



PROCESO ARBITRAL: FORMACIÓN DEL TRIBUNAL E INSTRUCCIÓN PROCESAL

GONZALEZ, Ewerton Zeydir¹, DENDASCK, Carla², SILVA, Adonias Osias³

GONZALEZ, Ewerton Zeydir, DENDASCK, Carla, SILVA, Adonias Osias. **Proceso arbitral: formación del tribunal e instrucción procesal.** Revista Científica Multidisciplinaria Núcleo do Conhecimento. Vol, 01, Ed. 03, Year. 01, March 2016, pp. 68-97. ISSN: 2448-0959, Access link: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/ley/proceso-arbitral>, DOI: 10.32749/nucleodoconhecimento.com.br/ley/proceso-arbitral

RESUMEN

La arbitraje es uno de los medios de resolución de conflictos previstos por la ley que retira del Poder Judicial la primacía para decidir disputas entre personas, naturales o jurídicas, dejando la función de resolver la cuestión en manos de un tercero elegido libremente por las partes. Para ello, debe instituirse el procedimiento arbitral, que depende del acuerdo de voluntades entre las partes, siempre que sean capaces, y el objeto a someter a este tipo de resolución debe ser un derecho disponible. A través de la convención arbitral, que puede ser acordada mediante una cláusula o un compromiso arbitral, las partes pueden definir los procedimientos que regirán el arbitraje y guiarán la actuación de los árbitros. En caso de que las partes no definan estos procedimientos, pueden adherirse a las reglas de la institución arbitral elegida para llevar a cabo el arbitraje o dejar que los árbitros definan los procedimientos. Es importante destacar que, a pesar de la libertad otorgada a las partes, no podrán, según la previsión legal expresa, eliminar el contradictorio y la amplia defensa. Con el fin de permitir un mejor conocimiento del proceso arbitral, este trabajo tiene la intención de recorrer todas sus etapas, desde los principios jurídicos que lo rodean, evaluando las recientes modificaciones legislativas, pasando por la institución del procedimiento arbitral y por los actos que involucran la instrucción y el fallo.

Palabras clave: Arbitraje, Proceso arbitral, Procedimientos, Formación del tribunal arbitral, Instrucción procesal, Medios extrajudiciales de resolución de conflictos.

INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene como objetivo ofrecer a los operadores del derecho una visión sobre la institución de la arbitraje y los procedimientos propios que regulan el proceso



arbitral. Presentaremos los principios que deben seguir aquellos que pretendan utilizar la arbitraje o participar en ella.

La institución del procedimiento arbitral es, ante todo, una opción de las partes que buscan una forma alternativa y más efectiva de resolver posibles disputas existentes entre ellas, sin la necesidad de someter el asunto a la apreciación del Poder Judicial.

Las partes podrán, de común acuerdo, decidir cómo se llevará a cabo el proceso arbitral, pudiendo establecer ritos y procedimientos que satisfagan sus intereses. Sin embargo, nunca podrán, incluso bajo el argumento de la autonomía de la voluntad, suprimir el derecho al contradictorio y a la amplia defensa.

Además, deberán prestar atención a los principios propios de la arbitraje, como el de la competencia-competencia, que otorga a los árbitros la autonomía necesaria para decidir por sí mismos sobre la definición de su competencia para evaluar la cuestión existente entre las partes que elijan este procedimiento.

Las partes que opten por esta herramienta extrajudicial de resolución de conflictos, y sus representantes legales, deberán conocer los momentos en que deberán presentar impugnaciones relativas a la incompetencia, sospecha e impedimento del árbitro, así como la eventual nulidad de la cláusula arbitral, bajo pena de preclusión del derecho de utilizar esta objeción.

Además, se examinarán las cuestiones relativas a la instrucción procesal, en particular las relacionadas con la audiencia de partes y testigos, así como la autonomía conferida a los árbitros sobre este tema, ya que pueden decidir por sí mismos la realización de ciertas pruebas, incluso si no son solicitadas por ninguna de las partes, ya que dependerán de ello para formar su libre convicción y poder fundamentar sus decisiones.

LA ARBITRAJE

La coexistencia entre personas y su búsqueda de bienes y derechos trae consigo un conflicto, ya que estos no existen en cantidad y forma suficientes para satisfacer a



todos. Debido a esto, y debido a la disputa, ya sea por necesidad o por el simple hecho de ser poseedor de bienes y derechos, o incluso por la divergencia en la interpretación de lo que es debido de uno a otro, surgen los conflictos.

Cuando surgen los conflictos, la sociedad moderna y democrática ha decidido, a través de la evolución de las costumbres y las normas, atribuir al Estado el poder y el deber de resolver los conflictos entre las personas a través del Poder Judicial.

La avalancha de personas, ya sean naturales o jurídicas, hacia el Poder Judicial, llevando a este ente toda la gama de conflictos posibles e imaginables, ya sea en el ámbito civil, comercial, familiar, penal, político, tributario, laboral, etc., ha provocado una sobrecarga de procesos, lo que ha llevado a que, en diversas áreas del derecho, los procesos tengan un trámite lento y las decisiones se dicten muchas veces hasta décadas después de su presentación.

Además de la inseguridad jurídica, propia de la incertidumbre de alcanzar el bien de la vida buscado a través del proceso judicial, la demora en el pronunciamiento jurisdiccional genera una profunda incertidumbre y angustia en los justiciables, ya que no tienen la certeza de que verán, si es que lo hacen, una decisión para el conflicto que someten a los jueces togados.

No fue por esto que el maestro Rui Barbosa profesó en su "Oração aos Moços" de 1920:

"Pero justicia tardía no es justicia, sino injusticia calificada y manifiesta. Porque la dilación ilegal en manos del juzgador contradice el derecho escrito de las partes y, así, las perjudica en el patrimonio, honor y libertad. Los jueces tardíos son culpables, y su culpa se triplica con el terrible agravante de que el perjudicado no tiene medios para reaccionar contra el delincuente poderoso, en cuyas manos yace el destino del litigio pendiente."

No es de extrañar que la búsqueda de medios no judiciales de resolución de conflictos esté tomando fuerza, con la valorización de la conciliación, la mediación y también la arbitraje, retirando, cuando es posible, de las manos del Poder Judicial la competencia



exclusiva para conocer la ley y aplicar el derecho (*narra mihi factum dabo tibi ius*) (Traducción: Cuéntame los hechos y te daré el derecho).

Una de estas formas extrajudiciales, la arbitraje, se ha mostrado como una alternativa bastante viable, especialmente cuando se busca una solución rápida, dictada por profesionales de reconocida competencia y, sobre todo, de elección libre de las partes. Esto hace que, en la mayoría de las ocasiones, se sometan a este pronunciamiento extrajudicial y cumplan rápidamente con lo decidido, conformándose con la solución dada.

BREVE HISTÓRICO

La arbitraje no es una forma reciente de solución de conflictos, ya que, aunque no estaba institucionalizada, se utilizaba en la Antigüedad y en la Edad Media, como señala Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme (2012:32), citando a Platón, quien aludiría al hecho de que la decisión dada por los jueces elegidos por las partes sería la forma más justa:

La arbitraje es una de las formas más antiguas de resolver controversias en el mundo. Fue utilizada en la Antigüedad y en la Edad Media, ya que representaba un camino seguro para evitar un conflicto bélico, especialmente en la esfera del Derecho Internacional Público. En otros campos del Derecho, se puede afirmar que la resolución de conflictos a través de árbitros ha sido utilizada durante muchos años, ya que el propio Platón escribió sobre jueces elegidos como la forma más justa de decisión.

Inclusive en Brasil, la arbitraje no es algo nuevo, habiendo informes de su previsión en la Constitución del Imperio de 1824, que la prescribía en su artículo 160. Aunque no todas las Constituciones patrias siguientes la hayan mantenido expresamente, la previsión de este instituto en la legislación infraconstitucional aún se ha destacado. Ejemplos de esto son el Decreto 3.084, de 5.11.1898, y los Códigos de Proceso Civil de 1939 y 1973.



La propia Constitución Federal de 1988 hizo referencia expresa a esta forma de solución de conflictos al prever la posibilidad de su utilización en cuestiones laborales. Veamos la redacción original del artículo 114 y de sus párrafos primero y segundo:

Art. 114. Compete a la Justicia del Trabajo conciliar y juzgar los conflictos individuales y colectivos entre trabajadores y empleadores, incluidos los entes de derecho público externo y la administración pública directa e indirecta de los Municipios, del Distrito Federal, de los Estados y de la Unión, y, en la forma de la ley, otras controversias derivadas de la relación laboral, así como los litigios que tengan origen en el cumplimiento de sus propias sentencias, incluso las colectivas.

[...]

- 1º. Frustrada la negociación colectiva, las partes podrán elegir árbitros.
- 2º. Recusándose cualquiera de las partes a la negociación o a la arbitraje, se facultará a los respectivos sindicatos para presentar un conflicto colectivo, pudiendo la Justicia del Trabajo establecer normas y condiciones, respetadas las disposiciones convencionales y legales mínimas de protección al trabajo.

Y, hace poco menos de dos décadas, se promulgó la Ley 9.307, de 23 de septiembre de 1996, que derogó los artículos 1.072 a 1.102 del Código de Proceso Civil, que hasta entonces trataban sobre la arbitraje, estableciendo así una nueva normativa legal que fijó parámetros y procedimientos para la utilización de este medio extrajudicial de resolución de controversias.

CONCEPTO DE ARBITRAJE

El concepto de arbitraje no ha variado mucho, especialmente en lo que respecta al núcleo principal de su forma, que es ser un medio alternativo de resolución de controversias.

Luiz Antonio Scavone Junior (2014:16) nos presenta la siguiente definición de arbitraje:



La arbitraje puede definirse, entonces, como el medio privado y alternativo de resolución de conflictos derivados de derechos patrimoniales y disponibles a través de un árbitro, normalmente un especialista en la materia controvertida, que presentará una sentencia arbitral que constituye un título ejecutivo judicial.

Carlos Alberto Carmona (2006:33), por su parte, nos ofrece su concepto de qué es la arbitraje en los siguientes términos:

La arbitraje es una técnica para la solución de controversias mediante la intervención de una o más personas que reciben sus poderes de una convención privada, decidiendo con base en esta convención sin intervención del Estado, siendo la decisión destinada a tener la eficacia de una sentencia judicial.

Como se puede observar, la arbitraje es un medio de resolución de disputas en el cual se prescinde de la intervención del Estado en sus procedimientos (excepto en casos excepcionales, previstos en la propia ley, como, por ejemplo, para la alegación de nulidad, en una acción propia, o mediante impugnación de la ejecución del título), confiriéndole a un tercero (o más, siempre en número impar), de elección libre de las partes, el poder de ofrecer una solución para la disputa.

No obstante, no todo derecho podrá someterse a la apreciación arbitral, ya que, según el artículo 1º de la Ley de Arbitraje, solo los derechos patrimoniales disponibles pueden ser objeto de este tipo de decisión. En la misma línea, solo podrán contratar este tipo de juicio las personas capaces de disponer de sus actos en la vida civil, lo cual se evalúa según las definiciones legales sobre la capacidad, según lo tratan los artículos 3º y 4º del Código Civil.

Es importante destacar que no hay restricción en cuanto al tipo de persona, ya sea natural o jurídica, ya sea pública (incluida por la Ley nº 13.129, de 2015) o privada. De esta manera, estas también podrán optar por este tipo de solución, observando la obligación, en el caso de la administración pública, de que el objeto de la arbitraje sea un derecho disponible, y para las demás personas jurídicas, eventuales restricciones contenidas en sus contratos sociales, estatutos o actas y asambleas, debidamente



archivadas y registradas en los registros competentes, según el tipo de persona jurídica.

La posibilidad de que las entidades de derecho público, como la Unión, los Estados, los Municipios y las Autarquías, incluidas las asociaciones públicas y otras entidades de carácter público creadas por ley (art. 41, Código Civil), utilicen la figura de la arbitraje, la cual, cabe destacar, ya era utilizada por la Administración Pública en situaciones específicas, como en el caso de las asociaciones público-privadas (APP), autorizadas por la disposición contenida en la Ley n. 11.079, de 30 de diciembre de 2004, según el artículo 11.

A pesar de esta posibilidad, se introdujo una restricción con la adición del párrafo 3 al artículo 2 de la Ley de Arbitraje, que establece que las arbitrajes que involucren a la administración pública solo podrán realizarse conforme a las reglas del derecho y respetando el principio de publicidad. Esto, evidentemente, excluye la arbitraje por equidad y elimina, en un primer análisis, el secreto propio de este tipo de procedimiento.

Conviene destacar que, a pesar de la libertad de las partes para optar por la arbitraje, en las relaciones de consumo, aunque las partes, tanto naturales como jurídicas, sean capaces de resolver los conflictos derivados de este tipo de relación, la opción por este procedimiento no puede ser compulsoria. Esto se comprende así para las cláusulas preimpresas en los conocidos contratos de adhesión, según lo establece el inciso VII del artículo 51 del Código de Defensa del Consumidor.

En cuanto al momento en que se puede optar por la arbitraje, el artículo 9º de la Ley de Arbitraje permite a las partes hacerlo en cualquier momento, ya sea al formalizar algún contrato (compromiso arbitral extrajudicial) - como forma de prevenir la forma de resolución de cualquier controversia relativa al negocio entablado, que perjudicaría la presentación de una acción en la esfera judicial - o incluso durante el curso de una acción judicial (compromiso arbitral judicial).

Y, reforzando aún más la comprensión sobre la naturaleza contractual del instituto de arbitraje, el artículo 2º de la Ley 9.307/96 otorga a las partes la autonomía de ajustar



cómo se llevará a cabo, ya sea por derecho o por equidad. Asimismo, en el párrafo 1º de dicho artículo 2º, se le otorga a las partes la opción de elegir libremente cuáles serán las reglas de derecho por las cuales se llevará a cabo el juicio, siempre que no haya violación de las buenas costumbres y del orden público, incluyendo la legislación que se aplicará, ya sea nacional o extranjera, según el párrafo 2º del mismo dispositivo.

De la misma manera, los involucrados, las partes y mucho menos el o los árbitros, no quedan vinculados o sujetos a ninguna regla procesal o procedural consolidada, como el Código de Proceso Civil o la Consolidación de las Leyes del Trabajo.

NATURALEZA JURÍDICA

Sobre la naturaleza jurídica de la arbitraje, Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme (2012: 33-34) nos presenta lo siguiente:

Determinar la naturaleza jurídica de una institución es establecer su ser jurídico, es decir, su posición en el mundo del derecho o incluso su esencia. No es pacífica la esencia de la arbitraje, habiéndose formado al respecto tres corrientes muy bien descritas por J. E. Carreira Alvim: (a) una privatista (o contractualista), siendo Chiovenda su precursor; otra, publicista (o procesalista), con Mortara al frente; y la intermedia (o conciliadora), teniendo como exponente a Cornelutti. La primera corriente relega el procedimiento arbitral, en su totalidad, a la esfera contractual, y los árbitros solo pueden disponer sobre el 'material lógico' de la sentencia, que quedaría en la esfera privada, y que el juez, a través del decreto de ejecutividad, transforma en una sentencia, consistente en el sumatorio de un juicio lógico y de un comando. La segunda corriente ve en la convención arbitral, que es un negocio jurídico privado, la fuente de los poderes de los árbitros, o más bien, de la voluntad de las partes, pero es la voluntad de la ley la que les permite celebrarla. En otros términos, prevalece 'el aspecto procesal del contrato de compromiso, cuyo principal efecto sería la derogación de las reglas de competencia estatales, acentuando la identidad entre el laudo pronunciado por el árbitro y la sentencia emanada del juez togado. La tercera corriente sostiene, por un lado, que la decisión del árbitro no es una sentencia, ya que



necesita del decreto de ejecutividad (no solo para ser ejecutiva, sino también para ser obligatoria), y por otro lado, el árbitro y el juez concurren para la formación de la decisión de la controversia, lo que evidencia que la sentencia (y también el juicio) está constituida tanto por el laudo como por el decreto del magistrado. Finalmente, el eminent Juez de Apelaciones de Minas Gerais Carreira Alvim concluye que la arbitraje brasileña, después de la promulgación de la Ley n. 9.307/96, tiene carácter jurisdiccional en cuanto a su naturaleza, salvo en lo que respecta a su origen y esencia, ya que resulta de la voluntad de las partes. Dado que la naturaleza jurídica versa sobre el origen, es decir, determinarla es establecer su ser jurídico o incluso su esencia, como se mencionó, por lo tanto, la definición de la naturaleza jurídica de la arbitraje parece ser eminentemente contractual, contraponiendo su aspecto jurisdiccional, dado que este instituto resulta de la voluntad entre las partes, es decir, constituye una especie de negocio jurídico de naturaleza bilateral.

La arbitraje es, por lo tanto, un medio alternativo de resolución de controversias al cual las partes capaces de contratar pueden optar y adherir libremente, transfiriendo a un tercero (uno o más, según el caso) los poderes de decisión sobre la situación que se les presenta, involucrando derechos disponibles.

PRINCIPIOS JURÍDICOS

Los principios son las fuentes fundamentales para cualquier rama del derecho, influyendo tanto en su formación como en su aplicación.

Según Miguel Reale (2005:203), *los principios son ciertos enunciados lógicos admitidos como condición o base de validez de las demás afirmaciones que componen un determinado campo del conocimiento.*

Celso Antônio Bandeira de Mello (1991:230), a su vez, nos presenta la siguiente definición:

Principio es, por definición, el mandamiento nuclear de un sistema, el verdadero fundamento de él, disposición fundamental que irradia sobre diferentes normas componiendo su espíritu y sirviendo como criterio para su exacta comprensión e



inteligencia. Esto se debe a que define la lógica y la racionalidad del sistema normativo, dándole la tónica y otorgándole un sentido armónico.

Para Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 46), el principio constitucional, a su vez, se definiría de la siguiente manera:

Las Constituciones no están compuestas por normas que desempeñen una función idéntica dentro del texto mayor. Es posible distinguir dos categorías principales: una denominada principios y otra, reglas. Las reglas serían aquellas normas que se asemejan a las del derecho común, es decir, tienen los elementos necesarios para investir a alguien con la calidad de titular de un derecho subjetivo. Otras, sin embargo, debido a su alto nivel de abstracción y a la indeterminación de las circunstancias en las que deben aplicarse, se llaman principios. Aunque los principios no pueden generar derechos subjetivos, desempeñan una función trascendental dentro de la Constitución [...]. Los principios son, por lo tanto, los pilares del texto constitucional y van adquiriendo concreción, no solo en otras reglas de la Constitución, como sería el caso del principio federativo, sino también a través de una legislación ordinaria, que deberá estar en consonancia con estos principios y les irá dando gradualmente una comprensión cada vez mayor.

Así, es indudable la relevancia que un principio representa en el sistema jurídico, al servir como elemento para todas las demás normas, de modo que cuando hay una falta de respeto a una norma positiva, también se está cometiendo una ofensa al principio sobre el cual se erigió la norma.

Eso nos lleva a concluir que los principios son elementos fundamentales de cualquier sistema normativo, sirviendo como punto fundamental en la elaboración, observación y aplicación de las reglas de derecho.

Y no sería diferente para la arbitraje, ya que contiene ciertos principios que le son inherentes y que necesitan ser observados para permitir una comprensión y aplicación correctas, razón por la cual los principios constitucionales relacionados con cualquier tipo de proceso deben ser respetados.



Entre los principios, podemos destacar como más relevantes el de la autonomía de la cláusula de la convención de arbitraje en relación con el contrato, el del debido proceso legal, el del contradictorio y la amplia defensa, el de la igualdad de las partes, el de la imparcialidad, el del libre convencimiento del árbitro y el de la motivación de la decisión.

AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA DE LA CONVENCIÓN DE ARBITRAJE EN RELACIÓN CON EL CONTRATO

En materia de Derecho Contractual, prevalece el principio de conservación de los contratos, haciendo referencia a la propia preservación (art. 184 del Código Civil), la conversión (art. 170 del Código Civil), el aprovechamiento ("en la cláusula susceptible de dos significados, se interpretará atendiendo a lo que puede ser ejecutable"). Las nulidades, por su parte, pueden ser de dos tipos: nulidad absoluta y nulidad relativa (artículos 166 y 171 del Código Civil).

En la arbitraje prevalece el principio de la autonomía de la cláusula de la convención de arbitraje con respecto al contrato, lo que significa que incluso en caso de nulidad de este, la cláusula no perderá su validez ni su vigencia, contradiciendo la previsión de que los efectos del principal alcanzan al accesorio.

COMPETENCIA-COMPETENCIA

También conocido como *Kompetenz-Kompetenz*, este principio de competencia-competencia presupone que corresponde al propio árbitro decidir sobre cuestiones relacionadas con la eventual invalidez de la cláusula arbitral o del contrato, según lo dispuesto en el párrafo único del artículo 8 de la Ley de Arbitraje.

Por lo tanto, se le asigna al propio árbitro la competencia para analizar su propia competencia, evaluando la validez de la cláusula compromisoria y estableciendo que el tribunal arbitral es competente para juzgar la cuestión, excluyendo del Poder Judicial cuestiones relacionadas con dicha validez.



Debido a esto, en caso de cualquier cuestionamiento sobre la competencia del tribunal arbitral, y al encontrarse el juez con una cláusula compromisoria, deberá declararse incompetente para conocer la cuestión y remitir a las partes al tribunal de arbitraje que hayan elegido eventualmente.

DEBIDO PROCESO LEGAL

Como se vio anteriormente, la elección de las partes por la arbitraje está respaldada en el principio de autonomía de la voluntad, en la medida en que pueden elegir un medio menos burocrático para la solución del litigio, así como definir el procedimiento que se seguirá.

En caso de que las partes no hagan esa elección, al optar por una cámara o tribunal arbitral específico, pueden encontrarse con reglas y procedimientos propios relacionados con el desarrollo del proceso, según lo permite la redacción del artículo 21 de la Ley de Arbitraje.

Dada esa libertad de elección, el proceso arbitral no requiere la misma estructura que el proceso civil, por ejemplo. La mayoría de las cámaras establecidas tienen sus propios ritos y procedimientos, a los cuales las partes consienten y pueden ajustar según la flexibilidad de la cámara y sus pretensiones, según lo establecido en el mencionado artículo 21 de la Ley 9.307/96.

Este principio tiene como objetivo proteger a las partes de cualquier tipo de arbitrariedad por parte de los árbitros, o incluso de la sorpresa de llevar a cabo algún procedimiento no previsto o aceptado por la parte, causándole algún tipo de perjuicio al proceso.

CONTRADICTORIO Y AMPLIA DEFENSA

A pesar de la libertad de elección del procedimiento por parte de las partes, es innegable, no obstante, y como deja claro el mencionado § 1º del artículo 2º, que no podrá haber violación a la moral y las buenas costumbres, y al orden público, especialmente en lo que respecta a la amplia defensa y al contradictorio.



Y Cândido Rangel Dinamarco (2013:26) aclara bien el tema cuando nos dice lo siguiente:

"La conciencia de la *naturaleza jurisdiccional* de la arbitraje y de su inserción en la teoría general del proceso pone fuera de toda duda la imperiosa necesidad de albergarla bajo el manto del derecho procesal constitucional; esto implica considerar sus institutos a la luz de los principios y garantías superiores dirigidos por la Constitución a todos los institutos procesales y, en particular, a aquellos de carácter jurisdiccional. Parte de la doctrina especializada se esfuerza por atraer la arbitraje al sistema de garantías y principios dirigidos directamente al derecho procesal estatal, lo que constituye una valiosa premisa metodológica indispensable para su buen entendimiento y la correcta solución de los problemas que le son inherentes. Así se destaca en un precioso estudio en el cual Vincenzo Vigoritti subraya, en relación con el juicio arbitral, la necesidad 'del respeto a las reglas fundamentales de los juicios civiles, tradicionalmente resumidas en la fórmula del'.

Luis Antonio Scavone Júnior (2014: 139-141), al abordar la libertad de las partes, se expresa de la siguiente manera:

La posibilidad de que las partes regulen el procedimiento arbitral o, de manera supletoria, el tribunal o los árbitros, no implica que puedan hacerlo de manera absolutamente libre.

Algunos principios deben ser observados so pena de nulidad del procedimiento arbitral (art. 32, VIII, de la Ley de Arbitraje).

Es lo que dispone el art. 5º, LV, de la CF, que garantiza que 'a los litigantes, sin proceso judicial o administrativo, y a los acusados en general se les asegura el contradictorio y la amplia defensa, con los medios y recursos inherentes a él'.

Nessa medida, el art. 21, § 2º, de la Ley de Arbitraje, que impone, en la arbitraje:

1. *La contradicción*



Nessa medida, a través de la información de los actos practicados por la parte contraria, siempre deberá ser posible una reacción, recordando que lo que se requiere es la oportunidad para que la otra parte se manifieste, no habiendo afrenta al contradictorio si, además de esta posibilidad, el contendiente permanece inerte.

Por lo tanto, debe haber el máximo de cautela en la comunicación de los actos procesales, aunque sea de forma estipulada por las partes o por la entidad arbitral, permitiendo que los litigantes puedan influir en las decisiones que se tomarán.

Obsérvese, por lo tanto, que el principio del contraditório y de la amplia defensa, aplicable plenamente al procedimiento arbitral, exige que los árbitros promuevan la audiencia de las partes y no resuelvan el conflicto sin darles la oportunidad de manifestarse, debiendo brindarse las mismas condiciones para expresar su posición sobre los diversos temas ante el tribunal arbitral, especialmente sobre las pruebas producidas o en relación con los documentos presentados en el expediente.

IGUALDAD DE LAS PARTES

La igualdad de las partes es un concepto que se ha construido desde hace mucho tiempo, dividiéndose entre igualdad formal e igualdad material.

La igualdad formal es la que se otorga a todos ante la Ley, garantizándoles a todos el mismo derecho, así como el acceso a todos los derechos, además de la igual aplicación de todas las normas jurídicas disponibles, conforme a lo previsto en el *caput* del artículo 5 de la Constitución Federal.

La igualdad material, por otra parte, prevé la observancia de ciertas particularidades entre los involucrados, para conceder, según Aristóteles, un trato igual a los iguales y un trato desigual a los desiguales, en la medida de su desigualdad. La medida de este tratamiento, obviamente, corresponde al legislador, redactando normas que permitan el equilibrio de fuerzas.

En el caso del arbitraje, las partes son, al menos en teoría, iguales, en tanto tienen la opción de elegir libremente este tipo de procedimiento para resolver sus conflictos, de



conformidad con el artículo 1 de la Ley de Arbitraje, así como las reglas que se seguirá en la sentencia del caso.

Por lo tanto, durante el transcurso del procedimiento arbitral, los árbitros deberán tratar a las partes sin distinción alguna, ofreciéndoles las mismas oportunidades, de manera que no exista favoritismo o preferencias, por ningún motivo.

IMPARCIALIDAD DEL ÁRBITRO

La actuación del árbitro debe regirse por los mismos requisitos y restricciones que se imponen a cualquier juez, ya que éstos, según el artículo 18 de la Ley de Arbitraje, son equivalentes a ellos.

Por lo tanto, están obligados, en sus actuaciones, a observar los principios establecidos en la propia Ley 9.307/96, concretamente en el apartado 6 del artículo 13, siendo exigibles, en el ejercicio de sus funciones, imparcialidad, independencia, competencia, diligencia y discreción.

Tanto es así que los árbitros, bajo pena de responsabilidad, tienen la obligación de rechazar, cuando sean designados para actuar como tales, cualquier impedimento o sospecha (párrafo 1, artículo 14, Ley 9.307/96).

CONVENCIÓN Y MOTIVACIÓN GRATIS

Este principio garantiza al árbitro la capacidad de dictar su decisión conforme a su convicción, valorando libremente las pruebas y la extensión de las mismas respecto del objeto de la controversia y del derecho (o reglas de equidad) aplicables a la controversia, según lo acordado por las partes.

Y esta libertad de apreciación de los elementos y pruebas del caso debe ser incluida en la sentencia (artículo 24, caput, de la Ley 9.307/96), así como deben exteriorizarse y fundamentarse las motivaciones por las cuales hubo su condena, teniendo en cuenta en cuenta los requisitos que deben constar en la sentencia (artículo 26, caput, de la Ley 9.307/96).



La decisión del árbitro tiene fuerza de ejecución y, para su eficacia, no está sujeta a revisión o aprobación judicial (artículo 31). Por cierto, la decisión dictada por los árbitros es una sentencia, que no está sujeta a doble jurisdicción ni a ningún otro tipo de recurso, con excepción de una solicitud de aclaración (equivalente a un embargo de aclaraciones).

PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Valorando la autonomía de la voluntad de las partes, la Ley nº 9.307/96 dejó a las partes la elección y reglamentación del procedimiento a adoptar para regir y conducir el procedimiento arbitral, de modo que puedan adoptar las reglas que mejor respondan a sus necesidades. necesidades, de que se respeten las buenas costumbres y el orden público, tal como se recomienda en los apartados 1 y 2 del artículo 2 de la Ley.

Al respecto, Carlos Alberto Carmona (2009:23) dice:

La regla recomendada es la siguiente: las partes pueden adoptar el procedimiento que deseen, siempre y cuando respeten los principios del procedimiento contradictorio, la igualdad de las partes, la imparcialidad del árbitro y su libre convicción racional. Si no establecen nada sobre el procedimiento a adoptar y si no hacen referencia a las normas de algún organismo institucional, corresponderá al árbitro o al tribunal arbitral dictar las reglas a seguir, teniendo siempre en cuenta los principios que acabamos de mencionar, principios que, en definitiva, resumen el contenido de lo que, históricamente, llegó a conocerse como debido proceso legal.

Por tanto, se puede decir que, respetando los principios antes mencionados, así como las buenas costumbres y el orden público, la característica fundamental del procedimiento arbitral es su flexibilidad, pudiendo las partes definirlos o seguir los previamente definidos por el arbitraje elegido. institución o incluso al árbitro, si no se fijan las reglas, como recomienda el párrafo 1 del artículo 21 de la Ley de Arbitraje.

Y estos procedimientos podrán definirse desde el momento en que se opta por el arbitraje, cuando la cláusula compromisoria se inserta en el instrumento contractual



(artículo 4 de la Ley de Arbitraje), o mediante un acuerdo arbitral (artículo 9 de la citada Ley) cuando, surgido el conflicto y en defecto de cláusula arbitral, las partes acuerdan la opción del arbitraje, o incluso la firma de términos conjuntos que estipularán reglas libremente ajustadas por las partes.

Es importante señalar la diferencia entre ambos tipos de ajustes, ya que el compromiso arbitral, según la propia dicción del artículo 9 de la Ley de Arbitraje, es aquel firmado ante el tribunal arbitral, cuando las partes renuncian a la jurisdicción estatal y se comprometen a someterse a la decisión de los árbitros; en otras palabras, el conflicto ya existe y el compromiso se contrae durante su ocurrencia. Puede surgir o no de la existencia de una cláusula compromisoria previa.

El convenio arbitral – o cláusula compromisoria, prevista en el artículo 8 de la Ley 9.307/96 – es el ajuste mediante el cual las partes, en un contrato, incluyen una disposición específica donde previamente acuerdan someterse a futuros conflictos o disputas que surjan de el contrato, al arbitraje. Este ajuste surge, por tanto, en el momento inicial de formalizar el contrato, con el fin de garantizar que las partes se abstengan de buscar la jurisdicción estatal para resolver los conflictos derivados del negocio realizado.

Cândido Rangel Dinamarco (2013:52), al abordar el procedimiento arbitral, nos trae la siguiente enseñanza:

En cuanto al que se desarrolla ante el Poder Judicial, el procedimiento arbitral es el *conjunto de actos mediante los cuales, en el proceso, el árbitro ejerce competencia y las partes defienden sus intereses*.

Se trata, por tanto, del desarrollo de un ritual mínimo que permita a sus actores poder, cada uno, ejercer su rol, ya sea para evitar vulnerar derechos de las partes (como, por ejemplo, el de defensa amplia) o también porque están obligados a, según la Ley de Arbitraje, una determinada conducta.

Y así se percibe ante determinadas disposiciones legales expresas, como el deber de publicidad, que obliga al árbitro a declarar, tan pronto como se le indique y antes de



aceptar el cargo, cualquier impedimento o duda que pueda quitar su imparcialidad e independencia., o incluso la definición del momento concreto que tiene la parte para plantear cualquier sospecha al árbitro.

Precisamente en este sentido añade Cândido Rangel Dinamarco (2013:52):

Como en todo proceso, en el arbitraje el procedimiento debe incluir necesariamente ciertos actos indispensables, que constituyen sus *elementos estructurales*. Y, como en todo proceso de conocimiento, los elementos estructurales del procedimiento arbitral son la *demand*, la *inclusión del demandado* en la relación procesal (cita allá, notificación aquí), la *contestación del demandado*, la *instrucción y la sentencia* -que será de fondo o resolutiva, según las circunstancias de cada caso.

Veamos pues, dentro del procedimiento arbitral –objeto de este trabajo– cada una de sus etapas.

INSTITUCIÓN DE ARBITRAJE

El momento de institución del arbitraje, según la regla del artículo 19 de la Ley de Arbitraje, se produce con el nombramiento del árbitro (o de ellos, si existieran más de uno), precedido, obviamente, de su aceptación.

La elección de los árbitros o del presidente del tribunal arbitral – ejercicio libre de las partes – con la nueva redacción dada al apartado 4 del artículo 13 da a las partes el derecho de excluir la disposición de que los propios árbitros, por mayoría, puedan elegir el presidente, aunque existe tal norma en las Cámaras Arbitrales, incluso en lo que respecta a la elección de árbitros que no pertenecen al personal de la institución.

Aunque esta definición parezca sencilla, lo cierto es que la delimitación de este marco es de fundamental importancia, ya que, antes de este momento, cualquier otra medida que pretenda adoptarse para proteger derechos -como las medidas cautelares- debe ser solicitada al Poder Judicial. la persona que sería competente para evaluar la reclamación sería competente si las partes no hubieran optado por el arbitraje.



La mera existencia de un acuerdo arbitral -ya sea por cláusula arbitral o compromiso arbitral- no implica la existencia de un laudo arbitral. Y así se expresa Carlos Alberto Carmona (2013:278), de forma sencilla pero con mucha objetividad:

El acuerdo de arbitraje, como puede verse, puede no constituir el tribunal de arbitraje: si los árbitros designados no firman el acuerdo de arbitraje, por ejemplo, no habrá todavía ningún arbitraje establecido, sino sólo la expectativa de la formación del tribunal de arbitraje.

A partir de este momento los árbitros comienzan a ejercer su función jurisdiccional, sin la cual no tendrán competencia para continuar el procedimiento arbitral. Es importante señalar que, ante esta institución, quien pretenda iniciar un arbitraje deberá adoptar ciertos procedimientos, como se verá a continuación.

Si las partes se han remitido, en la cláusula compromisoria, a las reglas de una determinada institución de arbitraje, ésta deberá seguir los procedimientos especificados por ella, según lo prescrito en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje, en particular en lo que respecta al método de llamar a la parte contraria, redactar el procedimiento (mediante notificación, como se ha visto en otro lugar).

Por otra parte, si no se han elegido las reglas de una determinada institución y la cláusula compromisoria no ha establecido la forma de institución del arbitraje, se podrá pedir a la otra parte que firme el acuerdo de arbitraje por correo, con acuse de recibo, estipulando la fecha, hora y lugar señalados al efecto, de conformidad con el artículo 6.

En caso de negativa de la parte llamada a comparecer, corresponderá a la parte interesada en iniciar el arbitraje proponer al Poder Judicial la acción competente para obligarla a firmar el convenio arbitral. A tal efecto, solicitará al tribunal que sería competente para juzgar la controversia que cita a la parte resistente, que comparezca ante el tribunal, en audiencia especial, a efectos de firmar el acuerdo arbitral.

La forma en que se desarrolle este proceso legal dependerá de algunos factores:



1. Cuando comparezcan las partes, el juez intentará una conciliación sobre el objeto del litigio, la cual, de no prosperar, será seguida de un intento de que las partes firmen el acuerdo de arbitraje (párrafo 2 del artículo 7);
2. si no hubo acuerdo sobre la firma del compromiso, el juez resolverá dentro de los diez días, después de oír al demandado, sobre este conflicto (en concreto, si la firma del compromiso es obligatoria o no), de conformidad con el apartado 3 del artículo 7;
3. Al decidir, corresponderá al juez comprobar lo que dice la cláusula arbitral sobre el nombramiento de árbitros y, en defecto de éstos, le corresponderá, previa audiencia de las partes, designar al árbitro que resuelva la controversia. - en este caso, el objeto efectivamente en cuestión disputa a nivel de arbitraje (párrafo 4 del artículo 7);
4. si el autor falta a la audiencia sin causa justificada en la audiencia designada para la redacción del acuerdo arbitral, el juez ordenará el archivo del caso, sin juzgar el fondo (párrafo 5 del artículo 7);
5. Si el demandado está ausente, también sin justa causa, corresponderá al juez definir el compromiso, nombrando un árbitro (párrafo 6 del artículo 7), siendo la sentencia válida como compromiso arbitral (párrafo 7 del artículo 7).

Cabe señalar que, aunque el juez solicite la manifestación de una de las partes, ya que fue llamada a participar en este procedimiento judicial y tuvo la oportunidad de expresarse y tomar conocimiento de lo decidido -y aunque sea en incumplimiento, habiendo sido asegurada la oportunidad, mediante citación - lo cierto es que el arbitraje continuará, incluso si la parte está en rebeldía, sufriendo las mismas consecuencias aplicables a los incumplimientos en el proceso judicial (confesión sobre el hecho y sobre cualquier documento que no ha sido elevado a los registros oportunamente).

Volviendo a la institución del arbitraje, y tan pronto como éste sea instaurado, si los árbitros detectan la necesidad de realizar alguna aclaración respecto del acuerdo arbitral, convocarán a las partes a ello, redactando una adenda al acuerdo (cláusula o compromiso arbitral), firmado por todos, y que pasará a formar parte de aquél, de conformidad con el párrafo único del artículo 19 de la Ley de Arbitraje. Esta adenda



también se conoce como Término de Arbitraje, como el nombre dado por la Cámara de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Brasil-Canadá (CAM/CCBC) en su Reglamento, en el ítem 4.17 del artículo 4.

En efecto, dado que la Ley de Arbitraje no define procedimientos, corresponderá a las partes, en este plazo, realizar las definiciones que estimen convenientes para la tramitación del arbitraje, o someterse a las reglas de la institución elegida.

ARGUMENTO DE INCOMPETENCIA, SOSPECHA E IMPEDIMENTO DEL ÁRBITRO Y NULIDAD DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

A pesar de la mencionada libertad que tienen las partes para definir procedimientos relativos a la conducción del proceso arbitral, lo cierto es que la Ley de Arbitraje exige que ciertos actos se realicen en tiempo y forma.

Uno de estos requisitos de la ley se refiere al momento de plantear cuestiones que perjudicarían la continuación del proceso arbitral y que, de dejarse para una oportunidad futura, pondrían en riesgo uno de los aspectos que diferencia el procedimiento arbitral del judicial, que es la celeridad.

Pues bien. El legislador determinó, en el artículo 20 de la Ley 9.307/96, que la parte deberá realizar, en el primer momento en que se manifieste en el procedimiento arbitral, inmediatamente después de la institución del arbitraje – por lo tanto, después de la firma del Término Arbitral – las cuestiones argumentales relativas a la competencia del tribunal arbitral, la sospecha o impedimento de los árbitros, y también las causales relativas a la nulidad, invalidez o ineficacia del acuerdo arbitral.

A primera vista, el instituto de impedimento parece aplicarse aquí si tales asuntos no se discuten en la primera oportunidad. Sin embargo, la misma Ley de Arbitraje, que introdujo tal requisito en el citado artículo 20, no especificó la consecuencia de no ejercer esta prerrogativa/obligación. Y ello tendrá un impacto directo si, al finalizar el procedimiento arbitral, la parte pretende invocar las circunstancias del artículo 33 de la citada Ley para alegar la nulidad de la decisión arbitral o incluso del procedimiento, si existen defectos irremediables en el mismo. el compromiso.



Sobre esta incertidumbre en la citada disposición del artículo 20, Carlos Alberto Carmona (2013:284) señala lo siguiente:

Las materias tratadas en la disposición legal son híbridas, y merecen ser separadas para un análisis diferenciado: hay materias que lindan con el orden público y que atañen a los principios del proceso (precisados en el § 2 del artículo 21), cuya violación no implica reorganización; Hay otros, sin embargo, que están plenamente dentro del ámbito de disponibilidad de las partes, permitiendo que opere el principio de disponibilidad.

Entre estas últimas se encuentran algunas de las cuestiones relativas a la sospecha e impedimento del árbitro: si las partes, conscientes de un motivo para la destitución del árbitro, no lo expresan, están acordando tácitamente que tal motivo no causará sesgo en el fallo. (o, al menos, están aceptando el riesgo de un posible sesgo), y en consecuencia no pueden reservarse el derecho de, una vez emitido el informe, sacar a relucir la cuestión (a menos, por supuesto, que el motivo del impedimento o la sospecha se haya descubierto posteriormente) . Aquí el impedimento se producirá si la parte que conoce el motivo que podría dar lugar a la negativa del árbitro no presenta la excepción respectiva en la primera oportunidad que tiene.

Lo mismo ocurrirá en caso de que las partes hayan determinado que el árbitro (o árbitros) a ser designado por un tercero presenta determinadas características, resultando en un indicio que viola los parámetros preestablecidos. Imaginemos que las partes, en el acuerdo de arbitraje, han acordado que el árbitro, que será designado por una institución arbitral específica, tenga al menos diez años de experiencia en el mercado textil; designado árbitro, las partes se dan cuenta de que el juez no cumple con el requisito: la parte que quiere hacer valer el motivo de la nulidad debe alegar el incumplimiento en la primera oportunidad que tenga, so pena de no poder valerse, en el futuro, de la demanda de nulidad.

[...]

En cuanto a otras cuestiones, la regla es, en principio, meramente ordinaria, ya que, aunque la parte no alegue, durante el procedimiento arbitral, la nulidad del acuerdo



arbitral o la imposibilidad del árbitro para conocer de una determinada cuestión, no estará impedido de proponer la demanda a que se refiere el art. 33 de la Ley.

Como se señaló, según el asunto, la falta de argumentación sufrirá los efectos del impedimento legal, dada la disponibilidad de las partes, mientras que otras, por el contrario, por ser de orden público, serán objeto de argumentación futura ante el Poder Judicial., ya sea en acción de nulidad o mediante impugnación del cumplimiento de una sentencia (en la Ley, la redacción original trataba de embargos de ejecución – entonces previstos en el artículo 741 del CPC; debido a los cambios impulsados por la Ley 11.232/2005, Se produjo un cambio de procedimiento, y los antiguos embargos de ejecución fueron sustituidos por la impugnación del cumplimiento de la pena, prevista en el artículo 475-L, y que, en el futuro, con la entrada en vigor de la Ley 13.105/2015 – Nueva Código de Procedimiento Civil, que tendrá lugar el 15 de marzo de 2016, se regirá por el artículo 525).

Según lo previsto en el párrafo 1 del artículo 20 de la Ley 9.307/96, respecto de la alegación de sospecha o impedimento de los árbitros, si se acepta, dará lugar a su sustitución, de conformidad con el artículo 16 de la misma Ley, reconociendo la incompetencia del árbitro o tribunal arbitral, o incluso la nulidad, invalidez o ineeficacia del acuerdo arbitral, tendrá como consecuencia liberar a las partes para llevar la cuestión objeto de conflicto a la decisión del órgano Judicial competente para juzgar el tipo de acción que finalmente tengo la intención de intentarlo.

En caso contrario, si no se acepta el argumento, el procedimiento arbitral continuará según lo acordado por las partes en el convenio arbitral -o según las reglas de la institución elegida-, sin perjuicio de que eventualmente sea revisado por el Poder Judicial, como se mencionó anteriormente.

LIBERTAD DE LAS PARTES PARA ELEGIR EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley de Arbitraje refuerza el concepto de amplia autonomía de las partes, incluso en lo que respecta a la forma en que se desarrollará



el procedimiento arbitral, permitiéndoles elegir los pasos a seguir, respetar las reglas del elegido institución arbitral o dejaron en manos de los árbitros elegidos por ellos definir cómo se desarrollará el progreso, medida confirmada por el párrafo 1 de este artículo.

Es importante resaltar que, cualquiera que sea la opción de las partes -definir ellas mismas el procedimiento a seguir, adherirse a las reglas de la institución arbitral o dejar esto en manos de los árbitros-, lo cierto es que los principios de contradicción, igualdad de las partes, imparcialidad del árbitro y su libre convicción, según lo prescrito en el párrafo § 2 del artículo 21.

Además, las partes podrán ejercer su derecho a actuar o defenderse por sí mismas (reclamar causa propia), dada la disponibilidad del derecho objeto de examen en el arbitraje, o, como es habitual, ser representadas por un abogado y asesoradas por un asistente, según lo autorizado por el numeral 3 del citado artículo 21 de la Ley de Arbitraje.

Es importante señalar que, a pesar de esta libertad, el árbitro debe, al inicio del procedimiento, buscar la conciliación de las partes. Al llegar a un acuerdo entre las partes, el árbitro declarará este hecho en la sentencia. En caso contrario –si no hay convenio– el procedimiento de arbitraje continuará.

INSTRUCCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Como se señala en el *caput* del artículo 22 de la Ley de Arbitraje, la instrucción procesal es un procedimiento íntegramente dirigido por los árbitros, a quienes se les otorga la facultad de realizar las diligencias que estimen necesarias para formar su libre convicción.

Carlos Alberto Carmona (2013:312), al abordar el tema de las facultades instrucionales del árbitro, nos trae la siguiente lección:

De la misma manera que el juez, el árbitro puede instruir el caso, es decir, prepararlo para la decisión, recabando las pruebas útiles, necesarias y pertinentes para formar



su convicción. La disposición legal comentada, en su *caput*, resume y simplifica lo dictado por los arts. 125 y 130 del Código de Procedimiento Civil, dejando claro que el árbitro no depende de una solicitud de las partes para determinar la producción de cualquier prueba que considere importante para la solución de la controversia.

Corresponde al árbitro recabar los testimonios de las partes, escuchar a los testigos y, eventualmente, determinar la realización de peritajes o la producción de otras pruebas que, a su juicio, sean necesarias para esclarecer las cuestiones que se le sometan a consideración. . Y estos procedimientos podrán realizarse a petición de cualquiera de las partes o, a su discreción y criterio, de oficio, siendo ellas las destinatarias de la instrucción y quienes deberán formarse una convicción sobre los hechos.

Francisco José Cahali (2014:242), al abordar la prueba en el arbitraje, enseña lo siguiente:

En primer lugar, se hace referencia a la diferente mentalidad en el arbitraje respecto de la producción de prueba.

De nuestra experiencia en litigios, terminamos considerando que la *iniciativa en la producción de prueba* pertenece a quienes pretenden salir victoriosos de la acción, siendo de menor importancia, para el desempeño fructífero del proceso, las discusiones académicas sobre la distribución de la carga de la prueba (artículo 333 del CPC).

Esta idea se presenta en su forma más plena en el arbitraje, ya que la ley carece de criterios obligatorios para uno u otro, respecto de la obligación de demostrar los hechos relevantes, capaces de influir en el destino de la controversia. En pocas palabras, pero con un resultado relevante: *no existe una distribución legal de la carga de la prueba en el procedimiento arbitral*.

En este sentido, la contribución de la parte a la instrucción del caso es de su total interés, y tiene derecho a la más amplia participación posible en la indicación de la prueba, con foco en revelar la ocurrencia de los hechos, no sólo por parte del presunto



interesado. , sino también de la versión que le conviene (o que demuestre su no ocurrencia), incluso si es alegada por el oponente.

Además, el árbitro ha extendido, de hecho y de derecho, sus facultades para conducir el procedimiento, y le corresponde intervenir activamente en la investigación del caso para consolidar su libre convicción sobre los hechos, necesarios para la adecuada resolución del asunto. el conflicto. Por iniciativa tuya, se pueden investigar los hechos para descubrir la verdad.

Al escuchar a las partes y a los testigos, corresponderá a los árbitros definir la fecha, hora y lugar para tal efecto, los cuales serán comunicados por escrito a los interesados con antelación. Procedidas las audiencias, las declaraciones y testimonios se reducirán a un plazo, con la firma de los intervenientes – partes, testigos y árbitros, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 22 de la Ley 9.307/96.

En caso de que la parte no se presente a dar una declaración personal, la evaluación de esta conducta, junto con los demás elementos probatorios, será tomada en consideración por el árbitro al momento de tomar la decisión. En caso de ausencia de un testigo, corresponderá al árbitro solicitar a la autoridad judicial jurisdiccional que determine la conducta coercitiva de dicho testigo, todo ello de conformidad con el párrafo 2 del citado artículo 22.

Por otra parte, cualquier incumplimiento por parte de cualquiera de las partes no perjudicará el normal desarrollo del procedimiento arbitral, pudiendo el árbitro dictar sentencia basándose en los elementos de los que tenga conocimiento, con referencia al párrafo 3 del citado artículo. 22, conciliado, por supuesto, con el deber de diligencia que impone el apartado 6 del artículo 13 de la misma Ley.

En caso de que sea necesario adoptar medidas cautelares o coercitivas durante el curso del procedimiento arbitral, salvo las relativas a la conducta de los testigos, ya consideradas anteriormente, el párrafo 4 del artículo 22 de la Ley de Arbitraje establece que los árbitros deberán solicitarlas a el órgano del Poder Judicial que tendría competencia para valorar la cuestión si el asunto no estuviera siendo tramitado en el tribunal arbitral.



Es importante resaltar que, a pesar de la expresión “solicitarlas al cuerpo del Poder Judicial”, la abrumadora doctrina entiende que esta solicitud es para el cumplimiento de la medida cautelar valorada y otorgada por los árbitros, en la medida en que, como se ve, es el árbitro tiene competencia para evaluar todas las cuestiones relativas al conflicto sometido a su fallo.

Si la medida cautelar se dirige contra una de las partes involucradas en el arbitraje y esa parte cumple con la determinación del tribunal arbitral, no hay que hablar de intervención del Poder Judicial. Sin embargo, si existe la necesidad de cumplir con la medida cautelar otorgada por terceros ajenos al arbitraje (por ejemplo, la presentación de un extracto bancario) o cuando existe resistencia de la parte contra quien se otorgó la medida cautelar, entonces será necesario solicitar del Poder Judicial que ejerza su poder de coerción para que la orden se cumpla, aunque sea en contra de la voluntad de quien corresponde cumplir la obligación.

Cabe señalar que esta solicitud al Poder Judicial, por lo tanto, sería simplemente para confirmar el “cumplimiento” (como una desaprobación proveniente del tribunal de otra jurisdicción) -en la medida en que el tribunal arbitral no tiene la autoridad coercitiva que tiene tribunal estatal – no puede haber, por parte del magistrado estatal, ningún tipo de reevaluación o juicio de valor sobre la legalidad o no de la decisión del tribunal arbitral.

Y es en este sentido que Francisco José Cahali (2014:269) dice:

El tribunal arbitral tiene plena autoridad para evaluar y otorgar medidas cautelares durante el transcurso del arbitraje. La jurisdicción del árbitro (o panel) es completa para conocer todas las cuestiones relativas al conflicto. Basta recordar la ausencia de facultades coercitivas o de ejecución de medidas, que son exclusivas del Poder Judicial. Si la determinación arbitral no se cumple espontáneamente, o si el cumplimiento espontáneo resulta imposible, se deberá solicitar la cooperación del tribunal estatal para la ejecución forzosa de las medidas determinadas por el árbitro. En definitiva, el árbitro tiene *ius cognitio*, pero carece de *ius imperium* para llevar a cabo sus decisiones en la práctica.



En el mismo sentido, Carlos Alberto Carmona (2013:323), reforzando la competencia del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares:

El legislador de 1996 no cometió el mismo error que el Código de Procedimiento Civil, abandonando la fórmula del art. 2.086, que prohibía al árbitro declarar medidas cautelares. Prefirió determinar, de forma elíptica, que el árbitro, si hay necesidad de medidas coercitivas, las solicita al árbitro. Si bien el legislador no fue tajante, dejó claro (o, al menos, más claro que lo que decía el Código de Procedimiento Civil) que, si existe necesidad de tutela cautelar, el interesado en otorgar la medida debe dirigirse al árbitro. (y no al juez), formulando motivadamente su solicitud; el árbitro, considerando demostrados el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, otorgará la medida cautelar. Si la parte contra quien se decreta la medida se ajusta a la decisión, sometiéndose a ella, no habrá intervención del Poder Judicial; Si por el contrario se caracterizare resistencia, el árbitro solicitará la participación del árbitro, no para que éste decida si debe concederse o no la medida solicitada, sino sólo para implementarla.

Respecto a la posible sustitución del árbitro, el párrafo 5 del artículo 22 deja al nuevo árbitro (suplente) valorar las pruebas ya producidas o repetirlas, ya que será responsable de analizar y evaluar las pruebas para formarse su opinión. condena y fundamentar su decisión – como lo exige el inciso II del artículo 26 de la Ley de Arbitraje.

Carlos Alberto Carmona (2013:332) explica claramente el tema:

Si el árbitro (o cualquiera de los árbitros que integran el tribunal) que ya inició la instrucción procesal debiera ser reemplazado por cualquier causa (muerte, sospecha, impedimento, enfermedad, incapacidad), su reemplazo tendrá la opción (no la obligación) de repetir las pruebas ya aportadas, lo que es, claramente, un criterio para flexibilizar el principio de inmediatez: es deseable que el juez tenga contacto directo con las partes, peritos, testigos, pero corresponde a al juez valorar si los actos instructivos realizados por su antecesor son satisfactorios para su condena o siente la necesidad de repetir alguno, algunos o todos ellos.



El objetivo principal del dispositivo es la prueba oral: el árbitro puede querer escuchar nuevamente a un testigo, parte o perito; pero es probable que esto sólo suceda si el juez se da cuenta de que hubo una falla en la conducción de la instrucción, lo que debería traducirse en impresiones directas para el juez.

Por lo tanto, es importante que el nuevo árbitro evalúe sustancialmente todas las pruebas aportadas para comprobar si se siente lo suficientemente seguro como para tomar su decisión con base en lo que consta en el caso y fue aportado por su antecesor, o, si necesita formarse sus impresiones, realizar las pruebas que se consideren importantes para volver a realizarse.

Cabe señalar la posibilidad prevista en la Ley de Arbitraje de dictar laudos parciales (nueva redacción del apartado 1 del artículo 23), además de confirmar, en el nuevo apartado 2, la posibilidad de que las partes acuerden ampliar el plazo para se les dicte la sentencia definitiva, lo cual se ajusta plenamente al aspecto de libertad contractual que rodea al arbitraje, evitando así la posible nulidad del procedimiento por extrapolación del plazo, según lo dispuesto en la fracción VII del artículo 32, que declaró Se anula la sentencia dictada fuera de plazo.

Además, según la redacción del artículo 30, se da a las partes la alternativa de, de mutuo acuerdo, ajustar el plazo de la solicitud para aclarar o corregir la decisión adoptada (una especie de embargo de aclaraciones), de modo que ya no Estará obligado dentro del plazo legal previamente previsto, que era de cinco días, pudiendo fijar libremente cualquier otro, lo mismo ocurre con el plazo para modificar la sentencia.

CONCLUSIÓN

El arbitraje es una herramienta muy útil para la resolución de disputas, estando a disposición de personas capaces (naturales, jurídicas –de derecho privado o de derecho público) para juzgar cuestiones relacionadas con los derechos disponibles.

Las partes que optan por este procedimiento pueden elegir el procedimiento a seguir así como las reglas que se aplicarán en el juicio, por lo que no necesitan someterse a ritos procesales convencionales.



Es un procedimiento que privilegia la autonomía de la voluntad, haciendo prevalecer la disposición de las partes, especialmente en lo que respecta a la tramitación del proceso, correspondiendo a ellas definir los procedimientos que deben seguirse, así como poder adherirse a las disposiciones de la institución que eligieron para albergar la conducción del proceso de arbitraje, o bien dejar que los propios árbitros definan estos procedimientos.

En el arbitraje está abierto el uso de la defensa contradictoria y amplia, pudiendo las partes presentar todos los argumentos y hechos que tengan respecto del tema discutido, con el fin de convencer al árbitro respecto de la preponderancia de su derecho.

Por lo anterior, se puede concluir que el arbitraje es un eficaz procedimiento de pacificación social, puesto a disposición de las partes que pueden contratar, al cual deben adherirse libre y espontáneamente, pudiendo definir los procedimientos en la forma que deseen, siempre que se respete el orden público y las buenas costumbres, además de los principios de defensa contradictoria y amplia.

REFERENCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Conciliação e Mediação: Estrutura da Política Nacional – O Poder Judiciário e o Paradigma da Guerra na Solução dos Conflitos*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.

CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e Mediação: rudimentos*. São Paulo: Atlas, 2002.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 4^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CANOTILHO, Gomes José Joaquim. *Direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.



CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____, _____. Arbitragem e processo – Um comentário à Lei 9.307/96. 3^a Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 24^a ed., São Paulo, Malheiros, 2005.

DIDIER JR, Freddie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 11 ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo. Malheiros Editores, 2013.

ENTELMAN, Remo F. Teoría de conflictos. 1^a edição (segunda reimpressão - 2009). Barcelona (Espanha), Gedisa Editorial. 2002.

FISCHER, Roger. URY, Willian. PATTON, Bruce. Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões (trad.). 2^a edição. Rio de Janeiro, Imago Editora, 1994.

GARCEZ, José Maria Rossani. Técnicas de negociação. Resolução alternativa de conflitos: ADRs, mediação, conciliação e arbitragem. Rio de Janeiro, Forense, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, 2.^º Volume. 11.^a Edição atualizada. Editora Saraiva. São Paulo, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. SILVEIRA, João José Custódio da. (Coordenadores). A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o Conselho Nacional de Justiça. 1^a edição. Brasília, Gazeta Jurídica, 2013.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Manual de Arbitragem. 3^a ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. 2^a edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novas Linhas do Processo Civil. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. Meios alternativos de solução de conflitos: o cidadão na administração da justiça. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 12^a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.



_____, _____. Elementos de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional, 4^a ed. São Paulo, Saraiva, 2009.

NERY JR., Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27^a ed., 5^a tir. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de arbitragem. 5^a edição, Rio de Janeiro, Forense, 2014.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 19^a edição, São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Alessandra Gomes do Nascimento. Técnicas de negociação para advogados. São Paulo, Saraiva, 2002.

TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. Disponível na internet: <http://www.fernandatartuce.com.br/site/artigos/doc_view/339-mediacao-no-novo-cpc-tartuce.html>. Acesso em 06.03.2016.

búsquedas en internet

CÂMARA DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. <<http://ccbc.org.br/Materia/1067/regulamento>> - Acesso em 06.03.2016.

CÂMARA DE ARBITRAGEM CIESP E FIESP - <http://www.camaradearbitragemsp.com.br/index.php/pt-BR/regulamento> - Acesso em 06.03.2016.

CASA DE RUI BARBOSA. <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbo_sa_Oracao_aos_mocos.pdf> - Acesso em 06.03.2016.

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. Disponível na internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> - Acesso em 06.03.2016.

CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB. Disponível na internet: <<http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/LegislacaoOab/codigodeetica.pdf>>. Acesso em 06.03.2016.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Disponível na internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em 06.03.2016.



CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>> Acesso em 06.03.2016.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível na internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucacao/constituicaocompilado.htm> - Acesso em 06.03.2016.

CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL (DE 25 DE MARÇO DE 1824). Disponível na internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucacao/constituicao24.htm> - Acesso em 06.03.2016.

DECRETO Nº 3.048, DE 06 DE MAIO DE 1999 – Disponível na internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm> Acesso em 06.03.2016.

DECRETO-LEI Nº 1.608, DE 18 DE SETEMBRO DE 1939 – Disponível na internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm> Acesso em 06.03.2016.

DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943 – Disponível na internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em 06.03.2016.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004 - Disponível na internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucacao/Emendas/Emc/emc45.htm> - Acesso em 06.03.2016.

ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Disponível na internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm> - Acesso em 06.03.2016.

INSTITUTO NACIONAL DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM. Disponível na internet: <<http://www.inama.org.br>> Acesso em 06.03.2016.

LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916. Disponível na internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm> - Acesso em 06.03.2016.

LEI Nº 8.078, DE 11.09.1990. Disponível na internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> - Acesso em 06.03.2016.

LEI Nº 9.099, DE 26.09.1995. Disponível na internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm> - Acesso em 06.03.2016.

LEI Nº 9.307, DE 23.09.1996. Disponível na internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm> - Acesso em 06.03.2016.



LEI Nº 10.259, DE 12.07.2001. Disponível na internet:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm> - Acesso em 06.03.2016.

LEI Nº 11.079, DE 30.12.2004. Disponível na internet:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm> - Acesso em 06.03.2016.

LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015, Disponível na internet:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> - Acesso em 06.03.2016.

LEI Nº 13.129, DE 26 DE MAIO DE 2015, Disponível na internet:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm> - Acesso em 06.03.2016.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Disponível na internet:
<<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>> - Acesso em 06.03.2016.

MEDIDAS EXTRAJUDICIAIS PODEM TORNAR JUDICIÁRIO EFICIENTE - Artigo publicado na Folha de São Paulo, dia 08.03.2014 Disponível na internet:
<<http://www.adamsistemas.com/archives/2877>> - Acesso em 06.03.2016.

PROJETO DE LEI Nº 7.169/2014. Disponível na internet:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1230584&filename=PL+7169/2014>- Acesso em 06.03.2016.

PROJETO DE LEI DO SENADOR Nº 517/2011. Disponível na internet
<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=101791>- Acesso em 06.03.2016.

RESOLUÇÃO Nº 125 DO CNJ, DE 29.11.2010. Disponível na internet:
<http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_republicacao_resolucao_n_125.pdf> - Acesso em 06.03.2016.

SENADO FEDERAL. Disponível na internet: <<http://www.senado.gov.br/>> - Acesso em 06.03.2016.

¹ Estudiante de Maestría en Derecho en la Escola Paulista de Direito (EPD). Consultor Jurídico del Banco do Brasil. Miembro del Comité de Defensa Empresarial del Consejo Federal de la Asociación de Abogados de Brasil (OAB) y del Subcomité de Conciliación de FEBRABAN – Federación Brasileña de Bancos. Abogado.

² Doctorado en Psicología y Psicoanálisis Clínico. Doctorado en curso en Comunicación y Semiótica por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (PUC/SP). Maestría en Ciencias Religiosas de la Universidad Presbiteriana Mackenzie. Maestría en Psicoanálisis Clínico. Licenciatura en Ciencias Biológicas. Licenciatura en Teología. Lleva más de 15 años trabajando con Metodología Científica (Método de Investigación) en la Orientación de la Producción Científica de Estudiantes de Maestría y



MULTIDISCIPLINARY SCIENTIFIC JOURNAL

NÚCLEO DO
CONHECIMENTO

REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR NÚCLEO DO

CONHECIMENTO ISSN: 2448-0959

<https://www.nucleodoconhecimento.com.br>

Doctorado. Especialista en Investigación de Mercados e Investigaciones enfocadas al área de Salud
ORCID: 0000-0003-2952-4337.

³ Abogado, Postgrado en Derecho Tributario; Estudiante de maestría en derecho en la Escola Paulista de Direito; adonias.silva@unifesp.br