

15 años de desarrollos legislativos y jurisprudenciales en Brasil

Flavia Mange*

Recibido/Received: 04/07/2019
Aceptado/Accepted: 12/07/2019

SUMARIO: 1. Marcos reguladores. 2. Datos estadísticos. 2.1 Número de arbitrajes en Brasil. 2.2 Datos de arbitrajes que involucran a Brasil en la CCI. 2.3 Investigaciones empíricas sobre el arbitraje en Brasil. 3. Evolución de la jurisprudencia. 3.1 Eficacia de la convención de arbitraje. 3.2 *Kompetenz-kompetenz*. 3.3 El recurso procesal: “Conflictos de Competencia”. 3.4 Arbitrabilidad. 3.5 Medidas cautelares. 3.6 Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. 3.6.1 *EDF c. Endesa/YPF*. 3.6.2 *Abengoa c. Ometto*. 4. Arbitraje involucrando a la administración pública e inversiones extranjeras. 4.1 Legislación específica. 4.2 Casos emblemáticos que involucran a la administración pública. 4.3 ACFI-Acuerdo de Cooperación y Facilidad de Inversiones. 5. Consideraciones finales.

RESUMEN: Brasil actualmente posee un cuadro regulatorio favorable al arbitraje comercial, con una legislación adecuada a los niveles internacionales y una posición jurisprudencial favorable al arbitraje. Pese a que Brasil no ha ratificado la Convención de Washington y que no tiene Acuerdos Bilaterales de Inversión en los modelos internacionales que prevalecen actualmente, el arbitraje que involucra entes

* Socia de Mange & Gabbay Socieda de de Advogados en São Paulo, Brasil. Máster y Ph.D. en Derecho Internacional por la Universidade de São Paulo. LL.M. en International Legal Studies por New York University. Visiting Researcher de Harvard Law School, 2011. ICC YAF Representative (2018-2019). Correo electrónico: flavia.mange@jmgadv.com.br

F. MANGE, “15 años de desarrollos legislativos y jurisprudenciales en Brasil”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 2019, pp. 17-41.



públicos está expresamente regulado por ley y utilizado por la administración pública en los grandes contratos, incluso incorporando a inversores extranjeros.

PALABRAS CLAVE: arbitraje, Brasil, jurisprudencia, administración pública.

15 years of legislative and jurisprudential development in Brazil

ABSTRACT: Currently, Brazil presents a favorable regulatory framework regarding commercial arbitration, inasmuch as its legislation is adequate to international levels and its caselaw is arbitration friendly. Although Brazil did not ratify the Washington Convention nor has signed any Bilateral Investment Treaties in accordance with the international models currently available, arbitration with public administration is expressly regulated by law and Brazilian public administration often resorts to arbitration in complex contracts, including the ones involving foreign investors.

KEYWORDS: Arbitration, Brazil, caselaw, public administration.

1. MARCOS REGULADORES

La Ley de Arbitraje brasileña fue promulgada en 1996 (Ley 9.307/1996¹). Este marco legal posibilitó el reconocimiento de la validez y eficacia de la convención de arbitraje, tanto en la forma de cláusula de arbitraje inserta en un contrato, como de compromiso arbitral. Anteriormente, las cláusulas de arbitraje eran vistas solamente como obligaciones contractuales y, en caso de incumplimiento, sólo podrían generar pérdidas y daños sin la condición de apartar la competencia del Poder Judicial. En ese sentido, la

1. Ley No. 9.307, 23/09/1996, <<https://bit.ly/2OIkWsE>> (11/07/2019).

Ley de Arbitraje incorpora también el principio *kompetenz-kompetenz* en su artículo 8.

Además de garantizar el efectivo cumplimiento de la convención de arbitraje, la Ley de Arbitraje reconoce también la autonomía de la voluntad de las partes en la elección de la ley y de las reglas procesales aplicables. Otra novedad fue el fin de la necesidad del doble *exequatur* para reconocimiento de sentencias extranjeras.

Tras la promulgación de la Ley de Arbitraje, se inició una discusión alrededor de la constitucionalidad de la referida ley, en especial, de la posibilidad de renunciar al derecho de la tutela judicial y a los dispositivos constitucionales que garantizan el acceso a la justicia. La discusión sólo llegó a su fin en 2001, con la declaración de su constitucionalidad por el Tribunal Supremo Federal (en adelante, STF por sus siglas en portugués) al juzgar la sentencia extranjera No. 5.206 - Reino de España². Esta decisión generó mayor confianza en el instituto, permitiendo la rápida evolución del arbitraje como un método de solución de conflictos tanto para litigios que involucran elementos internacionales, como para litigios complejos puramente nacionales.

En 2002, Brasil ratifica la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante, Convención de Nueva York) por medio del Decreto 4.311/2002. Es importante resaltar que los artículos 38 y 39 de la Ley de Arbitraje ya incorporaban los criterios del Artículo V(1) y V(2) de la Convención en la legislación interna. A pesar de que el artículo 34 de la Ley de Arbitraje reconozca la primacía de los tratados internacionales sobre la materia, aún es recurrente a la mención a los dispositivos de la Ley de Arbitraje y no

2. Tribunal Supremo Federal, *SEC No. 5.206-Reino da Espanha*, 12/12/2001.

de la Convención de Nueva York en las decisiones de reconocimiento de sentencia extranjera.

El arbitraje comercial se consolidó en Brasil y, a partir de 2004, diversas legislaciones de sectores regulados con fuerte presencia de la administración pública, como por ejemplo, petróleo, telecomunicaciones, transportes, puertos pasaron a traer dispositivos específicos posibilitando el recurso al arbitraje. Estas legislaciones se analizarán a continuación en el punto 4, sobre administración pública. Entre estas legislaciones, es importante destacar la Ley de Cooperación Público-Privada, Ley 11.079/2004.

En 2015, en el contexto de la reforma del Código Procesal Civil, fue aprobada la Ley 13.129/2015 que alteró algunos dispositivos de la Ley de Arbitraje. Estas alteraciones fueron, en su mayoría, para incorporar entendimientos ya adquiridos por la jurisprudencia y disposiciones de legislaciones específicas. La principal novedad fue la previsión expresa de la posibilidad de la administración pública para utilizar arbitraje³. La reforma de la ley también aclaró quién en la administración pública puede celebrar cláusulas de arbitraje, así como la necesidad del juzgamiento de derecho (y no por equidad), y el respeto al principio de la publicidad. En términos procesales, la reforma de la ley aclaró la posibilidad de medidas cautelares antecedentes al arbitraje frente al Poder Judicial, que ya era entendimiento jurisprudencial, e instituyó la “Carta Arbitral” como un mecanismo de comunicación entre árbitros o tribunales arbitrales y el Poder Judicial para medidas de apoyo al arbitraje.

Finalmente, y aún en el contexto de favorecimiento a los métodos privados de solución de controversias, es importante

3. Traducción libre. Ley No. 9.307, N. 1, Art. 1(§1).

Art. 1.- La administración pública directa e indirecta podrá utilizar el arbitraje para dirimir conflictos relativos a los derechos patrimoniales disponibles.

mencionar que a partir de 2015 la mediación judicial se hizo obligatoria con la reforma del Código Procesal Civil y la mediación judicial y privada fue reglamentada e incentivada por la Ley 13.140/2015 (Ley de Mediación). Además de la previsión de mediación judicial obligatoria, la Ley de Mediación hizo obligatoria la realización de una primera reunión con el mediador en caso de la cláusula escalonada *med-arb*, incluso con la imposición de sanción por la no comparecencia con posible responsabilidad de los costos del procedimiento⁴.

Cuadro 1. Principales marcos legislativos brasileños y sus innovaciones

Año	Marco	Principal Innovación
1996	Ley de Arbitraje	Reconocimiento de la validez y eficacia de la convención de arbitraje; fin de la necesidad del doble exequatur para el reconocimiento de sentencias extranjeras; e incorporación de los criterios del Artículo V de la Convención de Nueva York en la legislación interna.
2001	Supremo Tribunal Federal (STF), SEC n° 5.206 – España, 12/12/2001	Declaración de constitucionalidad de la Ley de Arbitraje.
2002	Decreto 4.311/2002. Convención de Nueva York	Incorporación de la Convención de Nueva York en el ordenamiento interno.
2015	Reforma de la Ley de Arbitraje	Incorpora entendimientos ya pacificados en la jurisprudencia, en especial sobre la participación de la administración pública en arbitraje.

Fuente: Elaboración de la autora.

4. Traducción libre. Ley No. 13.140/2015, 26/06/2015, Art. 22(§2)(IV).
IV.– La no presentación de la parte invitada a la primera reunión de mediación acarreará la asunción por parte de esta del cincuenta por ciento de las costas y honorarios en el caso de que vaya a ser la vencedora en procedimiento arbitral o judicial posterior, que envuelva el alcance de la mediación para la cual fue invitada.

2. DATOS ESTADÍSTICOS

2.1 Número de arbitrajes en Brasil

El número de procedimientos arbitrales en Brasil viene creciendo año a año. Según Selma Lemes, entre 2010 y 2016 hubo un incremento de prácticamente 95% en el número total de procedimientos arbitrales en el país⁵. En el mismo sentido, el Centro de Estudios sobre las Sociedades de Abogados (en adelante, CESA) también realizó en 2016 una investigación compilando los datos de forma detallada de la cantidad de procedimientos administrados en diversas instituciones arbitrales e informaciones adicionales, tales como los valores involucrados⁶.

2.2 Datos de arbitrajes que involucran a Brasil en la CCI

En los últimos años Brasil estuvo entre los cinco primeros países en número de partes representadas frente a la CCI, en donde São Paulo aparece como una de las sedes más recurrentes⁷.

Esos números se reflejaron en la decisión de la CCI de inaugurar en 2017 su primera oficina en América Latina, con sede en São Paulo y con una secretaría dedicada exclusivamente a los casos brasileños con una lista de costos en Reales. Teniendo en vista el creciente volumen de arbitrajes involucrando apenas partes brasileñas frente a la CCI y el crecimiento de los arbitrajes con la administración pública en Brasil, la inauguración de esta oficina fue muy aclamada por la comunidad arbitral brasileña. La oficina cuenta, también, con un salón de audiencias perfecto para la realización de audiencias.

5. Selma Lemes, *Arbitragem em Números e Valores*, <<https://bit.ly/2EGXyvT>> (11/07/2019).

6. Centro de Estudos das Sociedades de Advogados, *Anuário da Arbitragem no Brasil 2016*, <<https://bit.ly/32aOBBV>> (11/07/2019).

7. International Chamber of Commerce, *ICC Court releases full statistical report for 2017*, <<https://bit.ly/2O27mRd>> (11/07/2019).

2.3 Investigaciones empíricas sobre el arbitraje en Brasil

El Comité Brasileño de Arbitraje (en adelante, CBAr) realizó dos investigaciones empíricas sobre la percepción del Poder Judicial sobre arbitraje, analizando juzgados de diversos tribunales regionales y de los tribunales superiores. Estas investigaciones se realizaron en el contexto de los marcos de 10 y 20 años de la Ley de Arbitraje y están disponibles en el sitio web del CBAr⁸. Los resultados de estos análisis mostraron que el Poder Judicial brasileño ha sido favorable al arbitraje, respetado a la autonomía de las partes y actuado de forma colaborativa con los tribunales arbitrales.

3. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Este ítem busca resaltar la posición de la jurisprudencia referente a los principales temas relacionados al arbitraje. Se ha privilegiado la jurisprudencia de los tribunales superiores que consolidan el entendimiento. En general, el Poder Judicial brasileño se ha posicionado de forma favorable al arbitraje, a pesar de que existan algunos casos aislados de decisiones de instancias inferiores en sentido contrario. Muchos de estos casos excepcionales tratan de arbitraje en relaciones de consumo o franquicia, en las cuales hay una parte más fuerte y una imposición de la cláusula de arbitraje. Por otro lado, el Poder Judicial brasileño ya se enfrentó y se mostró favorable al arbitraje en casos involucrando materia en bancarrota y relación de inversión en acciones de empresa abierta como será tratado a continuación.

Es importante resaltar que los principales Estados, tales como São Paulo y Río de Janeiro, tienen varas de 1º grado y cámaras específicas en los tribunales de 2º grado

8. Estas investigaciones están disponibles en: <www.cbar.org.br> (11/07/2019).

para tratar de la temática del arbitraje, lo que garantiza una mejor comprensión del instituto por los magistrados, que se pueden especializar en el tema, más allá de la jurisprudencia coherente.

3.1 Eficacia de la convención de arbitraje

La Ley de Arbitraje reconoce la plena eficacia de la convención de arbitraje, ya sea en la forma de cláusula de arbitraje o sea de compromiso arbitral⁹. El artículo 485 del Código Procesal Civil también es claro al disponer que el juez no resolverá el mérito de la disputa en la existencia de convención de arbitraje¹⁰.

El poder judicial ha reconocido la existencia de convenciones de arbitraje como óbice a la apreciación de la disputa por el poder estatal. En ese sentido, el Tribunal Supremo de Justicia (en adelante, STJ por sus siglas en portugués) tuvo la oportunidad de manifestarse en el caso *Inepar c. Itiquira*¹¹. Esta decisión resalta que la cláusula de arbitraje es suficiente para la instauración del arbitraje, no siendo necesario firmar un compromiso arbitral y reafirmando la eficacia de la cláusula de arbitraje. En ese sentido, es importante recalcar el voto de la Min. Nancy ANDRIGHI: “La cláusula compromisoria ‘llena’ incluida en contratos queda en estado latente, operando sus efectos prácticos en la instalación del juicio arbitral [...] frente del efectivo surgimiento de la controversia”¹².

9. Traducción libre. Ley No. 9.307, N. 1, Art. 3.

“Art. 3.- Las partes interesadas pueden someter la solución de sus litigios al juicio arbitral mediante la convención de arbitraje, como así es entendida la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral”.

10. Traducción libre. Código de Proceso Civil, Art. 485.

“El Juez no resolverá el mérito cuando: [...] VII.- Acoger la alegación de existencia de convención de arbitraje o cuando el juicio arbitral reconozca su competencia [...]”.

11. Tribunal Supremo de Justicia, *Recurso Especial No. 1.389.763-PR*, Min. Nancy Andrighi, 12/11/2013.

12. Traducción libre. *Ibidem*.

3.2 *Kompetenz-kompetenz*

La Ley de Arbitraje reconoce el principio *kompetenz-kompetenz* en su artículo 8, párrafo único¹³, que ha sido respetado por el Poder Judicial al diferir al juicio arbitral la primacía en el análisis de la validez de la cláusula de arbitraje y materia objeto del arbitraje.

En ese sentido, es importante resaltar el precedente del STJ en el cual se discutía la validez del contrato en el cual la cláusula compromisoria se inserta por falsedad en la firma de los referidos contratos en el caso *Kreditanstalt fur Wiederaufbau c. Cia. de Generación Térmica de Energía Eléctrica*¹⁴. En este caso, pese a que hubiese un laudo técnico de la Policía Federal confirmando la falsedad de las firmas, el STJ entendió que cabe al tribunal arbitral analizar cualquier vicio en la formación del contrato que contiene la cláusula de arbitraje. En ese sentido es el resumen del juzgado:

RECURSO ESPECIAL. ACCIÓN DECLARATORIA DE FALSEDAD ACUMULADA CON EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS. CONTRATOS, EXISTENCIA, VALIDEZ Y EFICACIA. FIRMA. FALSEDAD. ALEGACIÓN. CONVENCIÓN DE ARBITRAJE. CLÁUSULA COMPROMISORIA. COMPETENCIA. JUICIO ARBITRAL. KOMPETENZ-KOMPETENZ. 1. Se cierra la controversia a definir si el juicio estatal es competente para procesar y juzgar la acción declaratoria que dio origen al presente recurso especial teniendo en cuenta la existencia de la cláusula arbitral en los contratos objeto de la demanda. 2. La previsión contractual de convención de arbitraje ofrece el reconocimiento de la competencia del Juicio arbitral para decidir con primacía sobre el Poder Judicial las cuestiones sobre la existencia, validez y eficacia de la convención de arbitraje y del contrato que contenga la cláusula compromisoria.

13. Traducción libre. Ley No. 9.307, N. 1, Art. 8.

“Art. 8.- El árbitro decidirá de oficio, o por provocación de las partes, las cuestiones sobre la existencia, validez y eficacia de la convención de arbitraje y del contrato que contenga la cláusula compromisoria”.

14. Tribunal Supremo de Justicia, *Recurso Especial No. 1.550.260*, Rel. Min. Sanseverino, 12/12/2017.

3. La consecuencia de la existencia del compromiso arbitral es la extinción del proceso sin resolución de mérito, con base en el artículo 267, inciso VII, del Código de Proceso Civil de 1973.
4. Recurso especial provisto (énfasis añadido)¹⁵.

Por otro lado, el principio *kompetenz-kompetenz* fue mitigado en casos excepcionales, en los cuales la cláusula compromisoria es patológica y, por lo tanto, el Poder Judicial decidió intervenir. Tal entendimiento ocurre en contratos de adhesión o de franquicia, en los cuales la parte adherente a menudo es la más fuerte y no tiene conciencia ni comprensión de los efectos de la cláusula de arbitraje. Las excepcionalidades de estos casos fueron resaltadas por la Min. Nancy ANDRIGHI al juzgar el caso *Odontología Noroeste Ltda. c. Grupo Odontológico Unificado Franchising*¹⁶. En este caso, la Min. ANDRIGHI mitigó el principio *kompetenz-kompetenz* tomando en consideración las particularidades del caso, del contrato de adhesión, la aplicación del CDC y resaltó: “El Poder Judicial puede, en los casos en que prima facie es identificado un compromiso arbitral “patológico”, *i.e.*, claramente ilegal, declarar la nulidad de esa cláusula, independientemente del estado en que se encuentre el procedimiento arbitral”¹⁷.

15. Traducción libre. *Ibidem*.

16. Traducción libre. Tribunal Supremo de Justicia, *Recurso Especial No. 1602076/SP*, Rel. Min. Nancy Andrigli, 15/09/2016, DJe 30/09/2016.

Según enmienda: “RECURSO ESPECIAL. DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL. CONTRATO DE FRANQUICIA. CONTRATO DE ADHESIÓN. ARBITRAJE. REQUISITO DE VALIDAD DEL ART. 4º, § 2º, DE LA LEY 9.307/96. INCUMPLIMIENTO. RECONOCIMIENTO PRIMA FACIE DE CLÁUSULA COMPROMISORIA “PATOLÓGICA”. ACTUACIÓN DEL PODER JUDICIAL. POSIBILIDAD. NULIDAD RECONOCIDA. RECURSO PROVISTO. 1. Recurso especial interpuesto el 07/04/2015 y redistribuido a este gabinete el 25/08/2016. 2. El contrato de franquicia, por su naturaleza, no está sujeto a las reglas de protección previstas en el CDC, pues no hay relación de consumo, pero de fomento económico. 3. Todos los contratos de adhesión, inclusive aquellos que no consubstancian relaciones de consumo, como los contratos de franquicia, deben observar lo dispuesto en el art. 4º, § 2º, de la Ley 9.307/96. 4. El Poder Judicial puede, en los casos en que prima facie sea identificado un compromiso arbitral “patológico”, *i.e.*, claramente ilegal, declarar la nulidad de esa cláusula, independientemente del estado en que se encuentre el procedimiento arbitral. 5. Recurso especial conocido y provisto”.

17. *Ibidem*.

3.3 El recurso procesal: “Conflictos de Competencia”

El recurso procesal denominado “Conflicto de Competencia” (en adelante, CC) surgió para solucionar conflictos de competencia entre órganos del Poder Judicial. Sin embargo, recientemente también pasó a ser utilizado por partes que buscan impedir la continuidad del procedimiento arbitral por medio del inicio de acciones en el Poder Judicial y, posteriormente, interponer un CC entre el juicio arbitral y judicial.

Aunque se critique sobre la posibilidad de la utilización de este mecanismo para discutir el conflicto de competencia entre el juicio arbitral y judicial¹⁸, se verifica que el STJ se ha posicionado favorablemente a la admisión de estos conflictos, a pesar de que las decisiones sean favorables a la competencia arbitral y el tribunal sea reticente en conferir medidas para impedir la tramitación del arbitraje¹⁹. Estos conflictos de competencia también han sido cada vez más utilizados como vía de acceso rápido al STJ, en los casos de medidas judiciales buscando interferir en el avance del procedimiento arbitral.

Se debe destacar al *CC No. 139.519–RJ*, que involucra a Petrobras y a la Agencia Nacional de Petróleo, Gas Natural y Biocombustible (ANP), y que confirmó la competencia del juicio arbitral²⁰, y será tratado en la sección § 4.2; y al *CC No. 151.130*, que involucra a Petrobras y la Unión, que reconoció la primacía de la competencia del juicio arbitral para decidir su jurisdicción sobre la Unión y determinó la suspensión de las medidas judiciales en curso que tienen

18. En este sentido, véase Tribunal Supremo de Justicia, *CC No. 113.260/SP*, Rel. Min. Nancy Andri-ghi, voto del Min. Sidnei Beneti del STJ, 04/07/2011, pp. 13-14; A. C. V. LADEIRA, “Conflito de Competência em Matéria de Arbitragem”, *Revista Brasileira de Arbitraje*, No. 41, Ene-Mar/2014, p. 60; y C. C. V. ROCHA, “Conflicto positivo de competencia entre árbitro y magistrado”, *Revista de Arbitraje y Mediación*, No. 34, Ene-Mar./2011, p. 148.

19. Véase, por ejemplo, Tribunal Supremo de Justicia, *CC No. 113.260/SP*, Min. Rel. Nancy Andri-ghi, voto disidente del Min. João Octavio Noronha, 07/04/2011.

20. Tribunal Supremo de Justicia, *CC No. 139.519–RJ*, 11/10/2017.

por objeto impedir la Unión de participar del procedimiento arbitral²¹.

3.4 Arbitrabilidad

Según el artículo 1 de la Ley de Arbitraje²², cualquier litigio relativo a los derechos patrimoniales disponibles puede ser solucionado por arbitraje. Los tribunales brasileños interpretan la arbitrabilidad objetiva de manera integral y favorable al arbitraje.

Existe un posicionamiento de los tribunales incluso en el sentido de confirmar la eficacia de las cláusulas de arbitraje en los casos de insolvencia de una de las partes signatarias de la cláusula (precedentes en este sentido son el caso Diagrama del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo (en adelante, TJSP)²³ y el ABC *Saúde* del STJ)²⁴.

El arbitraje relacionado con disputas societarias, incluso entre accionistas, también es muy utilizado en Brasil. Desde el

21. Traducción libre. Tribunal Supremo de Justicia, *CC No. 151.130*, Rel. Min. Nancy Andrighi, 09/05/2018. Véase, en especial, la parte final del dispositivo:

“Fuerte en esas razones, en reconsideración a la decisión de hojas. 663-666 (e-STJ), DE-FIERO el pedido de tutela anticipada formulado en la petición inicial para: (i) sobresalir en los términos del art. 955 del CPC/2015, la acción declaratoria de inexistencia de relación jurídica (Proceso N° 0025090-62.2016.403.6100) en trámite en la 13ª Sala Civil de la Justicia Federal de São Paulo/SP, y el agravo del instrumento N° 0023155- 51.2016.403.0000, en trámite en el Tercer Grupo del TRF de la 3ª Región; y (ii) suspender la eficacia de la decisión proferida por el TRF de la 3ª Región que impedia la participación de la UNIÓN en el procedimiento arbitral N° 75/16 en la CAM-BOVESPA. Por último, DETERMINÓ a las partes que este Gabinete sea informado inmediatamente tras la decisión definitiva, por el Tribunal Arbitral, referente a la participación de la UNIÓN FEDERAL en el mencionado procedimiento N° 75/16 CAM-BOVESPA”.

22. Traducción libre. Ley No. 9.307, N. 1, Art. 1.

“Art. 1.- Las personas capaces de contratar podrán valerse del arbitraje para dirimir litigios relativos a derechos patrimoniales disponibles”.

23. Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, Recurso de Instrumento *No. 531.020-4/3-00*, 25/06/2008.

24. Traducción libre. Tribunal Supremo de Justicia, *MC No. 14.295-SP*, Rel. Min. Nancy Andrighi, 09/06/2008.

“La participación de operadoras de planes privados de asistencia a la salud en liquidación extrajudicial en el procedimiento arbitral, a rigor, no exige la práctica de ningún acto inclinado a concluir negocios pendientes, tampoco a onerar o alienar bienes. El hecho de arbitraje involucrar derechos disponibles no significa que habrá, necesariamente, en el curso del procedimiento arbitral, actos del liquidante que impliquen en la disponibilización de tales derechos”.

año 2001, la Ley de Sociedades Anónimas prevé expresamente la posibilidad en el artículo 109, § 3^o²⁵. Con la reforma de la Ley de Arbitraje, también fue incluido el artículo 136-A en la Ley de Sociedades Anónimas que aclaró que la cláusula de arbitraje inserida en el estatuto social de la compañía vincula a todos los accionistas y garantiza el derecho de retirada al accionista que no esté de acuerdo con la inclusión de la cláusula de arbitraje²⁶.

En este sentido, la Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA/B3) adoptó como parte de su política de gobernanza corporativa para el acceso al nivel 2 del mercado la adhesión al arbitraje, teniendo en vista que la opción de la empresa en adherir refleja en el grado de transparencia de la empresa y la forma como es vista por el inversor.

En materia societaria merecen destaque los diversos casos involucrando accionistas de la empresa Petrobras que contienen cláusula de arbitraje en su estatuto social. Primeramente, se hace necesario aclarar la existencia de más de un *arbitraje involucrando accionistas minoritarios o grupos de accionistas contra Petrobras* frente a la Cámara de Arbitraje del Mercado de B3²⁷. Se trata de un arbitraje con carácter de procedimiento colectivo debido a la participación de múltiples accionistas.

Teniendo en vista la pulverización de las acciones de Petrobras, diversos inversores buscaron al judicial²⁸. Aún en la

25. Traducción libre. Ley 6.404 – Lei das sociedades por ações do Brasil, Art. 109(§3), 15/12/1976. “Art. 109 §3.- El estatuto de la sociedad puede establecer que las divergencias entre los accionistas y la compañía, o entre los accionistas controladores y los accionistas minoritarios, podrán ser solucionadas mediante arbitraje, en los términos en que se lo especificue”.

26. Traducción libre. Ídem, Art. 136(A).

“Art. 136(A).- La aprobación de la inserción de convención de arbitraje en el estatuto social, observado el quórum del art. 136, obliga a todos los accionistas, asegurado al accionista disidente el derecho de retirarse de la compañía mediante el reembolso del valor de sus acciones, en los términos del Art. 45.

§ 1o La convención solamente tendrá eficacia tras el decurso del plazo de 30 (treinta) días, contado desde la publicación del acta de la asamblea general que la aprobó”.

27. Para más información, véase <<https://bit.ly/34aqogT>> (11/07/2019).

28. Véase, por ejemplo, Corte Federal de Apelaciones, *Apelación No. 500984610.2015.4.04.7201/SC*, Rel. Cândido Alfredo Silva Leal Junior, 15/12/2016.

sede de tutela anticipada, el STJ ya se manifestó confirmando la participación de la Unión en arbitraje en curso²⁹. En los Estados Unidos, el juez Jed RAKOFF tuvo la oportunidad de analizar la validez de la cláusula compromisoria inserta en el estatuto social de Petrobras y quien estaría vinculando a la misma³⁰.

En los casos involucrando la administración pública se crearon oportunidades para la discusión sobre la arbitrabilidad de las materias objeto del litigio y serán discutidos en la sección § 4.2 abajo.

3.5 Medidas cautelares

La reforma de la Ley de Arbitraje realizada en 2015 añadió dos artículos tratando sobre el tema de las medidas cautelares o de urgencia. El artículo 22-A trata de las medidas cautelares o de urgencia que se hagan necesarias antes de la institución del arbitraje y pueden ser solicitadas al Poder Judicial, además de aclarar que la eficacia de la medida está condicionada al inicio del arbitraje evitando discusiones sobre los requisitos de enjuiciamiento de la “acción principal” previstos en el Código Procesal Civil³¹. El artículo 22-B aclara que, después que la institución del arbitraje, cabrá a los árbitros el mantenimiento, modificación o revocación de tales medidas³².

29. Tribunal Supremo de Justicia, N. 21.

30. Corte Distrital de Estados Unidos, Estado de Nueva York, *In Re Petrobras Securities Litigation*, 116 F. Supp. 3d 368, 2015.

31. Traducción libre. Ley No. 9.307, N. 1, Art. 22(A).

“Art. 22(A).- Antes de instituido el arbitraje, las partes podrán recurrir al Poder Judicial para la concesión de medida cautelar o de urgencia.

Párrafo único. Cesa la eficacia de la medida cautelar o de urgencia si la parte interesada no requiere la institución del arbitraje en el plazo de 30 (treinta) días, contado a partir de la fecha de efectivización de la respectiva decisión”.

32. Traducción libre. Ídem, Art. 22(B).

“Art. 22(B).- Instituido el arbitraje, cabrá a los árbitros mantener, modificar o revocar la medida cautelar o de urgencia concedida por el Poder Judicial.

Párrafo único. Estando ya instituido el arbitraje, la medida cautelar o de urgencia será requerida directamente a los árbitros”.

Incluso antes de la reforma de la Ley de Arbitraje la cuestión sobre la posibilidad del recurso al Poder Judicial para medidas urgentes antes de la instauración del arbitraje sin implicar en renuncia de la cláusula de arbitraje y la competencia del juicio arbitral para rever y modificar las medidas concedidas por el Poder Judicial ya estaban consolidadas en la jurisprudencia nacional. En ese sentido, fue el juzgado de la Min. Nancy ANDRIGHI en recurso especial 1.297.974:

La decisión sobre el mérito de la controversia es de prerrogativa del árbitro. A la espera del establecimiento del procedimiento arbitral, o ante la imposibilidad, la competencia es excepcionada y es dada a las partes la posibilidad de acceso a la jurisdicción estatal. Tan pronto como sea posible su instauración, la competencia para juzgamiento del hecho por el Judicial cesa, imponiéndose la devolución del asunto para que el árbitro reevalúe la decisión judicial pronunciada en la medida cautelar, manteniendo, alterando o revocando la respectiva decisión³³.

3.6 Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras

Las dos investigaciones empíricas realizadas por el CBAr mostraron una posición favorable a el reconocimiento de sentencias extranjeras por los tribunales superiores, apartando, en especial, alegaciones vagas de ofensa al orden público como una tentativa de impedir el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral extranjera.

La investigación de 2007 analizó 28 pedidos de reconocimiento de sentencia extranjera, de los cuales 20 fueron reconocidos, 2 fueron extintos sin juzgamiento de mérito y 6 no fueron reconocidos³⁴.

33. Traducción libre. Tribunal Supremo de Justicia, *Recurso Especial No. 1.297.974*, Min. Nancy Andrighi, 12/06/2012.

34. F. F. MANGE et al, *2ª Fase da Pesquisa Arbitragem e o Poder Judiciário: Relatório del tema: Homologação de Sentencia Arbitral Estrangeira*, Comité Brasileiro de Arbitragem, 2008, <<https://bit.ly/2NDH62s>> (11/07/2019).

La investigación de 2016 analizó 37 pedidos de reconocimiento de sentencia extranjera, de los cuales 28 fueron reconocidos, 3 fueron reconocidos parcialmente, 1 fue extinto sin juzgamiento de mérito y 5 no fueron reconocidos³⁵.

En ambas investigaciones, se concluye que la mayoría de los casos que no fueron reconocidos la decisión de los tribunales superiores fue técnica y de acuerdo con la legislación vigente. Vicios en la validez de la convención de arbitraje, irregularidades en la citación y sentencia proferida en desacuerdo con la convención de arbitraje fueron los principales motivos que proporcionaron el no reconocimiento.

En este contexto, merecen ser destacados dos casos en los cuales el reconocimiento de la sentencia extranjera fue denegado:

3.6.1 *EDF c. Endesa/YPF*³⁶

Se trata de una sentencia arbitral anulada en Argentina y sometida al STJ para su reconocimiento. El STJ aplicó de manera estricta los dispositivos de la legislación brasileña y de la Convención de Nueva York concluyendo por el no reconocimiento. Aunque correcta la decisión con relación al caso concreto, la decisión trata el tema con rigidez al no posibilitar el reconocimiento de cualquier sentencia anulada en la sede. En este sentido, es el siguiente extracto de la decisión:

35. D. F. ZIADE *et al*, *Arbitragem e o Poder Judiciário: Relatório del tema: Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira*, 2017, <<https://bit.ly/2ZzqbV0>> (11/07/2019).

36. Traducción libre. Tribunal Supremo de Justicia, SEC No. 5.782, Rel. Min. Jorge Mussi, 02/12/2015. Enmienda: “Reconocimiento de sentencia arbitral extranjera contestada. Artículo 34 de la Ley No. 9.307/1996. Incidencia inicial de los tratados internacionales, con eficacia en el ordenamiento jurídico interno. Aplicación de la Ley de Arbitraje en la ausencia de estos. Laudo arbitral anulado en el país de origen, con sentencia judicial transitada en juzgado. Juicio de deliberación. Desabastecimiento del examen de mérito de la sentencia arbitral. Imposibilidad de análisis de la decisión judicial extranjera. Indeferimiento de la pretensión reconocimiento”.

3. La legislación aplicable a la materia — Convención de Nueva York, Artículo V(1)(y) del Decreto n. 4.311/2002; Convención de Panamá, Artículo 5(1)(e) del Decreto n. 1.902/1996; Ley de Arbitraje Brasileña, Artículo 38, inciso VI, de la Ley n. 9.307/1996; y Protocolo de Las Leñas, Artículo 20(e) del Decreto n. 2.067/1996, todos internalizados en el ordenamiento jurídico brasileño — no deja dudas en relación a la imprescindibilidad de la sentencia extranjera, arbitral o no, haber transitado en juzgado para ser reconocido en esta Corte Superior, comulgando la doctrina patria del mismo entendimiento.

3.6.2 *Abengoa c. Ometto*³⁷

Se trata de pedido de reconocimiento de sentencia arbitral proferida en Nueva York. Tras la sentencia arbitral ser proferida, la parte brasileña (Ometto) cuestionó la parcialidad del árbitro presidente alegando que este dejó de informar que su oficina prestó servicios y recibió honorarios en un asunto no relacionado de otra compañía del grupo Abengoa. Esta discusión fue llevada al Judicial en Nueva York que concluyó por la imparcialidad del árbitro y mantuvo la rigidez de la sentencia arbitral. En sede de reconocimiento de la sentencia extranjera en Brasil, Ometto se opuso al reconocimiento, alegando ofensa al orden público en recurrencia de la imparcialidad del árbitro presidente. En este caso, el STJ entendió que, excepcionalmente, podría reexaminar el mérito y analizó la parcialidad del árbitro en arbitraje con sede en el exterior con base en los criterios exigidos por la legislación

37. Traducción libre. Tribunal Supremo de Justicia, SEC No. 9.412, Rel. Min. João Octavio Noronha, 19/04/2017.

Enmienda: “Reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras. Apreciación del mérito. Imposibilidad, salvo si se configura ofensa al orden público. Alegación de parcialidad del árbitro. Presupuesto de validez de la decisión. Acción anulatoria propuesta en el estado americano donde fue instaurado el tribunal arbitral. Vinculación del STJ a la decisión de la justicia americana. No ocurrencia. Existencia de relación acreedor/deudor entre bufett de abogacia del árbitro presidente y el grupo económico integrado por una de las partes. Hipótesis objetiva posible de comprometer la intención del árbitro. Relación de negocios, sea anterior, futura o en curso, directa o indirecta, entre árbitro y una de las partes. Deber de revelación. Inobservancia. Quiebre de confianza fiducial. Sospecha. Valor de la indemnización. Previsión de la aplicación del derecho brasileño. Juzgamiento fuera de los límites de la convención. Imposibilidad”.

nacional a los árbitros, como se puede observar en el siguiente extracto de la enmienda:

1. El procedimiento de reconocimiento de sentencia extranjera no autoriza el reexamen del mérito de la decisión reconocida, excepcionadas las hipótesis en que se configure afronta a la soberanía nacional o al orden público. Dado el carácter indeterminado de tales conceptos, para no subvertir el papel de reconocimiento del STJ, se debe interpretarlos de modo a repeler solamente aquellos actos y efectos jurídicos absolutamente incompatibles con el sistema jurídico brasileño.

2. La prerrogativa de la imparcialidad del juzgador es una de las garantías que resultan del postulado del debido proceso legal, materia que no precluye y es aplicable al arbitraje, merced de su naturaleza jurisdiccional. La inobservancia de esa prerrogativa ofende, directamente, el orden público nacional, razón por la cual la decisión proferida por la Justicia alienígena, a la luz de su propia legislación, no impide el examen de la materia por el STJ.

3. Ofende el orden público nacional la sentencia arbitral emanada de árbitro que tenga, con las partes o con el litigio, algunas de las relaciones que caracterizan los casos de impedimento o sospecha de los jueces (arts. 14 y 32, II, da Ley n. 9.307/1996)³⁸.

Porotrolado,diversasotrassentenciasarbitralesextranjerassentencias fueron reconocidas por el STJ. El STJ ya enfrentó casos en los cuales la sentencia arbitral no estaba fundamentada o tenía fundamentación sucinta³⁹. En estos casos, el STJ privilegió la ley del lugar donde la sentencia fue proferida, reconociendo y ejecutando sentencias arbitrales con poca fundamentación si de acuerdo con las reglas del lugar del pronunciamiento de la sentencia.

38. Traducción libre. *Ibidem*.

39. En este sentido, véase, *Newedge c. Manoel Fernando Garcia*, SEC n. 5692-EX, Rel. Min. Ari Pargendler, 20/08/2014; y *Kanematsu c. ATS*, SEC n. 885-EX, Rel. Min. Francisco Falcão, 18/04/2012.

4. ARBITRAJE INVOLUCRANDO A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA E INVERSIONES EXTRANJERAS

Brasil no hace parte del sistema del CIRDI/ICSID, no firmó la Convención de Washington y tampoco ratificó los Acuerdos Bilaterales de Inversiones. Por otro lado, la participación de la administración pública en arbitrajes institucionales, tanto nacionales como internacionales, es posible y hay previsión legal en diversas legislaciones dispersas, así como en la Ley de Arbitraje, tras la reforma de 2015.

Recientemente Brasil firmó algunos Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (en adelante, ACFI). Pero, a pesar de eso, estos acuerdos no prevén arbitraje de inversiones en los modelos que actualmente predominan en el ámbito internacional.

4.1. Legislación específica

Con la reforma de la Ley de Arbitraje en 2015, fueron añadidos algunos dispositivos que hicieron aún más evidente la posibilidad de que entes de la administración pública directa e indirecta utilicen el arbitraje⁴⁰. La reforma de la ley también aclaró quién en la administración pública puede celebrar cláusulas de arbitraje, así como la necesidad del juzgamiento de derecho (y no por equidad) y al respecto del principio de la publicidad.

Antes de eso, algunas legislaciones ya preveían la posibilidad de recurso al arbitraje como método de solución de conflictos. Las principales legislaciones que contienen dispositivos expresos sobre este tema son:

40. Traducción libre. Ley No. 9.307, N. 1, Art. 1(1).

“Art. 1(1).- La administración pública directa e indirecta podrá utilizar el arbitraje para dirimir conflictos relativos a derechos patrimoniales disponibles”.

- (i) Ley de Cooperación Público-Privada (en adelante, Ley de PPP, por sus siglas en portugués), Ley No. 11.079/2004;

Art. 11. El instrumento convocatorio contendrá una minuta del contrato, indicará expresamente la sumisión de la licitación a las normas de esta ley y observará, en lo que le corresponda, los §§ 3º y 4º del art. 15, los arts. 18, 19 y 21 de la Ley No. 8.987, del 13 de febrero de 1995, pudiendo aún prever: [...].

III – el empleo de los mecanismos privados de resolución de disputas, incluso el arbitraje, a ser realizado en Brasil y en lengua portuguesa, en los términos de la Ley No. 9.307, del 23 de setiembre de 1996, para dirimir conflictos decurrentes o relacionados al contrato⁴¹.

- (ii) Ley de Concesiones, Ley No. 11.196/2005;

Art. 23-A. El contrato de concesión podrá prever el empleo de mecanismos privados para la resolución de disputas decurrentes o relacionadas al contrato, incluso el arbitraje, a ser realizado en Brasil y en lengua portuguesa, en los términos de la Ley No. 9.307/96, del 23 de setiembre de 1996⁴².

- (iii) Ley del Petróleo, Ley No. 9.478/95, art. 43-X;

- (iv) Ley de las Telecomunicaciones, Ley No. 9.472/97, art. 93, XV;

- (v) Ley de Transportes por Carretera, Ley No. 11.442/2007, art. 19; y

- (vi) Ley de los Puertos, Ley No. 12.815/2013, arts. 37 y 62.

Algunas de esas legislaciones, como la Ley de PPP, traen algunos requisitos adicionales como la necesidad del arbitraje ser realizado en Brasil y en portugués.

Recientemente Estados y Municipios también promulgaron legislaciones que disponen sobre su participación en arbitrajes, como por ejemplo el Decreto del Estado de Río de Janeiro, Decreto No. 46.245, del 19 de febrero de 2018.

41. Ley No. 11.079/2004, 30/12/2004.

42. Ley No. 11.196/2005, 21/11/2005.

4.2. Casos emblemáticos que involucran a la administración pública

La evolución de la jurisprudencia ha sido positiva en lo que se refiere a la posibilidad de la Administración Pública ser parte en los arbitrajes. Los tribunales superiores se han mostrado favorables, a pesar de que aún existen algunos casos con jurisprudencia negativa de las instancias inferiores.

Incluso antes de la reforma de la Ley de Arbitraje, el STJ ya se había manifestado sobre la validez de la cláusula de arbitraje pactada por la sociedad de economía mixta. El *leading case* en este contexto fue el caso *CEEE c. AES Uruguaiana*⁴³. La empresa AES Uruguaiana realizó una licitación internacional en la modalidad competencia internacional teniendo por objeto la adquisición de potencia y energía eléctrica, quedando expresamente consignada en el respectivo contrato la cláusula compromisoria previendo que eventuales litigios de ellos decurrentes, ya sea en lo que se refiere a la modificación o rescisión de la retribución, o incluso en la impugnación de los pagos, serían dirimidos por medio del juicio arbitral. Posteriormente, AES recorrió al Poder Judicial cuestionando la validez de la cláusula compromisoria. CEEE requiere la extinción del proceso sin juzgamiento de mérito en decurrencia de la cláusula compromisoria, a tenor de lo dispuesto en los arts. 3 y 4 de la Ley 9.307/1996; 267, VII, del CPC y 4 del

43. Traducción libre. Tribunal Supremo de Justicia, Recurso Especial No. 612.439-RS, Rel. Min. João Otavio Noronha, 25/10/2015.

ENMIENDA: PROCESO CIVIL. JUICIO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISORIA. EXTINCIÓN DEL PROCESO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA. DERECHOS DISPONIBLES. 1. Cláusula compromisoria es el acto por medio del cual las partes contratantes formalizan su deseo de someter al arbitraje eventuales divergencias o litigios posibles de ocurrir a lo largo de la ejecución de la contratación. Efectuado el ajuste, que solo puede ocurrir en hipótesis involucrando derechos disponibles, quedan los contratantes vinculados a la solución extrajudicial de la pendencia. 2. La elección de la cláusula compromisoria es causa de extinción del proceso sin juzgamiento de mérito, en los términos del art. 267, inciso VII, del Código de Proceso Civil. 3. Son válidos y eficaces los contratos firmados por las sociedades de economía mixta exploradoras de actividad económica de producción o comercialización de bienes o de prestación de servicios (CF, art. 173, § 1º) que estipulen cláusula compromisoria sometiendo al arbitraje eventuales litigios decurrentes del ajuste. 4. Recurso especial provisto.

Reglamento de la CCI. En el mismo sentido, en el Mandato de Seguridad involucrando la *Terminal Multimodal de Coroa Grande c. Nuclebrás (Nuclep)*⁴⁴, el STJ afirmó que los entes públicos no están renunciando al interés público al elegir el arbitraje como método de solución de conflictos.

Recientemente el STJ tuvo la oportunidad de manifestarse sobre el tema y solucionar el embrollo existente en recurrencia de diversas decisiones del Tribunal Regional Federal (en adelante, TRF) de la 2ª región en el sentido de suspender el arbitraje en curso⁴⁵. Se trata del caso entre la *Agencia Nacional de Petróleo, Gas y Biocombustible (ANP) y Petrobras*, en el cual se discutía la división de campos de petróleo y ANP alega que la pretensión de Petrobras está fuera del alcance de la cláusula de arbitraje. En sede de Conflicto de Competencia entre el TRT de la 2ª región y el juicio arbitral⁴⁶, el STJ confirmó la competencia del juicio arbitral para decidir la cuestión y que el control por el Poder Judicial debería ser apenas a *posteriori*⁴⁷. Vale destacar el siguiente extracto de la enmienda del juzgado que aclara la posición del STJ:

-
44. Traducción libre. Tribunal Supremo de Justicia, *MS No. 11.308/DF, 09/04/2008*. Enmienda: ADMINISTRATIVO. MANDATO DE SEGURIDAD. PERMISO DE ÁREA PORTUARIA. CELEBRACIÓN DE CLÁUSULA COMPROMISORIA. JUICIO ARBITRAL. SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA. POSIBILIDAD. 1. La sociedad de economía mixta, cuando engendra vínculo de naturaleza disponible, encartado en la misma cláusula compromisoria de sumisión del litigio al Juicio Arbitral, no puede pretender ejercer poderes de supremacía contractual previstos en la Ley 8.666/93. Al optar por el arbitraje el contratante público no está transigiendo con el interés público, ni renunciando a los instrumentos de defensa de los intereses públicos. Está, sí, eligiendo una forma más expedita, o un medio más hábil, para la defensa del interés público. Así como el juez, en el procedimiento judicial debe ser imparcial, también el árbitro debe decidir con imparcialidad, el interés público no se confunde con el mero interés de la Administración o de la Hacienda Pública; el interés público está en la correcta aplicación de la ley y se confunde con la realización correcta de la Justicia.
45. Tribunal Regional Federal 2, *Proceso No. 0005966-81.2014.4.02.5101, 08/05/2014*; *Tribunal Regional Federal 2, Proceso No. 0160246-10.2014.4.02.5101, 31/10/2014*; y *Tribunal Regional Federal 2, Proceso 0001194-18.2015-4.02.0000, 08/05/2014*.
46. Tribunal Supremo de Justicia, *CC No. 139.519-RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia, 11/10/2017*.
47. *Ibidem*. Enmienda: Conflicto positivo de competencia. Juicio arbitral y órgano jurisdiccional estatal. Conocimiento. Arbitraje. Naturaleza jurisdiccional. Medios alternativos de solución de conflicto. Deber del Estado. Principio *kompetenz-kompetenz*. Precedencia del juicio arbitral en relación a la jurisdicción estatal. Control judicial a posteriori. Convivencia armónica entre el derecho patrimonial disponible de la administración pública y el interés público. Conflicto de competencia juzgado precedente.

VII - En el ámbito de la Administración Pública, desde la Ley No. 8.987/95, denominada Ley General de las Concesiones y Permisos de Servicios Públicos, con la redacción dada por la Ley No. 11.196/05, hay previsión expresa de que el contrato podrá disponer sobre el empleo de mecanismos privados para la resolución de conflictos, incluso el arbitraje. En el mismo sentido la Ley No. 9.478/97, que regula la política energética nacional, las actividades relativas a la extracción de petróleo y la institución de la ANP (art. 43, X) y la Ley No. 13.129/15, que agregó los §§ 1º y 2º, al art. 1º de la Ley No. 9.307/96, en lo que se refiere a la utilización del arbitraje por la Administración Pública.

VIII - La jurisdicción estatal decurre del monopolio del Estado de imponer reglas a los particulares, por medio de su autoridad, el consonante principio de la inafectabilidad del control judicial (art. 5º, XXXV, de la Constitución de la República), mientras que la jurisdicción arbitral emana de la voluntad de los contratantes.

IX - La jurisdicción arbitral precede a la jurisdicción estatal, incumbiendo a aquella deliberar sobre los límites de sus atribuciones, previamente a cualquier otro órgano juzgador (principio *kompetenz-kompetenz*), así como sobre las cuestiones relativas a la existencia, a la validez y a la eficacia de la convención de arbitraje y del contrato que contenga la cláusula compromisoria (arts. 8º y 20, de la Ley No. 9.307/96, con la redacción dada por la Ley No. 13.129/15).

X - Convivencia armónica del derecho patrimonial disponible de la Administración Pública con el principio de la indisponibilidad del interés público. La Administración Pública, al recurrir al arbitraje para solucionar litigios que tengan por objeto derechos patrimoniales disponibles, atiende al interés público, preservando la buena fe de los actos practicados por la Administración pública, en homenaje al principio de la seguridad jurídica.

XI - El arbitraje no imposibilita el acceso a la jurisdicción arbitral por Estado-Miembro, haciendo posible su intervención como tercero interesado. Previsiones legal y contractual.

XIII - Prematura apertura de la instancia judicial en descompás con lo dispuesto en el art. 3º, § 2º, del CPC/2015 y los términos de la Convención Arbitral.

XIV - Conflicto de competencia conocido y juzgado procedente, para declarar competente al Tribunal Arbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Agravios regimentales de la Agencia Nacional de Petróleo, Gas Natural y Biocombustibles y del Estado de Espirito Santo perjudicados⁴⁸.

4.3. ACFI – Acuerdo de Cooperación y Facilidad de Inversiones

Actualmente Brasil tiene seis ACFI con Mozambique (2015), Angola (2015), Malauí (2015), México (2015), Colombia (2015); Chile (2015) y Perú (2016)⁴⁹ y negociaciones en tratativas con África del Sur, Argelia, Marruecos y Túnez.

Estos acuerdos prevén el arbitraje solamente entre Estados –sin la participación de inversores privados–, algunos de ellos tienen redacciones más completas, otros la cláusula de solución de disputas aún es bastante amplia. Por ejemplo,

(i) Mozambique: Arbitraje entre Estados

Art. 15(6): En el caso de que no sea posible solucionar la disputa, las Partes podrán recurrir a mecanismos de arbitraje entre Estados que serán desarrollados por el Comité Conjunto, cuando lo sea considerado conveniente entre las partes⁵⁰.

(ii) Angola: Arbitraje entre Estados siguiendo el modelo del ACFI de Mozambique supra transcripto.

(iii) Malauí: Arbitraje entre Estados siguiendo el modelo del ACFI de Mozambique supra transcripto.

48. *Ibidem*.

49. Los Acuerdos de Cooperación y Facilidad de Inversiones mencionados se encuentran en <<https://bit.ly/2HzVyVh>> (11/07/2019).

50. Acuerdo de Cooperación y Facilidad de Inversiones entre Brasil y Mozambique disponible en: <<https://bit.ly/2UcQ5ZM>> (11/07/2019).

- (iv) México: Arbitraje entre Estados. Cláusula de Arbitraje más completa con la posibilidad de someter al arbitraje para una institución, por acuerdo de las partes (artículo 19 del ACFI⁵¹).
- (v) Colombia: Posee una cláusula de arbitraje más completa, con arbitraje ad hoc, pero haciendo posible que las partes elijan un reglamento de arbitraje, con enfoque en arbitraje de inversiones (artículo 23⁵²).
- (vi) Chile: Posee una cláusula de arbitraje más completa, con arbitraje ad hoc, pero haciendo posible que las elijan un reglamento de arbitraje, con enfoque en arbitraje de inversiones (artículo 23⁵³).

5. CONSIDERACIONES FINALES

Brasil actualmente posee un cuadro regulatorio favorable al arbitraje comercial, con una legislación adecuada a los niveles internacionales y una posición jurisprudencial favorable al arbitraje. Y pese a que Brasil no ha ratificado la Convención de Washington y no tiene Acuerdos Bilaterales de Inversiones como los modelos internacionales que prevalecen actualmente, el arbitraje involucrando entes de la administración pública está expresamente reglamentado por ley y es utilizado por la administración pública en los grandes contratos, incluso cuando están involucrados inversores extranjeros.

51. Acuerdo de Cooperación y Facilidad de Inversiones entre Brasil y México disponible en <<https://bit.ly/2MLg5uu>> (11/07/2019).

52. Acuerdo de Cooperación y Facilidad de Inversiones entre Brasil y Colombia disponible en <<https://bit.ly/2Lhzy2v>> (11/07/2019).

53. Acuerdo de Cooperación y Facilidad de Inversiones entre Brasil y Chile disponible en <<https://bit.ly/32fjxkE>> (11/07/2019).