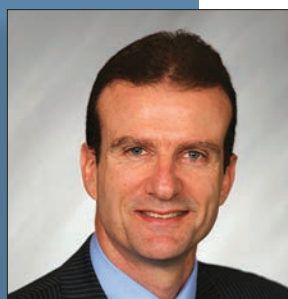


Contrato Internacional. La intervención del poder judicial durante el proceso arbitral: El caso Jirau

Mauricio Gomm Santos



*Socio, Gomm & Smith,
PA (Miami, Estados
Unidos), abogado de
partes estadounidenses y
latinoamericanas en litigios
comerciales internacionales,
y árbitro en controversias
arbitrales.*

1. Introducción General

El arbitraje, por su naturaleza contractual, es el resultado de la expresión de la autonomía y la libertad de contratación de las partes,¹ y tiene por finalidad proporcionar un *forum* alternativo e independiente para la solución privada de todas o algunas de las controversias que puedan producirse entre las partes contratantes.²

La cláusula arbitral demuestra un acuerdo consciente entre las partes para excluir de la resolución de sus disputas a los tribunales estatales en favor de la finalidad y conveniencia proporcionados por el proceso arbitral.³ A pesar del carácter autónomo del arbitraje con relación al poder judicial,⁴ esta independencia tiene sus límites.⁵ En este contexto, puede emerger la necesidad de recurrir a las judicaturas nacionales, particularmente en materias relacionadas con las solicitudes de asistencia en práctica de pruebas y medidas cautelares.⁶

Mauricio Gomm Santos

El problema de las diferentes, y a veces completamente opuestas, interpretaciones que los distintos tribunales judiciales pueden darle a un mismo convenio arbitral es el epicentro del dilema.

Pero la determinación del nivel necesario y / o apropiado de asistencia judicial es controvertida. En ciertas ocasiones la intervención judicial puede llegar a frustrar las características de celeridad, flexibilidad, y certeza procesal del arbitraje. Las distintas experiencias de los tribunales judiciales en materia de arbitraje, los distintos sistemas jurídicos, la deficiente redacción de la cláusula arbitral, y en consecuencia, las distintas interpretaciones que se le pueden dar a dicha cláusula, son algunas de las razones que este artículo presenta, a través del análisis del

controvertido caso *Energia Sustentável do Brasil S.A. e Outros v. Sul América Companhia Nacional de Seguros S.A. e Outros*⁷ (“*Jirau*”), como causas que pueden afectar la determinación de la intervención del judiciario en un proceso arbitral.

En algunos Estados el arbitraje ya tiene un mayor desarrollo y delineamiento en esta materia.⁸ Las diferencias en las actitudes hacia el arbitraje del Estado pueden llevar a los Estados y sus tribunales a involucrarse en conductas que otros Estados, los profesionales y los comentaristas, pueden ver como interferencias injustificadas en el proceso arbitral.⁹ A pesar del papel crucial de la Convención de Nueva York y el de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), el arbitraje no es todavía objeto de una armonización obligatoria de largo alcance y sigue sin estar regulado a nivel internacional.¹⁰ Como veremos, los distintos cuerpos normativos, en este caso la Ley de Arbitraje de Brasil (LAB) y el *English Arbitration Act*, jugaron un papel importante para determinar la correcta interpretación del acuerdo de arbitraje y el rol del tribunal durante el arbitraje.

El punto más expuesto en este artículo, se refiere a la importancia de la cláusula arbitral y su interpretación con relación a la intervención del poder

Contrato Internacional. La intervención del poder judicial durante el proceso arbitral. El caso Jirau

judicial durante el arbitraje. El problema de las diferentes, y a veces completamente opuestas, interpretaciones que los distintos tribunales judiciales pueden darle a un mismo convenio arbitral es el epicentro del dilema. De acuerdo con lo expuesto anteriormente, esto tiene un mayor pronunciamiento en el arbitraje internacional puesto que existe una mayor posibilidad de obtener resultados distintos en la interpretación de una misma cláusula cuando dos o más cuerpos judiciales pertenecen a Estados distintos. Con mayor razón, si estos pertenecen a sistemas jurídicos distintos, ya sea al *common law* o al *civil law*, como sucede en el caso de *Jirau*.

La cláusula compromisoria es la fuente de limitación del judiciario nacional, por lo tanto es lógico que el análisis para determinar la extensión de su intervención en el procedimiento arbitral, deba comenzar con la interpretación del texto de dicha cláusula.¹¹

La experiencia de muchos arbitrajes tortuosos, ampliamente documentados en precedentes arbitrales, corrobora que no son pocos los arbitrajes que se ven lastrados por una defectuosa clausula arbitral.¹² Un perfecto ejemplo de este tipo de arbitrajes tortuosos se observa en el caso *Jirau*, en donde el texto deficiente de la cláusula arbitral puso en juego dos sistemas jurídicos que a su vez dieron inicio o continuación a dos procedimientos distintos. La intervención judicial en este caso se produjo a través de la concesión de medidas *anti-suit injunction* y *anti-arbitration injunction* otorgadas por los tribunales ingleses y brasileños respectivamente, solicitados, por un lado, por las empresas de construcción, y por el otro, por las compañías de seguros.

La *anti-suit injunction* es considerada como un instrumento mediante el cual un tribunal de una jurisdicción tiene por objeto restringir la conducta de un litigio en otra jurisdicción.¹³ La *anti-arbitration injunction* se utiliza ya sea antes de que el arbitraje haya sido iniciado para evitar que el tribunal que se establezca o después de que el proceso ya ha comenzado para detener el proceso arbitral.¹⁴

Estas medidas fueron concedidas a raíz de la interpretación opuesta de la voluntad de las partes - “*inexistente*” según la corte brasileña, “*implícita*” según la inglesa - con respecto a la ley aplicable al convenio arbitral. Es decir, por

Mauricio Gomm Santos

La incorporación de una cláusula de arbitraje en el contrato no siempre evita la intervención de los tribunales judiciales durante el procedimiento arbitral. Las medidas judiciales como la anti-suit injunction y la anti-arbitration injunction, son algunos ejemplos de cómo el poder judicial puede intervenir durante el arbitraje.

la falta de precisión de la cláusula arbitral, las cortes discreparon respecto de cuál era el foro más apropiado para la resolución del conflicto; el arbitraje en Londres iniciado por las empresas de construcción o el procedimiento judicial ante los tribunales brasileños solicitado por las compañías de seguros. La corte inglesa determinó que la ley aplicable al convenio arbitral era la ley inglesa, mientras que por su parte, la corte brasileña determinó que la ley aplicable era la brasileña.

La incorporación de una cláusula de arbitraje en el contrato no siempre evita la intervención de los tribunales judiciales durante el procedimiento arbitral. Las medidas judiciales como la *anti-suit injunction* y la *anti-arbitration injunction*, son solamente algunos ejemplos de cómo el poder judicial

puede intervenir durante el arbitraje.¹⁵ Como se observa en el análisis del caso *Jirau*, la interdependencia, sea positiva o negativa, del proceso arbitral con el proceso judicial, continuará desempeñando un papel interesante en el desarrollo y desafíos al derecho arbitral internacional.

Este artículo comenta sobre los argumentos de las partes y el razonamiento invocado por los tribunales con respecto a la interpretación de la cláusula arbitral que les permitió llegar a una decisión sobre la ley aplicable al convenio arbitral, así como sobre los efectos de la intervención de ambos judiciales en el proceso arbitral mediante las órdenes de *anti-suit* y *anti-arbitration*. Concluye con una mirada global y una reflexión a modo de síntesis respecto de la importancia de redactar una cláusula arbitral libre de patologías para, en lo posible, limitar este tipo de intervenciones en el ámbito del arbitraje internacional.

Contrato Internacional. La intervención del poder judicial durante el proceso arbitral. El caso Jirau

2. Datos del Caso

2.1 Introducción al Caso

Energía Sostenible de Brasil S.A., Construcción y Comercio Camargo Corrêa S.A. y ENESA Engenharia S.A. (en adelante las “Constructoras”), por un lado, y América del Sur Compañía de Seguros Nacionales y Otros (colectivamente, las “Aseguradoras”) por el otro, celebraron un contrato de seguro de riesgos con respecto a las obras de ingeniería¹⁶ destinadas a la cobertura de la presa de *Jirau*.¹⁷

En diciembre de 2011, como consecuencia de los incidentes que se produjeron en marzo de 2011, las Constructoras comenzaron acciones legales contra las Aseguradoras en Brasil ante el tribunal del distrito de São Paulo / SP. (“Juízo singular de São Paulo”).¹⁸ A su vez, las Aseguradoras, en noviembre de 2011, iniciaron un arbitraje en Londres en contra de las Constructoras ante la *Insurance and Reinsurance Arbitration Society* (ARIAS), buscando en esencia (i) la declaración de no responsabilidad y (ii) la ocurrencia de un cambio material en una de las cláusulas de sus respectivas pólizas de seguro.¹⁹

Ante la noticia del inicio del procedimiento de arbitraje con la ARIAS, las Constructoras solicitaron una medida cautelar²⁰ a las cortes de Brasil para ordenar la suspensión del procedimiento arbitral hasta que la disputa se resolviera a través del sistema judicial local, de acuerdo con la cláusula 7 de las pólizas,²¹ que fijaba la competencia en los tribunales brasileños para solucionar los conflictos en relación al seguro entre ambas.

2.2 El *anti-arbitration injunction* otorgado por el Poder Judicial en Brasil

En diciembre de 2011, el tribunal de primera instancia de São Paulo negó la concesión de la tutela solicitada por las Constructoras, determinando que las pólizas de seguros establecen de forma expresa que las disputas sobre el importe a pagar por concepto de indemnización deberán ser sometidas a un procedimiento arbitral.²² No obstante, en ese mismo mes, esta decisión fue revertida por la sede de la apelación “*sede de Agravo de Instrumento*” ante el Tribunal Superior de Justicia de São Paulo (TJSP), quien confirió una medida cautelar en primera instancia para que las Aseguradoras se abstuvieran de iniciar un procedimiento de arbitraje en Londres.²³

Mauricio Gomm Santos

El 19 de abril de 2012, el TJSP confirmó la decisión de la sede de apelación, confirmando de esta manera que las Aseguradoras no debían iniciar un arbitraje en Londres bajo las reglas de ARIAS en tanto la controversia con las Constructoras no fuese resuelta por las cortes brasileñas.²⁴ El TJSP, en razón de un análisis detallado de la cláusula de resolución de conflictos, sostuvo que las partes no habían optado por el arbitraje como método para resolver los conflictos derivados de los contratos de seguros. Además, según el Poder Judicial de São Paulo, la continuación del procedimiento arbitral supondría una violación al Art. 4, párrafo segundo de la Ley de Arbitraje de Brasil (“LAB”).²⁵

De acuerdo con el TJSP, no existía un consentimiento expreso por parte de las Constructoras con respecto a la cláusula arbitral sobre resolución de conflictos, a la luz de lo señalado por el LAB. Además, el TJSP consideró que el proceder con el arbitraje en Londres violaría el Art. 44 de la Circular Susep 256/2004, cuyo contenido se asemeja a la orden legal antes mencionada.²⁶

Para el Tribunal de Apelaciones de São Paulo, la póliza es clasificada como un contrato típico de adhesión, por lo que una cláusula arbitral instituida de manera unilateral sin observar los requisitos anteriores, no tendría poder vinculante. La resolución del poder judicial, es la regla y no una vía alternativa, de acuerdo con la garantía fundamental de acceso a la justicia,²⁷ y de conformidad con la cláusula de elección del foro del contrato.²⁸

2.3 La orden *anti-anti-suit* otorgada por la justicia inglesa

El 13 de diciembre de 2011,²⁹ el tribunal de primera instancia en Londres emitió una orden judicial³⁰ con el objetivo de impedir que las Constructoras continuaran con las acciones legales en Brasil debido a la presencia de un acuerdo de arbitraje en el contrato de seguros.³¹

Se trata de una medida cautelar concedida por una orden judicial destinada a impedir que una de las partes promueva la acción judicial con el fin de detener el inicio o la continuación del procedimiento arbitral. Este instrumento llegó a ser conocido como *anti-anti-suit injunction*.

Contrato Internacional. La intervención del poder judicial durante el proceso arbitral. El caso Jirau

Por otra parte, ante la decisión del TJSP, las Aseguradoras presentaron un recurso ante el Tribunal Superior de Justicia (“TSJ”) en Londres, en busca de la continuación de la medida cautelar de *anti-suit injunction*. El 19 de enero de 2012,³² la *High Court of Justice* de Londres ordenó la continuación de la medida cautelar, contra la cual las Constructoras apelaron.

El 16 de mayo de 2012, después de determinar que la ley aplicable al convenio arbitral es la ley inglesa, la *Court of Appeal* confirmó la decisión de primera instancia. Al decidir esto, dio primacía a la elección de Londres como sede del arbitraje en lugar de la elección de la ley brasileña aplicable al fondo del contrato.³³

Para determinar la ley aplicable al convenio arbitral, la *Court of Appeal* se basó en tres criterios: (i) protección de la voluntad de las partes; (ii) en ausencia de una manifestación de tal voluntad, el juez de Londres extraerá del contrato la elección implícita hecha por las partes; (iii) la ley aplicable al convenio arbitral será aquella que tenga la conexión más cercana a la disputa.

En el razonamiento de la justicia inglesa, al haber elegido Londres como la sede del arbitraje, las partes habrían implícitamente elegido el *English Arbitration Act 1996* para el análisis de la validez del acuerdo de arbitraje y la jurisdicción de los árbitros.

En términos de la LAB, la mención de la ley brasileña como la aplicable al fondo del contrato no sería evidencia de una elección implícita para regir el convenio arbitral. Desde la perspectiva de la *decisum* inglesa, la LAB representa un serio riesgo a la clara intención de las partes de arbitrar eventuales controversias derivadas del contrato de seguros, teniendo en cuenta los requisitos legales,³⁴ por estar las cláusulas arbitrales contenidas en contratos de adhesión en Brasil. Para el juez inglés, las partes no podrían haber elegido intencionalmente un sistema legal que pudiera crear un efecto contrario.

Por otra parte, la corte inglesa también utilizó el tercer criterio, es decir, la legislación aplicable con la conexión más próxima y real a la cláusula

Mauricio Gomm Santos

De acuerdo con la corte inglesa, aunque la cláusula de mediación se rija por la ley aplicable al contrato, la cláusula de arbitraje estaría sujeta a la ley de la sede jurídica del arbitraje.

compromisoria. En este orden de ideas, la ley con el vínculo más cercano sería la de la sede del arbitraje, ya que proporciona el apoyo jurídico necesario para garantizar la eficacia del procedimiento de arbitraje, a diferencia de la ley que rige las pólizas de seguros.

La *Court of Appeal* rechazó también el argumento de las Constructoras según el cual, por ser la legislación brasileña aplicable al procedimiento de mediación establecido en la cláusula

11,³⁵ y teniendo en cuenta que se trata de una cláusula que opera en diversos niveles,³⁶ sería la ley brasileña, también por este motivo, la aplicable a la cláusula 12, que contempla el acuerdo de arbitraje.³⁷

De acuerdo con la corte inglesa, aunque la cláusula de mediación se rija por la ley brasileña, como ley aplicable al contrato, la cláusula de arbitraje - incluidas las disposiciones de la cláusula de mediación que le sean aplicables y que forman parte del acuerdo de arbitraje - estaría sujeta a la ley de la *sede jurídica del arbitraje*. La *Court of Appeal* confirmó este entendimiento.³⁸ Aunque algunas partes de la cláusula de mediación deben leerse como partes del convenio arbitral, la corte inglesa no vio problema en separar las disposiciones de la cláusula 11 relacionadas con el acuerdo de arbitraje.³⁹

En cualquier caso, la *High Court of Justice* declaró como inexistentes tanto un compromiso claro de mediación, como un compromiso evidente y específico para determinar los términos del procedimiento de mediación. Por lo tanto, las partes no estarían obligadas por la disposición de la cláusula 11 para buscar la resolución de la disputa de manera amistosa a través de la mediación. Dicha cláusula no estipula los criterios para regir el procedimiento ni tiene previsto el proceso de selección del mediador.⁴⁰

Contrato Internacional. La intervención del poder judicial durante el proceso arbitral. El caso Jirau

De esta forma, sea por la elección implícita de las partes o por la ley con la mayor conexión al contrato, la ley que rige el pacto arbitral no conduciría a la aplicación de la LAB; por lo tanto, las disposiciones legales ahí contenidas, como por ejemplo, el Art. 4, párrafo segundo, no serían aplicables al caso.

En resumen, la *High Court of Justice* concedió la controvertida continuación del *injunction* a las Aseguradoras, y la *Court of Appeal* confirmó esa decisión. Del lado brasileño, el TJSP, como se ha visto, también concedió su *anti-suit injunction*⁴¹ en favor de las Constructoras, rechazando el veredicto impuesto por la justicia inglesa, concediendo la medida preliminar para que las Aseguradoras se abstuvieran de continuar con el procedimiento de arbitraje en Londres, con una penalización en caso de incumplimiento de la decisión.⁴²

Hasta la fecha, el Tribunal Superior de Justicia (“TSJ”) no se ha pronunciado sobre el tema. Según informaciones proporcionadas por el mismo TJSP, éstas demuestran que los autos fueron recibidos por el TSJ a través del procedimiento de recursos el día 15/05/2013.⁴³ En cuanto a las cortes inglesas, no se ha producido una decisión posterior a la de la *Court of Appeal*.

3. Comentarios

3.1 Relativización del tribunal brasileño respecto al principio de *competence-competence*

El principio de *competence-competence* está consagrado en el Art. 8 de la LAB.⁴⁴ Este principio, universalmente aceptado, tiene el efecto de limitar los poderes del juez para decidir sobre la nulidad del convenio arbitral, confiriendo

El principio de competence-competence tiene el efecto de limitar los poderes del juez para decidir sobre la nulidad del convenio arbitral confiriendo al tribunal arbitral la competencia para decidir acerca de su propia competencia, cuando se planteen cuestiones de objeción a la jurisdicción arbitral.

Mauricio Gomm Santos

al tribunal arbitral la competencia para decidir acerca de su propia competencia, cuando se planteen cuestiones de objeción a la jurisdicción arbitral. El TJSP sostuvo que:

*“Los vicios en las disposiciones contractuales... generan más de una duda razonable suficiente para evitar los efectos de la llamada ‘eficacia negativa de la cláusula compromisoria,’ lo que justifica, en casos excepcionales, la relativización del principio competence-competence, previsto en el Art. 8º, párrafo único, de la Ley N° 9.307/96, por el cual le tocará al árbitro decidir sobre su competencia.”*⁴⁵

El relator utiliza la enseñanza de Emmanuel Gaillard, citado por Carlos Alberto Carmona,⁴⁶ para manejar los casos en que se admite la relatividad del principio de *competence-competence*. Carmona considera al juez apto para analizar la validez y la eficacia de la cláusula compromisoria en los casos en donde el vicio es reconocido *prima facie*:

*“(...) el juez podría reconocer la nulidad de un compromiso arbitral cuando éste carezca de cualquiera de sus requisitos esenciales, o la imposibilidad de hacer valer una convención arbitral que se refiere a una cuestión de derecho que no es arbitrable; mas no podría, iniciar un medio probatorio, para verificar el alcance del convenio arbitral o evaluar si alguno de los contratantes se ha visto obligado o inducido a celebrar el convenio arbitral.”*⁴⁷

Existen otros casos similares de relativización de este principio en la jurisprudencia brasilera. En caso de un contrato de financiamiento inmobiliario, el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro consideró inválida la cláusula de arbitraje por no haber sido ella destacada en el contrato, y por ser materia de jurisdicción estatal las cuestiones de orden público. La misma opinión fue confirmada por el mismo tribunal, en el caso de compra y venta de bienes cuando no se cumplían los requisitos del Art. 4 de la LAB, ya que la cláusula compromisoria no contenía la firma, visa especial o documento anexo expresando la clara aceptación del procedimiento de arbitraje.⁴⁸ En este caso, la falta de consentimiento de las Constructoras fue reconocida como vicio *prima facie*, justificando la relativización defendida por el TJSP.

Según George Bermann,⁴⁹ las cortes nacionales cumplen un papel importante en controlar el “gateway” del arbitraje. Los sistemas normativos que permiten el arbitraje, por lo menos con respecto a algunos conflictos, no escapan a la

Contrato Internacional. La intervención del poder judicial durante el proceso arbitral. El caso Jirau

posibilidad de que sus tribunales se vean envueltos en la resolución de cuestiones sobre el consentimiento de la cláusula compromisoria, especialmente al comienzo de la institución del proceso. El citado profesor de la Universidad de Columbia considera tales cuestiones como aquellas que pueden ser resueltas, ya sea por los tribunales estatales, como por el tribunal arbitral, si a él se le presentan. El poder judicial debe resolverlas antes de iniciarse el arbitraje. El autor afirma que, en una fase tan preliminar, cada tribunal debe encontrar el equilibrio para promover al arbitraje como una alternativa a los procedimientos, y al mismo tiempo garantizar que su decisión a favor de la jurisdicción del tribunal arbitral esté apoyada en un acuerdo de arbitraje válido y exigible.⁵⁰

Ambos tribunales, los brasileños y los ingleses, tuvieron en cuenta estas preocupaciones en sus decisiones. Lo que diferencia al uno del otro, utilizando el mismo término empleado por Bermann,⁵¹ son las cuestiones que se encuentran en la etapa inicial que delimitan el “*gateway*” en el arbitraje.

El TJSP primero sostuvo que la ley aplicable al acuerdo de arbitraje entre las Constructoras y las Aseguradoras es la LAB,⁵² y a continuación, constató que el contrato entre las partes pertenece a la categoría de los contratos de adhesión, requiriendo para su validez y eficacia, el cumplimiento con los requisitos formales y legales previstos en el Art. 4, párrafo segundo impuestos por dicho régimen jurídico, que en este caso no estaban presentes.⁵³

El TJSP no consideró la naturaleza y características de las Constructoras antes de revelar su preocupación por garantizar el acceso a la justicia, un derecho fundamental en la Constitución Federal brasilera, siendo una cuestión de *soberanía nacional*.⁵⁴ El tema es controvertido, pues coloca en un plano de igualdad a todas las personas que contratan con la compañía de seguros, independientemente de su poder económico, poder de negociación, o posibilidad de obtener eventual asistencia jurídica en la fase de negociación o ejecución del contrato. Para el profesor Arnoldo Wald, el tema de la falta de hiposuficiencia de las Constructoras no justificaría una presunción de que éstas hubieran aceptado la cláusula de arbitraje:

“Aun cuando se admite una presunción de aceptación por el hecho de ser común en los negocios internacionales, la tesis no se aplica en relación con el contrato de adhesión que tiene un régimen especial (Art. 4º, § 2.º).”⁵⁵

Mauricio Gomm Santos

Yo añadiría que los casos de contratos de adhesión con cláusulas compromisorias - donde la relación no se considera como consumista - son recurrentes en la jurisprudencia brasileña. Con respecto al contrato de franquicias, el TJSP entendió que no se trataba de una relación de consumo, y por lo tanto, no estaría figurada la ineficacia de la cláusula de arbitraje contenida en el mismo. Por otra parte, en el caso del contrato de ubicación de un centro comercial, donde el caso se había extinguido en primera instancia sin examinar el fondo del asunto, teniendo en vista el convenio arbitral, la recurrente interpuso los requisitos del Art. 4, párrafo 2 de la LAB como argumento para rechazar la cláusula de arbitraje por ser un contrato de adhesión.

El TJSP determinó que: “no prospera la reclamación del recurrente en cuanto a la ausencia de los requisitos de la § 2º, del Art. 4º de la Ley N° 9.207/96, ya que este dispositivo tiene por objeto proteger las relaciones de consumo, que no es el caso aquí.”⁵⁶ Actualmente, los estudios apuntan a cambiar la LAB, ahora pendiente ante una Comisión instituida en virtud del Senado Federal, encabezado por el ministro Luis Felipe Salomão, que ofrece una distinción entre contratos de adhesión entre consumistas y no consumistas.⁵⁷

El TJSP determinó que sería inaceptable restringirles a los brasileiros la tutela de sus derechos, ya que la cláusula de elección de foro del contrato no estaría reservada a la jurisdicción de los tribunales estatales brasileños solamente para actos en los que el tribunal arbitral no tuviese competencia. Se trata, según el TJSP, no solamente de un principio previsto en la Constitución Brasileira, sino también de respetar el consentimiento inequívoco; ésta, la piedra angular del arbitraje, sin la cual queda comprometida la validez y eficacia de la cláusula, se encuentra en el procedimiento de arbitraje iniciado y consecuentemente en la sentencia arbitral.⁵⁸

En el análisis de las “*Sentença Estrangeira Contestada*” (“SEC”) n° SEC 6.335 de la SEC, el TSJ ha sido invitado a hablar sobre la validez de la cláusula compromisoria en el contrato de adhesión. La Corte Suprema rechazó el argumento de la parte que pretendía impedir el *exequátur* de la siguiente manera:

*“La interposición de la acción en Brasil para discutir la validez de una cláusula compromisoria incluida, sin destacar, en el contrato de adhesión, no impide la homologación del laudo arbitral extranjero que, en un procedimiento iniciado de conformidad con esta cláusula, se reputa válido.”*⁵⁹

Contrato Internacional. La intervención del poder judicial durante el proceso arbitral. El caso Jirau

Cabe insistir que, para poder ajustarse a la aplicación de la LAB, el tribunal brasileño partió de la premisa de que la ley aplicable al acuerdo de arbitraje es la brasileña. El TJSP aludió al hecho de que son empresas brasileñas, dirigidas por brasileños, y en obras realizadas en Brasil. Sin embargo, a pesar de que la legislación brasileña rige el fondo del contrato, no se indica expresamente cuál será la ley aplicable al convenio arbitral, como ocurre de hecho en la mayoría de los contratos. La justicia inglesa, ante esta ausencia, no dudó en señalar los criterios necesarios para extraer la ley aplicable al convenio arbitral.

3.2 Determinación del poder judicial Inglés de la ley inglesa como la aplicable al acuerdo de arbitraje

La corte inglesa llegó a una conclusión diferente a la de la justicia brasileña, identificando la ley inglesa como la aplicable al acuerdo arbitral. De esa forma, el convenio de arbitraje fue considerado válido y eficaz, ya que el *English Arbitration Act 1996* (“EAA”) no exige los mismos requisitos de consentimiento que la legislación brasileña para los contratos de adhesión.

La *High Court of Justice* basó su línea de razonamiento en la elección expresa de la sede de arbitraje; *in casu*, Londres. Al ser Londres la sede del arbitraje, se aplica el EAA, que, en su Art. 2, establece que la elección de la sede crea una conexión más próxima y real entre la cláusula compromisoria y la ley aplicable al procedimiento arbitral.⁶⁰ Con este presupuesto, la elección de la ley aplicable al fondo del contrato no tendría el poder para determinar la ley aplicable al acuerdo de arbitraje.⁶¹

Por lo tanto, incluso si la cláusula no se refiere explícitamente al EAA, la elección de la sede del arbitraje sería, de acuerdo con la corte inglesa, determinante para la ley aplicable a la cláusula de arbitraje. La *Court of Appeal* ratificó este razonamiento apuntando a la relación más próxima entre la cláusula de arbitraje y la sede del arbitraje, que no tendría ningún vínculo jurídico con el sistema normativo que rige los méritos de las pólizas de seguro, el cual no está relacionado con los efectos de la solución de controversias.⁶²

La *Court of Appeal* también estimó que cuando la ley aplicable al convenio arbitral sea distinta de la que expresamente se elija para determinar el mérito

Mauricio Gomm Santos

La primera preocupación de todos los que se dedican a la práctica de arbitraje internacional debe ser controlar la fricción que proviene de la discusión sobre la validez y eficacia de la cláusula compromisoria vis à vis la legitimidad del resultado.

del contrato, la cláusula 11, que remitía a las partes a un proceso de mediación, tendría como ley aplicable la ley brasileña, precisamente porque ésta se aplica al mérito. Por lo tanto, determinó que si bien todas las cuestiones relativas a la cláusula de mediación se rigen por la legislación brasileña, nada impediría que se aplique una ley diferente a la cláusula arbitraje.⁶³

La *Court of Appeal* tomó en consideración la consecuencia de una elección implícita de la ley brasileña como un factor importante, ya que habría riesgo de que esta decisión perjudicase la

validez del acuerdo de arbitraje. Al final, la corte inglesa concluyó que las partes no podrían haber tenido la intención de elegir un sistema normativo que produjese un efecto adverso sobre la voluntad cristalina de que eventuales conflictos se resolvieran mediante arbitraje.⁶⁴

La primera preocupación de todos los que se dedican a la práctica de arbitraje internacional debe ser controlar la fricción que proviene de la discusión sobre la validez y eficacia de la cláusula compromisoria vis à vis la legitimidad del resultado. No es casualidad que la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (“Convención de Nueva York”) establezca en su artículo II - que trata del Acuerdo de Arbitraje - un mayor debate jurisprudencial que el propio artículo V que se refiere a las hipótesis de defensa al reconocimiento del laudo arbitral.

Bermann determina como un medio menos eficaz para resolver las disputas en los procedimientos de arbitraje el que las partes recurran a los tribunales para decidir si el arbitraje debe proceder. Además de los costos y las demoras que esto conlleva, tal camino puede amenazar los objetivos relacionados con el arbitraje.⁶⁵ No fue diferente a la conclusión de la corte inglesa para determinar la ley aplicable al convenio arbitral.

Contrato Internacional. La intervención del poder judicial durante el proceso arbitral. El caso Jirau

La cuestión relativa al equilibrio entre los intereses de eficacia y legitimidad en el arbitraje fue considerada por las decisiones de los tribunales brasileños e ingleses. La *High Court of Justice* destacó que los tribunales ingleses, entre la *exclusive jurisdiction clause* y la cláusula de arbitraje, por regla general siguen la fuerte política legal en favor del arbitraje y asumen que las partes, como comerciantes racionales, probablemente han querido que cualquier disputa derivada de la relación entre ellos sea decidida por el mismo tribunal.

Al favorecer el arbitraje, las cortes inglesas pueden estar transmitiendo un mensaje de que existe el riesgo de que el arbitraje se imponga incluso en los casos en que no hay legitimidad para su imposición, sobre todo en circunstancias en las que existe una cláusula de elección de foro que expresamente señala la competencia de la jurisdicción estatal para la resolución de disputas. De otra suerte, una posible indicación de la aplicación prevista de la legislación brasileña podría estar situada en la mediación del Contrato, tomada en cuenta por el TJSP, pero no por los tribunales ingleses.

A pesar de que la cláusula de elección de foro es una indicación fuerte de que las partes tendrían la intención de llevar la controversia a los tribunales brasileños, la corte inglesa interpretó esta cláusula como la intención de las partes a recurrir a los tribunales brasileños con el objetivo de declarar la naturaleza arbitral de la controversia, la validez y ejecutabilidad del laudo o confirmar la jurisdicción de los tribunales brasileños en cuanto al fondo, en caso de que las partes decidieran renunciar al arbitraje. Wald ofrece un interesante enfoque basado en la teoría de *depêçage* que permite la aplicación de distintas leyes a las cláusulas de un mismo contrato. Sin embargo, su aplicación no ha sido muy aceptada.⁶⁶

El caso *Jirau* aporta muchas lecciones para evitar la indeseada batalla internacional entre judicaturas y la perpetuación de la discusión sobre la validez y la eficacia de la cláusula de resolución de conflictos, que a ninguna de las partes interesa en el momento de la celebración del contrato. A pesar de que ya se ha convertido en un *cliché*, siempre es bueno recordar que, ante la “desafiante” intención de las partes de contemplar en un mismo contrato cláusulas de arbitraje y cláusulas judiciales, el ámbito de aplicación de cada una debe estar inequívocamente definido.

Mauricio Gomm Santos

3.3 Los efectos de un *anti-suit injunction*

El TJSP determinó una multa diaria de R\$ 400,000.00 (cuatrocientos mil reales) por el incumplimiento de la decisión y la continuación del procedimiento de arbitraje en Londres. La decisión del 13 de diciembre de 2011, una *interim anti-suit injunction* de la *High Court of Justice*, dictaminó que los procedimientos no podían ser resueltos por los tribunales brasileños y que por lo tanto, habiéndose desobedecido esta orden, procedía el encarcelamiento.⁶⁷

El caso *Jirau*, con una *anti-suit injunction* por un lado y con una *anti-anti-suit injunction* por el otro, crea una incertidumbre jurídica en los actores del comercio internacional y usuarios del arbitraje, sin mencionar los aspectos sensibles de *judicial comity*. Ambas situaciones sirven de alimento fértil para futuros cuestionamientos durante la fase de ejecución de lo juzgado.

La concesión de una medida *anti-suit* es una de las formas por las cuales el Estado controla el cumplimiento del orden público en el arbitraje. Los requisitos en el derecho internacional para que los *anti-suit injunctions* sean concedidos son conocidos: (i) participación de las mismas partes en ambas acciones, (ii) necesidad de esta medida para la resolución del caso en que se busca, y (iii) existencia de otra acción que amenace la jurisdicción o el orden público del foro donde se solicitó la *anti-suit*.⁶⁸

Algunos autores consideran estas intervenciones del poder judicial, como la acción de *anti-anti-suit*, como una amenaza al procedimiento arbitral, que no debería sufrir interferencias estatales.⁶⁹ De cualquier forma, son instrumentos que pueden frustrar el proceso de arbitraje ya en curso, puesto que absorben recursos y tiempo, y pueden conducir a la discusión repetida de una misma cuestión, más allá de que pueden afectar a la ejecución de la sentencia arbitral.⁷⁰

Para Julian Lew, las medidas anti-arbitraje son las menos deseables porque se muestran incompatibles con los principios del arbitraje internacional.⁷¹ La política pro-arbitraje reflejada en la Convención de Nueva York y la Ley Modelo de la CNUDMI es mencionada por el citado profesor del Queen Mary & Westfield College, según la cual una medida anti-arbitraje debe ser revisada con la misma rigidez que una *anti-suit injunction* concedida por los tribunales estatales.⁷²

Contrato Internacional. La intervención del poder judicial durante el proceso arbitral. El caso Jirau

Emmanuel Gaillard considera que la posibilidad de que el juez imponga su decisión a los árbitros antes de que estos hayan tenido la oportunidad de ejercer su jurisdicción, plantea la cuestión del verdadero sentido y alcance de los principios fundamentales del *competence-competence* y de la autonomía del procedimiento arbitral.⁷³

3.4 De la divergencia entre los principios aplicados en las dos decisiones

Para los tribunales brasileños el principio de *competence-competence* se aplica cuando existe una jurisdicción *prima facie* del órgano que decidirá la disputa. Si, por ejemplo, el contrato hace mención a una determinada cámara arbitral y de la demanda de arbitraje se presenta ante otra institución, como ha ocurrido en Brasil, una duplicidad procesos de arbitraje acaba fluyendo paralelamente. En este caso, la justicia brasileña se considera competente para resolver el conflicto de la competencia.⁷⁴

Existe una situación similar en el caso de existir un conflicto entre un juez y un tribunal arbitral. En este caso también se atribuye jurisdicción el TSJ para resolver el conflicto de competencia, evitando que el proceso judicial sea objeto de recursos sucesivos, como por ejemplo, el de apelación y el recurso extraordinario. Se trata de un escenario semejante a aquel en que hay un conflicto entre dos órganos judiciales, es decir, entre la justicia federal y la estatal.

La gran distinción entre las decisiones brasileñas e inglesas se da en la forma en cómo cada corte estatal examinó la ley vigente y, por lo tanto, la validez del acuerdo de arbitraje. El TJSP parece haber relativizado la autonomía de la cláusula compromisoria, considerando la cuestión del consentimiento como una excepción a los principios fundamentales, constituyendo una amenaza a la soberanía nacional, y por lo tanto, susceptible de ser considerada contraria al orden público.

Siguiendo la jurisprudencia del STF y del TSJ, el tribunal paulista se pronunció en contra de la idea de que pueda existir arbitraje cuando el acuerdo arbitral carezca del compromiso de las partes. En el caso que nos ocupa, la póliza en que constaba el convenio arbitral es posterior al contrato y no

Mauricio Gomm Santos

La creciente adopción del texto integral de la Ley Modelo de la CNUDMI es un paso relevante para disminuir el riesgo de duplicidad de las decisiones emitidas por las distintas jurisdicciones que se ven llamadas a analizar las idiosincrasias de la lex arbitri en conexión con el acuerdo de arbitraje.

tuvo la aceptación de las Constructoras. Se trata de una situación distinta de aquella en que se discute el contrato de seguro como un contrato de consumo.

Cabe destacar que la distinción entre la ley aplicable al convenio arbitraje y la ley aplicable al fondo de la controversia, ni siquiera había sido analizada todavía por la justicia brasileña. Además, en los Estados Unidos, donde la jurisprudencia hasta hace poco entendía que la aplicación de la ley estadounidense debía recaer sobre el derecho internacional privado estadounidense y no en el derecho sustantivo, esta distinción ha sido abandonada en recientes decisiones.⁷⁵

Aunque tal argumento no conste en los autos, y, por lo tanto, exista solo especulación, la justicia brasileña puede haber sido influenciada por el hecho de que la cámara de arbitraje escogida ha sido creada para las Aseguradoras en Londres, debido a que, en acuerdo posterior, las partes la alejaron para someter la cuestión a la *London Court of International Arbitration* (LCIA).

Por lo tanto, no se puede afirmar que el TJSP dejó de confirmar los principios del arbitraje internacional, como lo hizo la corte inglesa, sino que solamente usó lentes distintos.

Finalmente, y teniendo en vista la amplia publicidad conferida al caso, la prensa informa la ocurrencia de un acuerdo parcial⁷⁶ entre las partes por el cual una fracción sustancial del crédito reclamado por las Constructoras les fue pagada, dejando el saldo a la decisión arbitral en el ámbito de la LCIA.

Contrato Internacional. La intervención del poder judicial durante el proceso arbitral. El caso Jirau

4. Conclusión

Las cortes estatales, con la globalización y el consiguiente aumento de los contratos internacionales, son llamadas cada vez más a intervenir de manera positiva o negativa para la resolución de conflictos en el inicio del procedimiento elegido contractualmente.

La creciente adopción del texto integral de la Ley Modelo de la CNUDMI es un paso relevante para disminuir el riesgo de duplicidad de las decisiones emitidas por las distintas jurisdicciones que se ven llamadas a analizar las idiosincrasias de la *lex arbitri* en conexión con el acuerdo de arbitraje. La *anti-suit injunction*, que abarca tanto las acciones judiciales en pro (*anti-suit*) o en contra (*anti-arbitration*) del arbitraje, continuarán desempeñando un papel interesante en el desarrollo y desafíos al derecho arbitral internacional.

Es el deber de las partes el de abordar con cuidado la redacción del texto de la cláusula de arbitraje, especialmente en cuanto a la elección de la sede del arbitraje, ya que una controversia entre la ley que pretende regular el acuerdo de arbitraje y el fondo de la controversia, puede transformar la anecdótica “cláusula de media noche” en “la cláusula de pesadilla.” El tiempo y la energía dedicados a la redacción de la cláusula de resolución de disputas es la primera lección para que el arbitraje - si esta es la intención inequívoca de las partes - sea debidamente instituido,⁷⁷ desarrollado y concluido de forma ordenada y coherente dentro en el tiempo y costo que las partes razonablemente aspiraron. El caso de *Jirau*, en particular, sirve como una elocuente advertencia.

Mauricio Gomm Santos

¹ María Fernanda Vásquez Palma, “RELEVANCIA DE LA SEDE ARBITRAL Y CRITERIOS QUE DETERMINAN SU ELECCIÓN,” *Revista Chilena de Derecho Privado*, No 16, pp. 75-134 [julio 2011]

² Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, §1.01 [A], p.4.

³ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con las emiendas aprobadas en 2006, *Segunda parte*, B.1(b).

⁴ *Id* (“existe una tendencia a limitar la intervención judicial en el arbitraje comercial internacional.”)

⁵ Lew, Julian D M. “Does National Court Involvement Undermine the International Arbitration Processes?” *American University International Law Review* 24, no. 3 (2009), p. 490 (“National court involvement in international arbitration is a fact of life as prevalent as the weather”).

⁶ Alfonso-Luis Calvo Caravaca, “*Medidas Cautelares y Arbitraje Privado Internacional*,” (“En el curso de un procedimiento de arbitraje privado internacional resulta frecuente que una de las partes solicite que se acuerde una medida cautelar —interim measures of protection – urgent measures – interim and conservatory measures.”) Disponible en:

http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/M/medidas_cautelares/medidas_cautelares.asp?CodSeccion=1

⁷ *Energia Sustentável do Brasil S.A. e Outros v. Sul América Companhia Nacional de Seguros S.A. e Outros*. Caso No. 583.00.2011.223943-3. 9a Vara Cível do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo.

⁸ William Herbert Page, *The Law of Contract*, vol. 4, (The W.H. Anderson Company, 1919) c. 75 at 2526ff, (“In England, arbitration began even before the King’s courts were established”)

⁹ Luca G. Radicati di Brozolo, *The Relation between Courts and Arbitration: Support or Hostility*, *Opinio Juris in Comparatione*, No. 1/2012, Paper No. 7, August 6, 2012

¹⁰ *Id.* 1.

¹¹ Luis Enrique Graham Tapia, “*La cláusula arbitral: aspectos prácticos*,” p. 18 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/26/dtr/dtr2.pdf>

¹² *Id.* 27.

¹³ George A. Bermann, *The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation*, 28 *Colum. J. Transnat’l L.* 589 (1990)

¹⁴ Lew, Julian D M. “Does National Court Involvement Undermine the International Arbitration Processes?” *American University International Law Review* 24, no. 3 (2009), p. 499

¹⁵ *Id.* 496.

¹⁶ Se contrataron dos pólizas de seguros por un monto de R \$7,3 Billones. Ver <http://epocanegocios.globo.com/Revista/Common/0,,ERT86266-16357,00.html>.

Contrato Internacional. La intervención del poder judicial durante el proceso arbitral. El caso Jirau

¹⁷ Parte del Complejo Río Madeira, a 120 km de Porto Velho, capital del estado de Rondônia, en el noreste de Brasil.

¹⁸ *Id. supra.*

¹⁹ Decisión de la *High Court of Justice – Queen’s Bench Division – Commercial Court*. *Case No 2011 FOLIO NO. 1519*. 19.01.2012. Mr. Justice Cook.

²⁰ *Id. 3.*

²¹ “Cláusula 7: Ley y Jurisdicción - Se ha establecido que esta Póliza se rige exclusivamente por las leyes de Brasil. Cualquier disputa que surjan en virtud de esta Póliza estará sujeto a la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Brasil” en: TJSP. Recurso de Apelación NO. 0304979-49.2011.8.26.0000. Energia Sustentável do Brasil S.A., Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. e ENESA Engenharia S.A. v. SUL América Companhia Nacional de Seguros, Mapfre Seguros S.A., Allianz Seguros S.A. e Companhia de Seguros Aliança do Brasil S.A., Itaú-Unibanco Seguros Corporativos S.A., Zurich Brasil Seguros S.A. 19.04.2012. Rel. Des. Paulo Alcides Amaral Salles, Fl. 118 dos autos.

²² *Id. 3*, donde la decisión de primera instancia determinó que:

“(…) Esto es debido a que el mantenimiento íntegro de los efectos jurídicos de las cartas contractuales (con fuerza de ley entre las partes contratantes, de acuerdo con el principio de *pacta sunt servanda*) solo debe permitir la modificación en circunstancias muy excepcionales, en absoluto inesperadas, cuando se trata de situaciones por hechos externos que vienen a influenciar en gran medida el equilibrio económico efectivo de la propia relación. Lo que no es aplicable al presente caso, por medio del cual, aún en fase de procesamiento inicial y sobre la base de la convicción que acompaña la solicitud inicial de las autoras, se desprende que las pólizas de seguros establecidas entre las partes litigantes establecen, de forma expresa, que, no habiendo acuerdo entre ambas partes acerca del monto a pagar a modo de indemnización del seguro, este asunto será sometido a un proceso de arbitraje.”

²³ TJSP. Agravo de Instrumento N. 0304979-49.2011.8.26.0000. Energia Sustentável do Brasil S.A., Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. e ENESA Engenharia S.A. v. SUL América Companhia Nacional de Seguros, Mapfre Seguros S.A., Allianz Seguros S.A. e Companhia de Seguros Aliança do Brasil S.A., Itaú-Unibanco Seguros Corporativos S.A., Zurich Brasil Seguros S.A. Despacho de 15.12.2011. Rel. Des. Paulo Alcides Amaral Salles:

“Teniendo en vista la complejidad del caso y considerando que hay una referencia expresa en el contrato (ítem 7, fl. 118) que señala: “la Póliza será regida única y exclusivamente por las leyes de Brasil” y que “cualquier disputa en relación con esta Poliza se sujetara a la exclusiva jurisdicción de los tribunales de Brasil,” y, ante la aparente ausencia de acuerdo expreso entre las partes con respecto a la institución de solución arbitral en Londres exigida por el Art. 4º, §2º de la Ley Federal

Mauricio Gomm Santos

nº 9.307/96 para evitar un mayor perjuicio, concedo la medida cautelar solicitada determinando que “las demandadas deben abstenerse de iniciar un procedimiento de arbitraje en Londres por mientras se discute el derecho de las constructoras de rechazar este modo de solución de controversias” (fl. 15). Comuníquese con urgencia. Notifíquese a las demandadas por el Oficial de Justicia para que puedan dar respuesta al recurso. Cúmplase con urgencia.”

²⁴ Sentencia citada en la nota anterior, que fue objeto de Reclamación nº 9030 de Sul América e outros, que fue rechazada por unanimidad por la Corte Especial del STJ en 20.03.2013.

²⁵ Ley 9.307/1996, Art. 4, párrafo 2: “En los contratos de adhesión, la cláusula de arbitraje sólo será eficaz si el participante toma la iniciativa de instituir el arbitraje o acuerda expresamente con su institución, siempre que escriba en un documento adjunto o en negrita, con la firma o hecho especialmente para esta cláusula.”

²⁶ Circular Susep 256/2004, Art. 44. “La Clausula Compromisoria de Arbitraje, cuando sea incluida en el contrato de seguro, deberá cumplir con los siguientes requisitos: I – estar redactada en negrito o contener la firma del asegurado, en la propia clausula o en otro documento específico, acordado expresamente para este efecto; II – contener las siguientes informaciones: a) que se encuentra opcionalmente adherido a cargo del asegurado; b) que, al aceptar esta cláusula, el asegurado se comprometió a resolver todas sus disputas con la compañía de seguros a través de Arbitraje, cuyas sentencias tienen el mismo efecto que las sentencias del poder judicial; c) que se rige por la Ley N º 9307, de 23 de septiembre 1996.”

²⁷ CF, Art. 5, XXXV

²⁸ *Id.* 9, p. 6: “Tratándose de una institución de naturaleza contractual, para que esta se pueda hacer valer entre los interesados, el arbitraje debe ser un objetivo en común de solución de conflictos; por lo tanto sus reglas deben ser observadas para que al final del proceso la decisión tomada sea acatada por las partes. No se olvide que la solución por el Poder Judicial es por medio de la vía ordinaria, la regla, no la alternativa, esta establecida en la Ley nº 9.307/96, según la garantía fundamental de acceso a la Justicia (CF, Art. 5º, XXXV) y dotada de máxima fuerza normativa.”

²⁹ Dos días antes de haberse conferido el despacho que concede la medida cautelar por la justicia brasileña y a cuatro meses antes de que el TJSP hubiese confirmado esa decisión.

³⁰ Decisión de la *High Court of Justice – Queen’s Bench Division – Commercial Court*. *Case No* 2011 FOLIO NO. 1519. 19.01.2012. Mr. Justice Cook, para. 54, Stadlen J, 13.12.2011. Ver <http://www.conjur.com.br/2011-dez-30/construtoras-jirau-aceitam-arbitragem-definir-seguro-obra>.

³¹ *Id. supra.*

Contrato Internacional. La intervención del poder judicial durante el proceso arbitral. El caso Jirau

³² Decisión de la *High Court of Justice – Queen’s Bench Division – Commercial Court*. Case No 2011 FOLIO NO. 1519. 19.01.2012. Mr. Justice Cook.

³³ Decisión de la *Court of Appeal (Civil Division)* Case No A3/2012/0249. [2012] EWCA Civ 638. 16.05.2012. Lord Justice Moore-Bick e Lady Justice Hallett.

³⁴ *Id.* 10 e 11

³⁵ *Id.* 18, para. 3.2: “Condition 11, entitled ‘Mediation’, states ‘If any dispute or difference of whatsoever nature arises out of or in connection with this Policy including any question regarding its existence, validity or termination, hereafter termed as Dispute, the parties undertake that, prior to a reference to arbitration, they will seek to have the Dispute resolved amicably by mediation.

All rights of the parties in respect of the Dispute are and shall remain fully reserved and the entire mediation including all documents produced or to which reference is made, discussion and oral presentation shall be strictly confidential to the parties and shall be conducted on the same basis as without prejudice negotiations, privileged, inadmissible, not subject to disclosure in any other proceedings whatsoever and shall not constitute any waiver of privilege whether between the parties or between either of them and a third party.

The mediation may be terminated should any party so wish by written notice to the appointed mediator and to the other party to that effect. Notice to terminate may be served at any time after the first meeting or discussion has taken place in mediation.

If the Dispute has not been resolved to the satisfaction of either party within 90 days of service of the notice initiating mediation, or if either party fails or refuses to participate in the mediation, or if either party serves written notice terminating the mediation under this clause, then either party may refer to the Dispute to arbitration. Unless the parties otherwise agree, the fees and expenses of the mediator and all other costs of mediation shall be borne equally by the parties and each party shall bear their own respective costs incurred in the mediation regardless of the outcome of the mediation”.

³⁶ Según las Constructoras, un procedimiento de resolución de disputas requiere el cumplimiento con las condiciones de la Cláusula 11, que prevé una mediación, por lo que si el procedimiento se quedó sin fruto, se inició un procedimiento de arbitraje conforme a la Cláusula 12. Ver también la nota 18, párr. 18: “*The fundamental difference between the parties in relation to Condition 11 is that the Insureds submit that Condition 11 contains not only an enforceable obligation to mediate, but a condition precedent to arbitration under Condition 12. They say that the two conditions form part of a multi-tiered dispute resolution procedure and it is necessary to comply with Condition 11 before proceeding to arbitrate under Condition 12. In these circumstances, if the provisions of Condition 11 are not satisfied, there is no right to refer to arbitration and the arbitrators have no jurisdiction to determine the matters referred.*”

Mauricio Gomm Santos

³⁷ *Id.* 9, Fl. 120 dos autos: “Cláusula 12: Arbitraje - En el caso de que el Asegurado y el Asegurador no sean capaces de ponerse de acuerdo sobre el importe a pagar en virtud de esta Póliza a través de la mediación en los términos indicados, tal controversia se someterá al arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de ARIAS. (...) El lugar del arbitraje será Londres, Inglaterra “.

³⁸ *Id.* 18, párr. 28: “*I agree that it would be unusual (though not, I think, impossible) for different parts of a composite clause to be governed by different proper laws, but I do not think that is a necessary consequence of holding that English law is the proper law of the arbitration agreement. Condition 11 is concerned with mediation and the fourth paragraph simply explains what is to happen if the mediation process fails. It tells one that in those circumstances either party may refer the dispute to arbitration, but it does not contain the substantive agreement to arbitrate, which is to be found in condition 12. That would remain the case even if condition 11 were apt to give rise to an effective precondition to arbitration. There is no reason, therefore, why the whole of condition 11 should not be governed by the law of Brazil, even though condition 12 is governed by the law of England*”.

³⁹ *Id.* 17, párr. 15: “*Whilst the agreement to mediate, such as it is, might be governed by the law of Brazil, in accordance with the agreed proper law of the contract, the agreement to arbitrate including any provisions of Condition 11 which are part of that agreement, is subject to the law of the seat of arbitration. If, of course, the mediation condition as a whole is to be read as part of the agreement to arbitrate, then no problem arises at all, but, if that is not the case, I see no problem in separating out the agreement to arbitrate, in so far as there are provisions in Condition 11 relating to it, from the agreement to mediate*”.

⁴⁰ *Id.* 17, párr. 27.

⁴¹ *Id.* 8.

⁴² *Id.* 9, p. 10: “Según la publicación de la decisión (véase el artículo publicado por el diario del Estado de São Paulo –Caderno Negócios – fl. B13), se fijó una multa diaria de R\$ 400.000,00 (cuatrocientos mil reales), a modo de incumplimiento (CPC, Art. 461, caput e parágrafos). Por precaución, se ordeno citar a las demandadas por el oficial de justicia, bajo los términos previstos por 410 do STJ”.

⁴³ *Id.* 9, ver la dirección electrónica para la evolución del caso: <http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0304979-49.2011&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=0304979-49.2011.8.26.0000&dePesquisa=&pbEnviar=Pesquisar>

⁴⁴ Ley 9.307/1996, artículo 8, párrafo primero: “El árbitro decidirá de oficio o por solicitud de las partes, las cuestiones relativas a la existencia, validez y eficacia del acuerdo de arbitraje y el contrato que contiene la cláusula de arbitraje.”

⁴⁵ *Id.* 9, p. 7.

⁴⁶ GAILLARD, Emmanuel En: CARMONA, Carlos Alberto. “Arbitraje en Proceso: un comentario a la ley 9.307/96,” 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.

Contrato Internacional. La intervención del poder judicial durante el proceso arbitral. El caso Jirau

⁴⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *op. cit.*, p. 177.

⁴⁸ TJRJ, 2ª CC, AI 2001.002.09325, Rel. Des. Fernando Marques de Campos Cabral, 13.03.2002 e TJRJ, 6ª CC, AI 2003.002.04580, Rel. Del. Roberto de Abreu e Silva, 13.04.2004. Ver también TJRJ, 6ª CC, AI 2006.002.14140, Rel. Des. Gilberto Pereira Rego, 09.05.2007.

⁴⁹ Bermann, George A. “The ‘Gateway’ Problem in International Commercial Arbitration”. *The Yale Journal of International Law*, Vol. 37, Issue 1, 2012.

⁵⁰ *Id. supra*

⁵¹ *Id. supra*.

⁵² *Id.* 9.

⁵³ El entendimiento por el STJ es que el efecto vinculante del convenio de arbitraje es la regla general. Por lo tanto una cláusula compromisoria deroga la justicia estatal. Esta regla es de excepción en el Art. 4, parrafo 2 de la LAB, aplicada a los contratos de adhesión. Ver STJ. REsp 1.169.841-RJ. CZ6 Empreendimento Comerciais Ltda e Outros v. Davidson Roberto de Faria Meira Junior. 14.11.2012. Rel. Min. Nancy Andrighi.

⁵⁴ *Id.* 9, pp 8-9: “En conclusión, la objeción de las demandadas sobre la prevalencia de la cláusula de arbitraje en relación al Juicio Arbitral, diría que la demanda, frente a la autonomía y la prevalencia del derecho nacional, cuya aplicación con toda razón reclaman las demandantes, no puede ser aceptada como una regla inflexible; prevaleciendo sobre la voluntad de las partes y al propio contrato, lo que refleja en su contenido un conjunto de voluntad y los intereses dirigidos a un solo objetivo, que es la construcción de la hidroeléctrica. Es una cuestión de soberanía, de independencia, que en ningún momento pueden ser mitigados en nombre de otros intereses en razón de someter la SOBERANIA NACIONAL.”

⁵⁵ WALD, Arnoldo. “Cláusula compromisoria inválida por ser unilateral al no haber sido aceptada por la otra parte. Prevalece la decisión del poder judicial competente. Comentarios en AgIn 0304979-49.2011.8.26.0000 del TJSP”. *Revista de Arbitraje y Mediación*, vol. 34. São Paulo: RT, 2012.

⁵⁶ En este sentido, TJSP, Apelação Cível 9072852-59.2006.8.26.0000, Klug Telemarketing LTDA e outros v. BWU Comércio e Entretenimento LTDA, 24.11.2011, Rel. Des. Fernandes Lobo e TJSP, Apelação com Revisão 9207357-16.2008.8.26.0000, Fábio Sanches Genari v. Pró Shopping Administr e Consult de Shopping Centers Ltda, 28.11.2011, Rel. Des. Sá Moreira de Oliveira. Ver también TJPR AI 797695-8; TJPR AC 581909-6; e TJSC AI 2009.014303-9.

⁵⁷ Ver proyecto de Ley 2.937 de 2011, Art. 4, § 3º: “En relación al consumo constatado a través de un contrato de adhesión, la cláusula de arbitraje sólo será eficaz si el participante toma la iniciativa de instituir el arbitraje o acordar expresamente a su institución.”

⁵⁸ *Id.* 9.

Mauricio Gomm Santos

⁵⁹ Tribunal Superior de Justicia. Sentencia Extranjera Contestada N° 6.335 – EX (2011/0072243-3). Louis Dreyfus Commodities Brazil S.A. v. Leandro Volter Laurindo de Castilho. Rel. Min. Felix Fischer. 12.04.2012.

⁶⁰ *English Arbitration Act 1996* “(2) *Scope of application of provisions* (1) *The provisions of this Part apply where the seat of the arbitration is in England and Wales or Northern Ireland (...)*”.

⁶¹ A *High Court of Justice* cito los precedentes: Cv D [2007] 2 LLR 367 e [2008] 1LLR 239 e Shashoua v Sharma [2009] 2ILR 376.

⁶² *Id.* 18, párr. 32.

⁶³ *Id.* 18, párr. 28. “*I agree that it would be unusual (though not, I think, impossible) for different parts of a composite clause to be governed by different proper laws, but I do not think that is a necessary consequence of holding that English law is the proper law of the arbitration agreement. Condition 11 is concerned with mediation and the fourth paragraph simply explains what is to happen if the mediation process fails. It tells one that in those circumstances either party may refer the dispute to arbitration, but it does not contain the substantive agreement to arbitrate, which is to be found in condition 12. That would remain the case even if condition 11 were apt to give rise to an effective precondition to arbitration. There is no reason, therefore, why the whole of condition 11 should not be governed by the law of Brazil, even though condition 12 is governed by the law of England*”.

⁶⁴ *Id.* 18, párr. 31: “*(...) Taking into account the various factors to which I have referred, I do not think that in this case the parties’ express choice of Brazilian law to govern the substantive contract is sufficient evidence of an implied choice of Brazilian law to govern the arbitration agreement, because (if the insured are correct) there is at least a serious risk that a choice of Brazilian law would significantly undermine that agreement. Having regard to the terms of conditions 11 and 12, I do not think that the parties can have intended to choose a system of law that either would, or might well, have that effect*”.

⁶⁵ *Id.* 34.

⁶⁶ *Id.* 40. “Como la cláusula de arbitraje no se aplica por falta de aceptación de la misma, la cuestión podría ser considerada ya resuelta, pero vale la pena examinarla. Sería una forma exacerbada de *dépeçage*, la teoría francesa en la que se admite que las distintas cláusulas de un mismo contrato pueden estar sujetas a diversas leyes, pero esta no tiene ninguna base legal en este caso y no es aplicable en virtud de la ley brasileña.” pp. 422-423.

⁶⁷ *Id.* 9, pp. 9-10: “Según la publicación de la decisión (véase el artículo publicado por el diario del Estado de São Paulo –, fijo una multa diaria de R\$ 400.000,00 (cuatrocientos mil reales), a modo de incumplimiento (CPC, Art. 461, caput e parágrafos) (...)” e *Id.* 15.

⁶⁸ En este sentido, Laif X Sprl v. Axtel S.A. 390 F.3d 194, 199 (2d Cir. 2004) e China Trade and Development Corp. v. M.V. Choong Yong 837 F.2d 33 (2d Cir. 1987).

Contrato Internacional. La intervención del poder judicial durante el proceso arbitral. El caso Jirau

⁶⁹ BAUM, Axel H., “*Anti-Suit Injunctions Issued by National Courts to Permit Arbitration Proceedings*” In: GAILLARD, Emmanuel (dir.): “*Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*”, IAI Series on International Arbitration No 2, Juris Publishing, Huntington (NY), 2005.

⁷⁰ LEW, Julian D.M., MISTELIS, Loukas A., e KRÖLL, Stefan M. “*Comparative International Commercial Arbitration*”, 2003, párr. 15-28.

⁷¹ LEW, Julian D.M. “*Anti-Suit Injunctions Issued by national Courts to Prevent Arbitration Proceedings*” In: GAILLARD, Emmanuel (dir.), “*Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*”, IAI Series on International Arbitration No 2, Juris Publishing, Huntington (NY), 2005.

⁷² *Id. Supra.*

⁷³ GAILLARD, Emmanuel, “*Introduction*” In: GAILLARD, Emmanuel (dir.): “*Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*”, IAI Series on International Arbitration No 2, Juris Publishing, Huntington (NY), 2005.

⁷⁴ STJ. CC 113.206-SP. Fazendas Reunidas Curuá Ltda e Outros v. Pecuária Unit Santa Clara Ltda. 07.04.2011. Rel. Min. Nancy Andrighi. Voto Vencedor Min. João Otávio de Noronha. En este caso, al suscitarse el conflicto de competencia según el argumento de que las cámaras arbitrales excedían su jurisdicción en el ámbito de la actividad judicial, y la Corte confirmó esta posición. Se concedió la medida cautelar a fin de paralizar el procedimiento iniciado en la CACI/SP, preservando la competencia de la CMA para decidir el litigio. O STJ entendió que la decisión sobre el conflicto de competencia entre las cámaras arbitrales CIESP-FIESP e CACI-SP es de competencia del tribunal de primera instancia.

⁷⁵ *New York State Court of Appeals, Caso n. 191, 18.12.2012.* Al respecto consúltese el artículo de KUCK, Lea Haber, “The New York Courts Are Open For Business to Foreign Litigants”, *Corporate Disputes*, p. 43, Apr./Jun. 2013.

⁷⁶ “Consórcio de Jirau retira processo contra seguradoras”. Publicado en Valor Econômico. 04.10.2013. Disponible en: <http://www.valor.com.br/financas/3293478/consorcio-de-jirau-retira-processo-contra-seguradoras>.

⁷⁷ Esa es también la conclusión de la mayoría de autores brasileños y extranjeros que han examinado el material. Consúltese JHANGIANI, Sapna and VINOVRSKI, Nicola, “Appeals of Issues of Foreign Law under the English Arbitration Act 1996 – a Matter of Fact”, *Dispute Resolution International*, v. 7, n. 1, p. 30, May 2013; MASON, Paul E, “Dueling tribunals at the Jirau Dam”, *Arbitration Newsletter*, p. 70, September 2013; PEARSON, Sabrina, “Sulamérica v. Enesa: The Hidden Provaliation Approach Adopted by the English Courts with Respect to the Proper Law of the Arbitration Agreement”, *Arbitration International*, v. 29, n. 1, p. 126, 2013.

Mauricio Gomm Santos

Abogado y árbitro. Representa a partes estadounidenses y latinoamericanas en litigios comerciales internacionales, y actúa como asesor y árbitro en controversias arbitrales bajo el reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), del Centro Internacional para la Resolución de Disputas de la Asociación Americana de Arbitraje (ICDR/AAA), de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (IACAC), de la Cámara de Comercio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), de la Federación de las Industrias del Estado de Sao Paulo (FIESP), y de otras instituciones arbitrales regionales, particularmente en las áreas de contratos mercantiles, seguros, agencia, distribución, franquicias, finanzas corporativas y financiamiento de proyectos.

El Dr. Gomm ha sido profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Miami, e instructor del Centro Internacional para la Resolución de Disputas de la AAA. Perteneció al cuerpo directivo de la AAA y del Comité Brasileño de Arbitraje, y es miembro del Comité Latinoamericano de la CCI y del Consejo Editorial de la Revista Brasileña de Arbitraje y Mediación.

Escribe regularmente sobre temas relacionados con operaciones comerciales y arbitraje internacional para publicaciones brasileñas, inglesas y estadounidenses y participa como expositor en numerosos congresos internacionales. El Dr. Gomm está licenciado como abogado en el estado de Nueva York, en Brasil, y en Portugal, y como consultor en derecho extranjero en el estado de la Florida.