o sea, sin sus prerrogativas estatales.

En los llamados actos de imperio, por el principio de la indisponibilidad del interés público, no se puede utilizar el arbitraje como medio de solución de controversias, ya que el interés público no puede ser objeto de transacción. No obstante, hay que señalar que el Supremo Tribunal Federal ha reconocido la procedencia de la utilización del arbitraje, incluso en los litigios contra el Estado, como por ejemplo el ya referido Caso Lage.

³ Magalhães, en oficio enviado al Ministro de Justicia el 09/07/1981, afirma que le parece «não ser esse o melhor método a ser seguido, pois mutilar-se-á Código bem estruturado, criando-se lei extravagante, com todos os inconvenientes que as leis esparsas acarretam. Será preferível, salvo melhor juízo de V.Exa., manter a matéria sistematizada no próprio Código, com as inovações do anteprojeto». Citado por Silva Soares, op. cit., pág. 96.

El proyecto daba mucho énfasis a la conciliación, ya que preveía que, en el momento de la adopción del arbitraje, la parte demandante dirigirá a la parte contraria una propuesta de composición amigable, por vía postal, nombrando al mismo tiempo su árbitro. Si la parte contraria acepta la propuesta de conciliación, el litigio terminará por medio de transacción. En caso contrario, nombrará su árbitro y comenzará el arbitraje.

El artículo 17 era uno de los más discutidos, ya que en él se expresaba que el laudo arbitral constituye un título ejecutivo extrajudicial, y que, por eso, el deudor sólo puede alegar, en el recurso judicial que presente, una de las siguientes causas de nulidad: a) que el laudo haya sido dictado por quién no podía ser árbitro; b) que el laudo no contiene los requisitos exigidos por el artículo 16, o sea, el relatorio, la decisión y su fundamentación, el eventual voto divergente, el plazo para cumplimiento del laudo, la fecha y el lugar, y la firma de los árbitros; c) que el laudo haya sido dictado fuera de los límites establecidos en el convenio arbitral; d) que los árbitros no hayan decidido toda la controversia a ellos sometida y e) que la decisión haya sido proferida con prevaricación o corrupción de los árbitros.

El texto inicial del proyecto no incluía el párrafo único del artículo 17. Éste consideraba que, siendo el laudo arbitral un título ejecutivo extrajudicial, el deudor podría defenderse en el proceso judicial alegando todo lo que quisiera para obstaculizar el cumplimiento del laudo, con todos los inconvenientes que esa posibilidad genera. Proponía, entonces, la limitación de la defensa del deudor a cuestiones específicas, por la consideración de que no sería lícito ni tampoco razonable, permitir al deudor defenderse con los mismos argumentos utilizados para los títulos ejecutivos extrajudiciales en general. Así, la defensa de la parte vencida en el arbitraje, se restringe a los cinco puntos mencionados, dos de los cuales, el primero y el último, suspenden la ejecución hasta que sean definitivamente juzgados.

La solución dada por el proyecto al problema de la necesidad de homologación del laudo arbitral, en el Derecho brasileño, resultó en un promedio que intentó respetar el principio constitucional de que la ley no podrá excluir de la apreciación del Poder Judicial ninguna lesión de derecho individual, y el obstáculo que es la necesidad de homologación judicial. Así, se excluye la necesidad de homologación judicial del laudo, pero se permite que el vencido ejerza el derecho de defensa, aunque sin revisión del fondo del litigio.

Esta alteración de la sistemática vigente, presentaba algunos problemas aunque esté destinada a desburocratizar el arbitraje. El primer de estos inconvenientes consiste en limitar la eficacia del laudo a la misma de los títulos ejecutivos extrajudiciales. Con esto, el laudo arbitral no podrá tener la misma validez de una sentencia declaratoria constitutiva y además, no servirá de título para la ejecución de las obligaciones de dar o hacer, para las cuales el Código de Proceso Civil exige título ejecutivo judicial, excepto lo previsto en el artículo 585, II.

Otro inconveniente es dejar en indefinido el procedimiento del juicio de nulidad del laudo, que en la actualidad se realiza con extrema facilidad, en el momento de la homologación judicial. Es verdad que la nulidad podría ser alegada como materia de los embargos a la ejecución, pero aún así continuaría existiendo el mismo problema para los laudos de naturaleza constitutiva o simplemente declaratoria, que no admiten ejecución ⁴.

Otra innovación del proyecto estaba en el Capítulo V, artículos 21 a 26, que tratan de la acción de ejecución de cláusula arbitral. En este capítulo se dispone que, caso una de las partes se niegue a cumplir la cláusula arbitral, la otra parte podrá pedir al juez para que cite a la parte rebelde a que comparezca, en día y hora establecidos, para firmar el convenio arbitral. Si la parte rebelde no comparece o si lo hace, se niega a nombrar su árbitro, funcionará en el arbitraje como árbitro único, él indicado por la parte requeriente. Si la parte rebelde comparece, pero no llega a un acuerdo con el requeriente para terminar el litigio por medio de transacción, o si no aceptan las partes el nombramiento de árbitro único, cada una de ellas indicará el suyo y el juez, el tercero desempatador. Por último, en el caso de que las partes no lleguen a un acuerdo sobre el objeto del arbitraje, el juez ordinario decidirá y su decisión valdrá como instrumento de institución del arbitraje.

De esta forma, se evita el viejo problema del cumplimiento de la obligación de hacer que, de acuerdo con el artículo 644 del Código de Proceso Civil brasileño, no admite ejecución específica, sólo existiendo una coacción indirecta por medio de la imposición de una multa por día de retraso, a partir de la fecha establecida por el juez.

⁴ Citado por Silva Soares, *ibíd.*, pág. 100.

Por fin, merece destaque en el proyecto lo expresado por el artículo 26, que trata del laudo arbitral dictado en el extranjero. Este laudo debe ser autenticado y conformado por el Consulado Brasileño y traducido de forma oficial, para que tenga validez ejecutiva en Brasil. Como el artículo 585, II determina que los títulos ejecutivos extrajudiciales extranjeros no dependen de homologación del Supremo Tribunal Federal, desde que cumplan los requisitos de formación exigidos por el lugar de su celebración, y que indiquen a Brasil como el lugar de cumplimiento de la obligación, el laudo arbitral, en su condición de título ejecutivo extrajudicial, no dependería de la homologación judicial brasileña para su validez.

El texto inicial del proyecto no preveía ese dispositivo, ya que le pareció al Grupo de Trabajo encargado de redactarlo, que el tema se prestaría mejor a la iniciativa de la parte interesada en cambiar la posición de Brasil, en lo concerniente a las convenciones internacionales existentes, teniéndose en cuenta que en Brasil tiene vigor, exclusivamente, el Protocolo de Ginebra de 1923. No obstante, atendiendo a sugerencias presentadas de que se encargara al juez de 1ª instancia de conceder el «exequatur», se decidió ir incluso más lejos, suprimiendo totalmente la necesidad de homologación judicial del laudo arbitral extranjero.

La solución presentada por el proyecto conlleva dispensar una cadena de formalidades exigidas para la ejecución del laudo arbitral extranjero, que antes de la nueva ley arbitral brasileña, debía recibir el «exequatur» por un tribunal judicial en su país de origen para que, tras ser así transformado en sentencia judicial extranjera, pudiera ser homologado por el Presidente del Supremo Tribunal Federal brasileño. El camino es así, largo y penoso, contrastando con la rapidez establecida por el proyecto, sin perjuicio del derecho de defensa.

Este es el contenido, en líneas generales, del proyecto de ley de arbitraje elaborado en 1981, y que nunca fue enviado al Congreso para su aprobación, quizá por presiones de sectores interesados en mantener el monopolio del Poder Judicial sobre la solución de controversias.

El Derecho brasileño, mantenía la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso. Así, tenemos un problema que resolver: él de establecer la cláusula compromisoria para todo el derecho privado con plenitud de efectos, o restringir su utilización exclusivamente a

temas mercantiles. En primer lugar, no se debe aceptar dicha dicotomía. La validez del contrato de arbitraje debe abarcar, al menos, el Derecho Privado y no solamente el Derecho Mercantil, tanto más que se sabe que el Derecho Mercantil y el Derecho Civil, tienen tendencia a fundirse en un sólo código.

Al no existir ninguna razón para la distinción entre obligaciones mercantiles y civiles, se debe optar por el principio según el cual, las nuevas reglas del arbitraje cubren todo el Derecho Privado y incluso el Público, si se cumplen los requisitos propios de ese apartado legal. La actualización consiste principalmente en equiparar la cláusula compromisoria al compromiso, ampliando sus efectos. Para eso habría que modificar el artículo 1.072 del Código de Proceso Civil, para que la cláusula compromisoria sea plenamente eficaz en lo concerniente a los litigios futuros.

Existe una particularidad que necesita ser examinada. Se discute en la doctrina, si se debe adoptar o permitir la inclusión de la cláusula compromisoria, en contratos de adhesión y en las condiciones generales de negocios. Si se permite su inclusión, un gran número de cuestiones estaría alejada del conocimiento del Poder Judicial, sin que las partes tuvieran conocimiento real de ello, ya que en los contratos de adhesión casi nunca se presta atención a las cláusulas en él incluidas.

Por esa razón y para evitar daños resultantes de ese comercio a gran escala, se debería excluir expresamente la posibilidad de inclusión de esas cláusulas, en los contratos de adhesión y en las condiciones generales de negocios. Así, tendríamos una solución semejante al Derecho francés actual, que exige una cierta igualdad entre las partes para que la cláusula compromisoria pueda producir sus efectos.

IV. EL SEGUNDO PROYECTO DE LEY DE ARBITRAJE BRASILEÑA (1988)

Como ya se ha dicho, el anterior proyecto de ley de arbitraje ni siquiera llegó a ser enviado al Congreso Nacional para su aprobación, pero en 1988, el entonces Ministro de Justicia brasileño envió al Presidente de la República un anteproyecto de ley que alteraba la ley procesal en lo que concierne al arbitraje, por extraño que pueda parecer, ya que el primer proyecto no había sido rechazado ni tampoco

desechado, pero sí ¡simplemente olvidado! Este segundo anteproyecto fue elaborado con base en el anterior proyecto.

Una de las innovaciones del anteproyecto, consistía en la admisión del llamado «arbitraje de determinación contractual», previsto en el artículo 1º, II y III, reglamentado por los artículos 27 y 31 del anteproyecto. Esta modalidad de arbitraje busca agilizar las negociaciones, que puedan ser consideradas concluidas aunque les falte una determinación de hecho, que demandaría un considerable espacio de tiempo para que se produjera. Es lo que ocurre por ejemplo, en las complejas evaluaciones patrimoniales para la alienación de empresas, con reflejos en la determinación del precio de venta. En el comercio internacional, sobre todo en «commodities», el arbitraje de calidad tiene amplia utilización por su carácter estrictamente técnico y no propiamente jurídico ⁵.

El reconocimiento legal de esa modalidad de arbitraje de derecho interno, representará un punto de agilización y seguridad en la celebración de negocios jurídicos, cuyos efectos muchas veces trascienden los intereses patrimoniales de las partes para reflejarse en la vida económica y social del país.

Se buscó alcanzar en el anteproyecto, la exacta configuración de cada una de las modalidades de arbitraje que en él se contemplan, expresándolas en la estipulación del arbitraje (Cap. I), en la institución del arbitraje (Cap. II), los árbitros (Cap. III), el procedimiento arbitral (Cap. IV), el laudo arbitral (Cap. V), la acción de cumplimiento de estipulación arbitral (Cap. VI), el arbitraje de determinación contractual (Cap. VII) y el laudo arbitral dictado en el extranjero (Cap. VIII).

En la estipulación del arbitraje, el anteproyecto contemplaba tres posibilidades distintas: a) cláusula arbitral incorporada en el contrato, con la exclusiva finalidad de solucionar las cuestiones resultantes de su cumplimiento (párrafo único del art. 1º y art. 2º); b) utilización del arbitraje, sin que exista un contrato previo donde figure la cláusula arbitral (párrafo único del art. 2º y art. 3º) y c) utilización del arbitraje en el curso de procedimiento judicial (art. 4º).

⁵ David, *L'Arbitrage dans le Commerce International*, Economica, París, 1982, pág. 36.

El anteproyecto reglamenta el juicio arbitral presente en los artículos 1.074 y 1.075 del Código de Proceso Civil. En él se incluye la facultad de indicación, por las partes, de la ley nacional aplicable al arbitraje (art. 6º,VII) y la adopción de reglas corporativas o legales, aplicables a la ley nacional (art. 6º,VIII). Se permite también a las partes, la posibilidad de delegación a una institución especializada de la atribución para el nombramiento de los árbitros (art. 6º,XIII). Por tanto, se determinan reglas dispositivas u obligatorias que, una vez utilizadas, tendrán igualmente carácter vinculante para las partes.

El anteproyecto atribuye al laudo arbitral el carácter de título ejecutivo extrajudicial, donde la proposición de eventual recurso no tendrá efecto suspensivo de la ejecución (art. 20). Por medio de medidas como ésta, se ha intentado fortalecer, hasta donde sea posible, la validez del laudo arbitral tanto en el campo del derecho material como en el procesal.

Confiere además el anteproyecto, a la acción de cumplimiento de la estipulación arbitral, una naturaleza lo más posible sumaria, por medio de citación del demandado para que se persone ante el tribunal, donde se le oirá en conjunto con el demandante (arts. 21, 22 y 23). No compareciendo el demandado o caso se niegue a designar su árbitro, se instituirá el arbitraje funcionando como árbitro único, él indicado por el demandante (art. 23,2º). Si existe acuerdo, se instituirá el arbitraje por término en el auto (art. 24). Si el demandante rehusa aceptar el arbitraje, el juez ordinario adoptará en el procedimiento, la forma prevista por la legislación que regula el «Juicio de Pequeñas Causas» (art. 24), con el fin de proporcionar una mayor rapidez a la acción propuesta ⁶. Con la adopción de los principios de oralidad y de inmediatez, se ha buscado conferir la máxima eficacia al convenio arbitral.

⁶ El «Juicio de Pequeñas Causas» ha sido una creación del Derecho procesal brasileño para agilizar el enjuiciamiento de pequeñas causas, de acuerdo con el baremo establecido. Éstas son juzgadas sin apenas formalidades legales, sin la necesidad de abogado ni tampoco de juez togado. Este tribunal especial, órgano del Poder Judiciario, fue creado por la Ley nº 7.244, de 07/11/1984. Juzga causas con valor hasta 20 salarios mínimos, y sus jueces deben ser abogados (árbitros), Licenciados en Derecho (conciliadores) o jueces ordinarios. Solamente las personas físicas capases, mayores de 18 años, pueden ser partes en este tribunal especial.

El arbitraje de determinación contractual, previsto en el artículo 1º, II y III del anteproyecto, ha merecido un capítulo específico donde se estipula que el arbitraje, en estos casos, representa un procedimiento material de ejecución de los contratos, dichos perfectos y acabados, a partir de la fecha de su celebración (art. 28). Se ha previsto todavía, que en el caso de determinaciones cuantitativas de prestaciones contractuales, prevalece en caso de divergencia entre los árbitros y en el silencio del contrato, el promedio matemático de los valores encontrados por todos los árbitros (art. 30).

En la reglamentación de esa modalidad de arbitraje, se ha adoptado una postura pragmática, evitándose el exagerado dogmatismo del Derecho alemán (arts. 317 y 318 del BGB), que adopta la solución de admitir la no aceptación del laudo por las partes, si la decisión adoptada por los árbitros es «evidentemente inicua» (art. 319 del BGB). Esta hipótesis sería siempre una fuente de dudas en el sistema adoptado por el Derecho brasileño. En la sistematización del arbitraje de determinación contractual, se ha llevado en cuenta soluciones legislativas de otros países, como es el caso del «arbitrato non rituale» del Derecho italiano, también llamado de impropio por contraste con el regulado por el artículo 806 de la ley procesal civil italiana ⁷.

Por fin, en el anteproyecto, se ha buscado reformar los dispositivos del Código de Proceso Civil que tratan del juicio arbitral, para adecuarlo a la nueva disciplina propuesta, con excepción de los negocios jurídicos celebrados antes de la vigencia de la eventual nueva ley que continuarán a ser regidos por la normativa anterior, a criterio de las partes. Se le atribuye en este punto, los efectos de ultra actividad (arts. 33 y 35). Por otro lado, se mantiene la modalidad de arbitraje instituido por la ley de creación del «Juicio de Pequeñas Causas» (art. 34).

Podemos señalar que la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral fue el verdadero problema del arbitraje en Brasil. Esta cuestión fue solucionada a contento por el anterior proyecto, que se limitaba a hablar en cláusula arbitral, permitiendo la ejecución específica de la disposición, en caso de omisión de cualquiera de las partes en la indicación del árbitro. El nuevo anteproyecto vuelve atrás y de nuevo exige la referencia al objeto del litigio,

⁷ Schizzerotto, *Dell'Arbitrato*, Giuffrè, Milano, 1982, pág. 247.

como requisito de validez de la cláusula compromisoria y del compromiso. Mantiene así el nuevo anteproyecto la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral, distinción que ha sido eliminada de casi toda la doctrina internacional, por ser de escaso valor científico y insignificante utilización práctica.

La atribución de competencia al árbitro para decretar medidas provisionales, en el nuevo anteproyecto, ha merecido críticas por parte de algunos juristas que, en sus sugerencias, dicen que no se puede rebajar al Poder Judicial con el arbitraje. No tiene ningún sentido admitir, dicen, que el árbitro pueda, por ejemplo, decretar algunas medidas cautelares y después, sencillamente, comunicar al juez que debe ejecutarlas. El juez no es secretario del árbitro, encargado de la tarea burocrática de expender órdenes de ejecución de arrestos, secuestros de bienes, etc..

El arbitraje es una forma alternativa de solución de controversias, pero no es superior jerárquico del Poder Judicial. El árbitro no puede imponer sus decisiones al juez estatal, por la sencilla razón de que los límites del equivalente jurisdiccional, son idénticos a los de la transacción, forma de evitar o componer el litigio por concesiones recíprocas, lo que no tiene nada que ver con la concesión de medidas cautelares.

V. LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE BRASILEÑA (LEY 9.307/1996)

La Ley nº 9.307/96 dispone acerca del arbitraje, regulando incluso el reconocimiento y ejecución en Brasil, de los laudos arbitrales extranjeros, revocando dispositivos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Podemos destacar como sus avances, dentro de la sistemática anterior brasileña, el arbitraje institucional por medio de un órgano específico; la cláusula compromisoria con ejecución específica, o sea, el compromiso de solución del litigio por medio de arbitraje, sin que de él puedan las partes alejarse; la «lex mercatoria», como fuente posible de solución de litigios, desde que las partes así lo elijan, segundo las prácticas internacionales del comercio, sin recurrir a legislaciones nacionales; la homologación directa del Supremo Tribunal Federal de los laudos arbitrales extranjeros sin los obstáculos existentes en la actualidad.

La legislación brasileña, hasta ahora mantenía la cláusula compromisoria como obligación de hacer, no admitiendo ejecución espe-

cífica y resolviéndose en daños y perjuicios. Este entendimiento era valedero, tanto para los contratos internos como para los internacionales, aplicables en Brasil; haciendo con que el arbitraje fuese poco utilizado y casi desconocido.

En este punto, se reconoce la primera y fundamental innovación de la ley, haciendo con que la legislación brasileña sea compatible con la práctica arbitral internacional, o sea, se entiende como convención arbitral, tanto la cláusula compromisoria como el compromiso arbitral.

Emplazado este principio, la ley hace con que la cláusula compromisoria tenga ejecución específica, o sea, caso ésta cláusula no establezca la forma para la realización del arbitraje y caso exista resistencia para la celebración del compromiso y la institución del juicio arbitral, la parte interesada podrá ingresar en juicio para obtener una sentencia judicial contra la parte contraria, como sustituto de su declaración de voluntad, instituyendo además el arbitraje y valiendo como compromiso arbitral. No obstante, en el caso de resistencia al arbitraje por la otra parte, podrá la parte interesada proponer la correspondiente demanda judicial para satisfacción de su derecho, prefiriendo así la vía judicial directa al arbitraje.

De otra parte, en el caso de que en la propia cláusula compromisoria consten las reglas arbitrales de algún órgano arbitral institucional, el arbitraje será instituido según estas mismas reglas. Lo mismo ocurrirá en el caso de que las partes establezcan en la propia cláusula compromisoria, o en algún otro documento, la forma convencionada para la institución del arbitraje.

El art. 7 de la ley determina la institución del arbitraje por determinación judicial, cuando una de las partes rehusa la celebración del compromiso arbitral, no pudiendo el juez determinar la solución del litigio por reglas que no sean las de derecho, sino en el caso de que la cláusula compromisoria expresamente así lo determine. No es razonable que, si las propias partes no optaron en la cláusula compromisoria por la solución del litigio fuera de las reglas de derecho, por ejemplo por equidad, el juez así lo determine.

De la decisión que juzgue procedente la demanda, cabe recurso de apelación, con efecto de reenvío solamente (art. 42), lo que impide procrastinaciones en el comienzo del arbitraje.

En los contratos de adhesión, la cláusula compromisoria sólo tendrá eficacia, si el adherente toma la iniciativa de instituir el arbitraje, o caso concuerde expresamente con ese hecho (art. 4). Es una norma que obedece al principio que inspiró el Código del Consumidor brasileño, con protección al hiposuficiente, tal es el caso del adherente en el contrato de adhesión.

El art. 41 de la ley, adapta los dispositivos del Código de Proceso Civil, en los que exista una referencia al compromiso arbitral, a la nueva conceptualización legal donde la cláusula compromisoria esté abarcada por la convención arbitral. Los requisitos del compromiso arbitral, obligatorios o facultativos, están previstos respectivamente en los arts. 10 y 11 y la extinción del compromiso en el art. 12.

Solamente las personas capaces de contratar podrán utilizarse del arbitraje, y éste sólo podrá ser elegido para dirimir litigios concernientes a derechos patrimoniales disponibles. Con anterioridad, cuando regía el arbitraje, el Código de Proceso Civil lo contemplaba como vía de solución de conflictos, exclusivamente aplicable a los derechos patrimoniales sobre los cuales la ley admita la transacción. Así, el art. 1.035 del Código Civil brasileño solo admite la transacción en derechos patrimoniales de carácter privado, lo que no corresponde a la realidad, ya que existen derechos patrimoniales privados que no pueden ser objeto de transacción (derecho patrimoniales de incapaces, por ejemplo).

Derechos indisponibles, a título de aclaración, son aquellos contemplados en normas coactivas, de cuyo imperio las partes no pueden escapar; al revés, los disponibles están previstos en normas dispositivas, a las que las partes no están obligadas. Además, si una de las partes es persona jurídica de derecho público, la utilización del arbitraje está prohibida; pues el interés público en juego es de carácter indisponible.

El arbitraje puede ser de derecho o de equidad, pero la ley arbitral es omisa en lo que concierne al hecho de que las partes callen a ese respecto, no indicando si el juicio del fondo de la cuestión se hará por las reglas de derecho o por equidad. Es verdad que el párrafo 1º, del art. 2º de la ley, dispone que las partes podrán elegir libremente las reglas de derecho que serán aplicadas al arbitraje, desde que no haya violación a las buenas costumbres y al orden público. Además, podrán también las partes pactar que el arbitraje se realice con base

en los principios generales del derecho, en los usos y costumbres y en las reglas internacionales mercantiles. De todos modos, caso las partes no opten expresamente por la equidad, el arbitraje se realizará según las reglas de derecho.

En este punto, hay que hacer dos observaciones pertinentes: autorizado a decidir la cuestión por equidad, el árbitro se conducirá por su libre arbitrio, dictando la decisión según su conciencia y imponiendo la norma caso legislador fuese, o sea, resolviendo la cuestión «ex bono et aequo». Al prever la ley que el árbitro, autorizado por las partes, pueda dictar decisión fundándose en las reglas internacionales mercantiles, consagra en el derecho brasileño la «lex mercatoria», desvinculada de las legislaciones nacionales, incluso la brasileña, fruto exclusivo de la constante práctica mercantil y financiera internacional, haciendo con que, mismo en el procedimiento arbitral desarrollado en Brasil y siendo brasileña una o ambas partes, la solución del litigio se hará según la dicha «lex mercatoria».

El art. 1.074,II del Código de Proceso Civil brasileño, decía que en el compromiso arbitral constarían los nombres, profesión y domicilio de los árbitros y de sus sustitutos, en caso de falta o impedimento. Así, la doctrina entendía que las personas jurídicas no podrían ser árbitros, ya que su indicación sería incompatible con la confianza personal de las partes.

La nueva ley arbitral brasileña, permite que el árbitro sea tanto persona física como jurídica (entidad constituida con fines arbitrales), dándole el nombre de tribunal arbitral (art. 5 y art. 13, párrafos 3, 5 y 7). En otras palabras, antes de la nueva ley arbitral, sólo había posibilidad del arbitraje «ad hoc» y ahora, se permite además, la constitución de tribunales arbitrales institucionales, adrede constituidos y con árbitros y reglas arbitrales preexistentes a los litigios. Esta era precisamente, una de las principales razones de la falta de difusión en Brasil del arbitraje como vía de solución de litigios, lo que también significa colocar el país según las reglas del comercio internacional, que recurre al arbitraje institucional para la solución de las controversias.

En el supuesto de que el convenio arbitral no contemple quienes deban ser los árbitros o el tribunal arbitral, y caso las partes no lleguen a un acuerdo sobre tal, el órgano judicial a quien le correspondiera juzgar la causa, nombrará, a pedido de una de las partes, el

árbitro, según el procedimiento establecido por el art. 7 de la ley para la institución judicial del arbitraje, en lo que cabe (párrafo 2º del art. 13).

V.1. *EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL*

Como ya ocurría con la legislación hasta ahora vigente, la nueva ley arbitral (art. 21) determina que el arbitraje obedecerá al procedimiento previsto por las partes en el convenio respectivo, y este por su parte, podrá reportarse a las reglas de un órgano arbitral institucional, facultándose todavía a las partes, delegar al árbitro o al tribunal arbitral, la regulación del procedimiento. En el supuesto de que no haya tal estipulación, cabe al árbitro o al tribunal arbitral su disciplina (párrafo 1º del art. 21).

De cualquier modo, sea el procedimiento pactado por las partes o el determinado por el árbitro, siempre serán respetados los principios del contradictorio o de la amplia defensa, de igualdad de las partes, de la imparcialidad del árbitro y su libre convencimiento, bajo pena de nulidad del laudo arbitral (párrafo 1º del art. 21).

Dice el art. 25 de la ley:

«Sobrevindo no caso 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».

No apartándose de la legislación hasta ahora vigente en Brasil, la nueva ley determina (párrafo 4º del art. 22) que en habiendo necesidad de medidas coercitivas o cautelares, los árbitros o el tribunal arbitral podrán solicitarlas al órgano del Poder Judicial originariamente competente para juzgar la causa. Se justifica lo dispuesto, porque no se puede concebir que el tribunal arbitral ejerza una actividad jurisdiccional fuera del Estado, imponiendo medidas que conlleven a coerciones patrimoniales y hasta físicas. El procedimiento arbitral

tiene carácter conciliador; habiendo acuerdo entre las partes, se debe hacer constar eses hecho en el laudo arbitral.

V.2. EL LAUDO ARBITRAL O LA SENTENCIA ARBITRAL

La ley da el nombre de «sentencia arbitral» al laudo arbitral, que era la anterior denominación en la legislación revocada. Esto pasaba porque el art. 1.079 de la Ley de Enjuiciamiento Civil brasileña, decía que la decisión de los árbitros sólo produciría efectos de sentencia judicial después de homologada por la justicia estatal. Así, la decisión arbitral no tenía poder ejecutorio sin el visto bueno del Poder Judicial, y así, no pasaba de un simple «laudo arbitral», término que en Brasil no tenía el mismo significado que en el resto del mundo.

Ahora, con la nueva ley arbitral brasileña, el laudo arbitral tiene carácter de sentencia judicial, produciendo entre las partes y sus sucesores los mismos efectos de la sentencia dictada por el Poder Judicial y, en caso condenatorio, constituye título ejecutivo judicial (arts. 18 y 31). Así, según la óptica brasileña, deja de ser «laudo arbitral» y pasa a ser «sentencia arbitral». Además, la ley determina que los requisitos de la laudo arbitral, sean los mismos de la sentencia judicial, incluso en lo que concierne a sus fundamentos, que deben constar expresamente.

No obstante, adoptaremos la sistemática internacional y seguiremos llamando a la decisión arbitral de «laudo arbitral» al revés de «sentencia arbitral», como es el caso brasileño.

V.3. HOMOLOGACIÓN Y RECURSOS DEL LAUDO ARBITRAL

Innovando en la legislación brasileña, la nueva ley arbitral determina que el laudo arbitral no está sujeto a la homologación del Poder Judicial, como anteriormente si estaba, ya que era la homologación judicial quien atribuía al laudo arbitral los mismos efectos de la sentencia dictada por la justicia estatal.

La regla general era de que la sentencia homologatoria del laudo arbitral era recurrible para instancia superior, mismo que el compromiso arbitral tuviera insertada una cláusula «sin recurso» y estipulara una pena convencional para la parte insumisa. Por la nueva ley, el

laudo arbitral es irrecurrible (art. 18). Sin embargo, no se debe confundir la inexistencia de recurso con el ingreso a juicio con una acción de procedimiento común, prevista en el párrafo 2º del art. 20 y en el art. 33), con objetivo de alcanzar la nulidad del laudo arbitral.

En Brasil se discute si del laudo arbitral cabe acción rescisoria. Entendemos que sí, ya que en primer lugar, la acción rescisoria no es un recurso y por eso, está fuera del alcance de la ley que determina no haber recurso para la justicia estatal del laudo arbitral. En segundo lugar, la ley confiere al laudo arbitral los mismos efectos de la sentencia dictada por los órganos del Poder Judiciario (art. 31). Así, si de la sentencia de fondo dictada por el Estado en el ejercicio de su función jurisdiccional cabe la acción rescisoria, escaparía a la lógica de lo razonable entenderse lo contrario, en lo que concierne a la sentencia que, como el laudo arbitral, sea dictada fuera de la actividad jurisdiccional del Estado, y así también es de fondo.

La demanda de nulidad del laudo arbitral será presentada al órgano del Poder Judiciario competente, según el procedimiento común previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y debe ser propuesta en el plazo de hasta noventa días después del recibimiento de la notificación del laudo arbitral o de su aditamento (párrafo 1º del art. 33), siendo este plazo decadencial.

Por ocasión de la ejecución judicial del laudo arbitral condenatorio, podrá ser levantada su nulidad (párrafo 3º del art. 33). Por la sistemática de la nueva ley, se puede afirmar que la presentación de una demanda de anulación del laudo arbitral, no obsta a que se empiece su ejecución, pues no hay ninguna previsión en la ley en este sentido.

Lo mismo ocurre con los efectos de la presentación de un recurso de apelación, según lo previsto en la ley procesal civil brasileña, de la sentencia judicial que declare la nulidad del laudo arbitral. Serán los normales, porque la decisión definitiva de la nulidad del laudo arbitral conllevará la imposibilidad de su ejecución. En este caso, la parte recurrente quedará impedida de ingresar con una acción directa en la justicia estatal, queriendo la solución de la controversia objeto del laudo arbitral anulado, mientras no sea juzgado el recurso por la instancia superior.

No obstante, de la decisión judicial que juzgue definitivamente la acción de nulidad del laudo arbitral, no cabe acción rescisoria, ya que

la primera no puede apreciar el fondo de la cuestión, que es el objeto de la segunda. En el supuesto de que la nulidad del laudo arbitral, establecida en acción específica, tenga como causa cualquiera de las contempladas en el art. 32 (III, IV y V) de la nueva ley arbitral⁸, el juez dictaminará que el árbitro o tribunal arbitral hagan nuevo laudo arbitral.

V.4. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ÁRBITROS

La ley comete a los árbitros una importante función social de juzgar, la misma atribuida a los miembros del Poder Judicial, solo que los primeros ejercen actividad jurisdiccional fuera del Estado, mientras que los segundos ejercen actividad jurisdiccional estatal; sin embargo, las decisiones de ambos están equiparadas legalmente. Tanto es así, que el fondo de los laudos arbitrales son irrecurribles, al paso que las decisiones de los jueces estatales, como regla general, están sujetas a recurso. Además, los jueces estatales están sujetos a fiscalización y los árbitros no.

Así, aquellas conductas de los jueces que vayan en contra de la estabilidad social, son castigadas de la misma forma en el supuesto de que sean practicadas por los árbitros en el ejercicio de sus cometidos, con los tipos penales previstos en la legislación (art. 17). Dicho de otra manera, los árbitros son equiparables a los jueces estatales en el desempeño de sus funciones, para fines de sanción penal por faltas en su cometido.

V.5. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS

La nueva ley arbitral brasileña reserva todo el Capítulo VI, al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros (o

⁸ 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 (la nueva ley arbitral brasileña utiliza la misma terminología de la legislación portuguesa); 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, parágrafo 2º, desta lei».

«sentencias arbitrales extranjeras», según la terminología adoptada por la ley), lo que ya es una innovación, si consideramos que la legislación anterior era totalmente omisa a ese respecto, además de no permitir ese reconocimiento.

El laudo arbitral extranjero es definido por la ley (párrafo 1º del art. 34), como siendo él que haya sido dictado fuera de Brasil. Prescribe el «caput» del art. 34, que el laudo arbitral extranjero será reconocido en Brasil según los tratados internacionales por él suscritos, y en su falta, según los términos de la ley.

Exige la ley (art. 35) que para ser reconocido o ejecutado en Brasil el laudo arbitral, éste debe ser previamente homologado por el Supremo Tribunal Federal que, de su parte, venía denegando esta homologación a laudos arbitrales extranjeros que no tuviesen el «*exequatur*» en su país de origen ⁹. Así, en el supuesto de que el laudo arbitral hubiese sido dictado en un país en que no sea necesaria la homologación para su ejecución (España por ejemplo), se hacía inexecutable en Brasil.

Ahora, con la equiparación de los laudos arbitrales a las sentencias dictadas por los jueces estatales (art. 31), los laudos arbitrales extranjeros, incluso los dispensados de previa homologación por el tribunal estatal del país de origen, podrán ser homologados por el Supremo Tribunal Federal brasileño.

Por supuesto, por la reciprocidad que debe presidir las relaciones internacionales, cuando la legislación interna del país extranjero exija la homologación de sus laudos arbitrales, éste solo podrán ser homologados por el Supremo Tribunal Federal brasileño si estuvieren acompañados del «*exequatur*» de su país de origen.

Contra la homologación del laudo arbitral extranjero, existen las defensas previstas en el art. 38, I a VI, de la nueva ley arbitral brasileña. Así, será denegada la homologación del laudo arbitral extranjero por el Supremo Tribunal Federal brasileño, cuando el reo demuestre

⁹ Según el art. 102, I, «h» de la Constitución Federal brasileña, solamente las sentencias dictadas por tribunales estatales extranjeros pueden ser homologadas por el Supremo Tribunal Federal y no los laudos arbitrales extranjeros.

que las partes en la convención de arbitraje eran incapaces, siendo el criterio de incapacidad determinado por la ley civil del respectivo país.

Así, estará protegido el reo que tenga domicilio en Brasil, y que en la época de la firma del convenio arbitral era incapaz. Con efecto, no se justifica que la persona domiciliada en Brasil u incapaz, según la ley brasileña vigente en la época del convenio, celebre convención de arbitraje en el extranjero y la sentencia respectiva pueda producir efectos en Brasil.

Por el contrario, el reo domiciliado en un país extranjero, mismo brasileño, pero con plena capacidad según la ley del país de su domicilio a la época del convenio, no será beneficiado por el art. 38 ya que será considerado incapaz por la ley brasileña.

Por último, rechazadas las defensas presentadas por el reo, por el Supremo Tribunal Federal brasileño, aquel no podrá renovarlas, mismo en acción de nulidad.

VI. CONCLUSIÓN

La idea de que una controversia económica puede ser resuelta alejada de los tribunales estatales, rápidamente y sin costos especiales, es ahora una realidad en Brasil, con la promulgación de la Ley 9.307/96. Sin embargo, sigue existiendo una gran desconfianza en el país por este instituto liberal, que se opone a una predominante y total actuación de la justicia brasileña.

Tal es la tradición jurisdiccionalista que impera en la sociedad brasileña, mantenida por presiones de la justicia estatal contraria a un medio alternativo de hacer justicia, que solamente ahora los estudiantes de los cursos jurídicos reciben clases de medios alternativos de solucionar las controversias de derecho disponible. Solamente de dos años hasta ahora, la legislación brasileña ha empezado a ser adecuada para la utilización del arbitraje en Brasil.

Así, Brasil empieza a andar a gatas en la aplicación de lo que será la justicia del futuro, presionado en gran medida por la necesidad de abrir sus puertas a los demás países del mundo que, de su parte, ya

utilizan de a mucho el arbitraje. La necesidad económica ha resultado más fuerte, que la necesidad de modernizar la legislación.

Con la implantación de la Ley n° 9.307/96, Brasil ingresa en el club de los países más desarrollados en el tema de la solución de controversias, con una ley arbitral moderna, pese a algunas deficiencias y lagunas, pero esta nueva ley arbitral, o mejor diríamos la primera ley arbitral realmente existente en Brasil, no deja de ser un gran avance para un sistema que era primitivo, ineficaz y principalmente, desconocido de gran parte de la sociedad brasileña.

Por último, seguimos pensando que el arbitraje en Brasil es inconstitucional, a par de la nueva ley, ya que el art. 5, XXXV de la Constitución Federal brasileña no permite el alejamiento de la justicia estatal para la solución de controversias, como ya mencionado a principio, pero este es otro tema.