



## *Convenciones procesales*

*Procedural Agreements*

Antonio do Passo Cabral

Profesor Catedrático de Derecho Procesal de la *Universidade do Estado do Rio de Janeiro*

Contacto: antoniocabral@uol.com.br

### **Resumen**

El autor presenta las principales características de la teoría de las convenciones procesales aplicable al proceso civil brasileño, con el objetivo de encontrar un punto de equilibrio entre el publicismo y el privatismo, entre los intereses de las partes de adaptación y flexibilidad con los intereses públicos de asegurar las garantías del debido proceso legal.

### **Abstract**

The author presents the main features of the theory of procedural agreements applicable to the Brazilian civil procedure, aiming to find a balance between public and private interests, and between the parties' interests in adaptation and flexibility and the public's interest in ensuring due process guarantees.

**Palabras clave:** Convenciones procesales, negocios jurídicos procesales, negociación

**Key words:** Procedural agreements, Contract procedure. Litigation agreements. Procedural Contracts

Recibido: 28 de septiembre de 2021 / Aprobado: 31 de marzo de 2022



## Convenciones procesales

Antonio do Passo Cabral

### **1. Introducción. Del privatismo de la litiscontestatio al publicismo de la prohibición del proceso convencional**

Imaginemos que en un contrato de derecho material (compra y venta), al lado de todas las disposiciones sobre la descripción del bien, el precio y las formas de pago; las partes regulen, al final, el futuro proceso para resolver las controversias derivadas de aquel contrato. Además de la conocida elección del foro (convención sobre la competencia), establezcan normas sobre las formas de citación (por *whatsapp*), renuncien a la prueba testimonial (o limitación del número de testigos), escojan el experto que realizará el examen pericial, establezcan cláusulas sobre el reparto de costos, renuncien a interponer recursos, condicionamientos a la ejecución, etc. De esto se trata cuando hablamos de los negocios jurídicos procesales o convenciones procesales: las partes dibujando el proceso actual o futuro ante los tribunales del Poder Judicial por medio de un negocio jurídico, algo que solo se pensaba para el arbitraje, pero que también puede serlo para la jurisdicción estatal.

Convención y proceso siempre fue el encuentro improbable de dos mundos que, para muchos, serían tan distantes como incompatibles. Normalmente retratado como un disenso, una disputa, ya descrita como un juego, una guerra o duelo, el proceso reflejará siempre la beligerancia hostil al consenso y al encuentro

de voluntades<sup>1</sup>. Por su parte, los “acuerdos” o “convenciones”<sup>2</sup>, pautados por el voluntarismo y la libertad, respetarían una lógica contractual privada, inconciliable con los espacios publicistas del derecho procesal.

Pero los acuerdos son una práctica tan antigua como el propio Derecho. Desde que el ser humano comenzó a vivir en grupos o tribus, los integrantes de esas agrupaciones respetaban reglas de convivencia aceptadas entre todos. Y ya en los inicios del derecho procesal, aún en el derecho romano, vemos lo que podría ser descrito como el prototipo de los acuerdos procesales: la *litiscontestatio*<sup>3</sup>. La influencia del instituto de la *litiscontestatio* en el derecho procesal fue tanta que muchos autores pasaron a definir la propia naturaleza del proceso como un contrato o cuasicontrato por su causa.

Siglos más tarde, en Alemania, cuando el tema de las convenciones procesales comenzaba a ganar un contorno académico, con la publicación de innumerables obras que defendían la posibi-

---

<sup>1</sup> CALAMANDREI (1965: 559).

<sup>2</sup> Utilizaremos para el derecho procesal los términos “acuerdo” y “convención” como sinónimos, en oposición al “contrato”, más común en el plano del derecho material, y que presupone la existencia de intereses contrapuestos. En la convención o acuerdo, los intereses pueden ser comunes o convergentes.

<sup>3</sup> Cfr. MULLER (1995: 11 ss.); BETTI (1947: 256-259); CADIET (2008a: 170, 178); ANCEL (2004: 234). La literatura retrató la *litiscontestatio* mayoritariamente como un contrato o acuerdo. Por todos, ENDEMANN (1860: 22, 31, 33, 129). La naturaleza efectivamente contractual de la *litiscontestatio* es, de hecho, dudosa. Primero, era obligatoria, al contrario de la libertad inherente a los negocios jurídicos. Por otro lado, además de la voluntad de los litigantes, la *litiscontestatio* exigía todavía la intervención del magistrado, que debía aprobar la fórmula, la cual él mismo redactó de acuerdo con las indicaciones de la parte autora. BETTI (1947: 257). Esta mezcla de voluntad privada (aunque no totalmente libre) y autoridad estatal hizo que ciertos comentaristas afirmasen que, en la tradición romana, era más la forma contractual y menos el encuentro de voluntades que prestaba al proceso su base convencional. PLANCK (1887: 79).

lidad de celebración de negocios jurídicos procesales<sup>4</sup>, se forjaron premisas importantes del publicismo procesal, que se volvería contra ese formato privatista del proceso romano, proponiendo (i) el abandono del proceso como “cosa de las partes”, (ii) la necesidad de concebir la relación procesal como rama del derecho público (dada la presencia del Estado), y (iii) un creciente incremento de los derechos poderes de oficio del juez<sup>5</sup>. Para estos fines, una de las banderas enarboladas por los defensores del publicismo fue siempre negar el proceso convencional (*Konventionalprozeß*)<sup>6</sup>, citando la *litiscontestatio* como un ejemplo de una tradición que se quería olvidar. Por metonimia, la *litiscontestatio* fue identificada con cualquier negocio procesal, habiendo quedado los acuerdos procesales históricamente bajo la sombra del privatismo romano, asociados a la idea de un proceso civil que atendiera pu-

---

<sup>4</sup> KOHLER (1887); KOHLER (1888: 61 ss.); HELLWIG (1910: 79 ss.); PLANCK (1887: 78 ss.); TRUTTER (1890: 100 ss.); NEUNER (1925: 106 ss.); OERTMANN (1930: 138 ss.); SCHIEDERMAIR (1935: 42 ss.); SCHMIDT (1898: 358 ss.); WEISMANN (1903: 298); MECKLENBURG (1934: 12 ss.); WACH (1885: 24 ss., 188); WACH (1881: 218).

<sup>5</sup> BÜLOW (s/fa: 62-69, 78, 100 ss.). En la p. 108, afirma: “Alles Recht ist erhaben über jedes gegensätzliche Bestreben des individuellen Willens. Der Rechtsordnung gebürtig in allen ihren Theilen eine unverbrüchlich verbindliche Kraft. Die Rechtsordnung räumt dem Individualwillen nie die Macht ein, Rechtsbestimmungen vor(zu)nehmen, die von ihr abweichen. Wohl aber ermächtigt sie in vielen und wichtigen Beziehungen den Individualwillen dazu, zwischen mehreren von der Rechtsordnung vorgesehenen und bestätigten Rechtsbestimmungsmöglichkeiten zu wählen”. BÜLOW (1899: 38-39). Obsérvese, en lengua italiana, la crítica de CHIZZINI (2015: 50).

<sup>6</sup> BÜLOW (s/fa: 1): “Wie alles Recht, so ist auch das Civilprozeßrecht eine Schranke individueller Willkür. Die Prozeßsubjekte sind durch die Bestimmungen der Prozeßordnung rechtlich gebunden. Das Gericht darf nur auf dem vom Prozeßrecht vorgeschriebenen Wege vorgehen und eben so wenig wie dem Gericht steht es den Parteien frei, sich über die prozeßrechtliche Vorschriften irgendwie hinwegzusetzen. Die Prozeßordnung wäre kein Bestandtheil der Rechtsordnung, wenn sie nicht mit einer über alles gegensätzliche Wollen und Handeln, über jedes abweichende Parteibelieben erhabenen Macht ausgestattet wäre. Es gibt keinen Conventionalprozeß”. Seguido por HELLWIG, (1910: 79-90); WACH (1885: 114-115, 188). Ver la crítica a este pensamiento en SCHIEDERMAIR (1935: 71).

ramente a los intereses de las partes y donde el Estado-juez tiene una postura pasiva, con pocos poderes y casi ninguna iniciativa.

El estudio de los acuerdos procesales fue entonces colocado en el centro del debate entre publicismo y privatismo. Según la lógica predominante, no había cómo conciliar una supuesta autonomía de las partes en la definición de los rumbos del procedimiento con la presencia del Estado y los intereses públicos que se transmiten en la jurisdicción. Las normas procesales serían siempre cogentes o imperativas (o en su inmensa mayoría), y no podrían jamás ser sustituidas por reglas convencionales. Al juez, figura central del proceso, debería atribuirsele, con exclusividad, la conducción del procedimiento, y cualquier convención de las partes al respecto significaría interferir en sus poderes<sup>7</sup>. Así también, se imagina, en el mismo orden de ideas, que el arquetipo de los actos procesales sería el acto unilateral practicado por la parte y dirigido exclusivamente al juez. El negocio, contrato o acuerdo no serían categorías procesales y, para garantizar a las partes algún margen de disponibilidad, sería suficiente el concepto de excepción procesal, aunque esta solo les otorgaba una disposición ejercida de forma unilateral y reactiva<sup>8</sup>.

Poco a poco, las premisas publicistas se extendieron por Europa<sup>9</sup>, y las referencias doctrinales a las convenciones procesa-

---

<sup>7</sup> CHIOVENDA (1965: 105): “La presenza dunque di un organo dello Stato nel processo fa sì, che soltanto in pochi casi siano validi gli accordi delle parti per regolare a modo loro il rapporto processuale, in guisa che la parte possa pretendere di fronte alla parte il rispetto dell'accordo. Poichè l'accordo processuale per sua natura ha sempre di mira più o meno direttamente l'attività del giudice, che in virtù dell'accordo stesso viene limitata di fronte all'altra parte”.

<sup>8</sup> Según BÜLOW, por ejemplo, al atribuir exclusivamente a los litigantes la iniciativa de traer determinada cuestión a la cognición judicial, vedando la cognición *ex officio*, la omisión voluntaria en alegar podría significar un acto de disposición. BÜLOW (s/fb: 305).

<sup>9</sup> En la doctrina italiana, MORTARA (1923: 551); SATTA (1931: 43 ss.). Con el paso del tiempo, el propio SATTA adoptó una posición menos radical y más

les fueron disminuyendo hasta que el tema, prácticamente, desapareció de los tratados y manuales, limitándose aquí y allá a breves menciones en pequeños tópicos y artículos dispersos.

Entonces los acuerdos procesales hibernaron por décadas sin un avance sensible en su estudio y disciplina, habiendo sido poco teorizados también en Brasil. De hecho, a pesar de haber sido regulados en los Códigos de Proceso Civil de 1939 y en el de 1973, las convenciones procesales eran vistas como una monstruosidad: difíciles de definir, imposibles de categorizar y complicadas de operar.

Al leer u oír hablar de “convenciones”, la primera reacción de gran parte de los procesalistas es negar perentoriamente su aplicabilidad al proceso. Es precisamente el eco que se observa en parte de la doctrina hasta hoy: a veces se redactan verdaderos manifiestos contra la convencionalidad procesal, plenos de ideología y sectarismo metodológico, para los cuales las convenciones en materia procesal representarían una “privatización del proceso”<sup>10</sup>. En otras circunstancias simplemente se mantiene un silencio sobre el tema. De cualquier manera, se produjo un trauma epistemológico de difícil superación. Fueron generaciones y generaciones de juristas formados en esa tradición.

Pero antes de que los nuevos vientos de esa evolución propulsaran un giro teórico en la doctrina<sup>11</sup>, las prácticas forenses

---

permeable a los acuerdos procesales, afirmando, como CHIOVENDA, que estos podrían ser celebrados solo en los casos previstos expresamente por la ley. Cfr. SATTA (1958: 300-301).

<sup>10</sup> BARBOSA MOREIRA (2007); BARBOSA MOREIRA (2001).

<sup>11</sup> La mayor y más relevante literatura es alemana, que fue paulatinamente inclinándose a la admisibilidad de la categoría a lo largo del siglo XX: SACHSE (1929: 412); SCHIEDERMAIR (1935: 42-155); BAUMGÄRTEL (s/f: 184 ss.); SCHLOSSER (1968: 1 ss., 9 ss., 12 ss., 43 ss.); GRUNSKY (1974: 208); KNECHT (1937); ROSENBERG (1965: 98 ss.); EICKMANN (1987); PRÜTTING (1983); RITZMANN (1973); WEHLING(2009); M. BYDLINKSI (1992); DIMDE (2003); RIEHL (2003); NITZSCHE (2002); MAUBACH (2002); BREYER (2006); BRUNS (2000); CONRAD (2006) ; EMMERICH

y contractuales fueron más fuertes que la resistencia de la doctrina, y avanzaron en la negociación procesal en los últimos años<sup>12</sup>. Rebelándose contra la insuficiencia de las formas de prestación de la tutela jurisdiccional, la *praxis* encontró caminos para diseñar el procedimiento conforme a sus necesidades, introduciendo cada vez más, en contratos celebrados entre particulares, cláusulas que buscaban moldear el rito de un proceso jurisdiccional que se instauraría en el futuro para solucionar cualquier litigio derivado de aquel negocio jurídico.

Esta reacción se debe básicamente a dos razones. Por un lado, la creciente inadecuación de las formalidades del procedimiento estatal a las necesidades del tráfico jurídico: las modalidades de tutela jurisdiccional y los instrumentos de procedimientos establecidos para asegurar su prestación no respondían a las exigencias de flexibilidad, adaptación y efectividad. El procedimiento ordinario, rígido e inflexible no siempre ofrecía, con eficiencia y celeridad, lo que las partes deseaban para la solución de su conflicto. Por otro lado, ese movimiento se debió a la inviabilidad de la adopción de mecanismos extrajudiciales de solución de controversias –como el arbitraje, la conciliación y la mediación– para innumerables tipos de litigios en los que esos métodos no fueran razonables o no resultaran económicamente viables.

Vivimos en el derecho procesal civil, un extremo de contraposiciones maniqueístas. Por un lado, el publicismo procesal, afirmando el interés del Estado, la presencia del juez y la indeterminabilidad de las normas procesales, que no acepta convenciones procesales. De otro lado, el privatismo procesal –si no el de la *litis-contestatio*, ciertamente el del arbitraje– que permite a las partes un amplio margen de libertad para elaborar reglas del procedimiento conforme a sus intereses. Si el individuo quisiera alguna

---

(1969); BRUNS (1997); DITTRICH (1908); WIESER (1988); BOHN (1956); GAUL (1971); RAATZ (1935); RINCK (1996).

<sup>12</sup> DAVIS y HERSHKOFF (2011: 517).

flexibilización de las formas, debería buscar el arbitraje; pero si presenta su demanda ante los tribunales estatales, su autonomía no permitiría interferir en el procedimiento. Las convenciones jamás podrían convivir en un proceso judicial.

Pero, ¿es necesario mantenernos en esa dualidad? ¿Será que abogar por la posibilidad de celebración de acuerdos procesales significa necesariamente un retorno al privatismo del Derecho Romano? Pensamos que las convenciones procesales, en el proceso contemporáneo, son compatibles con el publicismo procesal. Además, son en la actualidad un instrumento poderoso para combatir la incertidumbre en el proceso, prestar mayor eficiencia y adaptabilidad al procedimiento.

En este sentido, en los últimos tiempos, experimentamos un cambio radical no solo de la praxis forense, sino también de la doctrina del derecho procesal civil. En Europa, ciertamente el mayor desarrollo vino del derecho francés<sup>13</sup>, que influenció a otros países en todo el mundo, tanto en el *civil law*<sup>14</sup> como en el *common law*<sup>15</sup>, a pensar y aplicar acuerdos procesales para flexibilizar el

---

<sup>13</sup> Se destacan los estudios del profesor Loïc CADIET, muchos de ellos citados en este trabajo. Otros trabajos relevantes son: CADIET (2009, 2002a, 2010, 1999, 1994, 2001a, 1990, 2008b, 2000, 2003, 2002b, 2008a, 2001b); CADIET y JEULAND (2013); CADIET, NORMAND, AMRANI-MEKKI (2010). Además de CADIET, conviene citar, a modo de ejemplo: CAILLOSSE (2006); CARATINI (1985, 1986); CHIAVARIO (1993); ESTOUP (1985); FRUMER (2008); GAUDIN (1986); JARROSSON (1999, 1990); LEBORGNE (2010); MAGENDIE (2001); AMRANI-MEKKI; ANCEL (2004); BONNET (2011) BOYRON (2008).

<sup>14</sup> En Italia, CAPONI (2010); CANELLA (2010); CHIZZINI (2015); PEZZANI (2009); PICOZZA (2009). En Brasil, en los últimos años, la producción académica ha sido abundante. Cfr. CUNHA (2014); DIDIER JR. (2010, 2015a, 2015b); DIDIER JR. y NOGUEIRA (2012); GODINHO (2014: 558-559); HOFFMAN (2011); LIMA (2010); CABRAL y NOGUEIRA (2015); YARSHELL (2015); ANDRADE (2011); ALMEIDA (2014); CHATEAU-BRIAND FILHO (2004).

<sup>15</sup> En los Estados Unidos de América, y en general en los ordenamientos del *common law*, donde tradicionalmente a las partes siempre se le concedió una gran libertad en la conducción del procedimiento, sería de imaginar que hubiera un mayor estudio de los acuerdos procesales. Pero aun cuando se trata de siste-

procedimiento. Adicionalmente, como veremos, este movimiento llevó al legislador brasileño a introducir importantes disposiciones en el nuevo Código de Proceso Civil de 2015, sin parangón en el derecho comparado.

Antes, sin embargo, cabe considerar los argumentos favorables y contrarios a la posibilidad de celebración de negocios jurídicos procesales.

## ***2. Deconstruyendo las alegaciones de inadmisibilidad de los acuerdos procesales***

Tradicionalmente, además de la supuesta omnipresencia del interés público en el proceso que llevaría al carácter obligatorio de las normas procesales, se enumeran los siguientes argumentos contrarios a los negocios jurídicos procesales: que los poderes de oficio del juez eliminan las prerrogativas de las partes en la conducción del proceso; que no es posible renunciar a las garantías fundamentales del proceso, sobre todo a las previstas en la constitución; que la fuente de la norma procesal debe ser siempre la regla legislada y no la regla convencional.

---

mas de base adversarial, con protagonismo de las partes en la definición de las formalidades procesales, es curioso notar que por allá tampoco existe una doctrina establecida sobre las convenciones procesales. Aunque sobre arbitraje se observa una vasta producción bibliográfica, la literatura comenzó hace menos de diez años a preocuparse académicamente por los acuerdos procesales, no habiendo sido publicada hasta hoy una obra sistemática al respecto. Cfr. RHEE (2009: 514 ss.); DODGE (2011: 726-727, 729, 732, 766); HORTON (2010: 605 ss.); MOFFIT (2007: 461 ss.); DAVIS y HERSHKOFF (2011: 510-511): "Depending on the perspective, these private processes allow the parties to exit - or exile the parties - from the public system of adjudication, effectively 'carving out spheres of 'private government' with their own tribunals, procedures, and rules of decision. On a parallel track, private process has migrated in surprising ways into the public courts: despite public rules of procedure, judicial decisions increasingly are based on private rules of procedure drafted by the parties before a dispute has arisen".

Ahora bien, se trata, desde mi punto de vista, de premisas equivocadas. El reconocimiento de poderes del juez para la práctica de actos de oficio no podría nunca eliminar las prerrogativas de las partes en el proceso. El formalismo contemporáneo se basa en el *equilibrio* de poder y en la *división de funciones*, para que no haya un sujeto procesal que concentre todos los poderes y se sobreponga por encima de los demás. El equilibrio entre partes y juez impone que se comprenda que todos deben ser coprotagonistas en la conducción del proceso y eso se efectúa por la conjugación del principio dispositivo y el principio de debate (o de aportación de parte). La máxima dispositiva otorga a las partes la posibilidad de disponer del derecho material, pudiendo renunciar al derecho, reconocer la procedencia de la solicitud, celebrar una transacción, etc. Y el principio de debate atribuye a las partes protagonismo en lo que se refiere a las prerrogativas de alegar y probar. Por otro lado, debemos recordar los principios de libertad e instrumentalidad de las formas para la práctica de los actos del proceso: cuando la ley no exige forma específica, las partes podrán practicar los actos procesales por cualquier medio que alcance su finalidad.

Así, es fácil ver que a las partes (no solo al juez) también se les otorga un amplio margen de poderes, facultades y cargas referentes a la conducción del procedimiento y definición de sus formalidades. El publicismo procesal no elimina las partes. No se puede concebir que, con el pretexto de evitar el modelo romano del proceso como “cosa de las partes”, se lo pueda imaginar en la actualidad como “cosa sin partes”.

En lo que se refiere a la supuesta irrenunciabilidad de los derechos fundamentales procesales, entendemos que tal premisa tampoco es correcta. En la realidad del mundo contemporáneo, las personas abdicarán todos los días de derechos fundamentales. Basta ver programas televisivos en que los individuos pueden ser filmados en su intimidad; o programas de competencia en que las per-

sonas se someten a actividades degradantes, que podrían considerarse ofensivas de su dignidad humana; o eventos deportivos en que luchadores ingresan en un ring voluntariamente admitiendo sufrir lesiones corporales, en violación a su derecho fundamental a la integridad física. Ahora bien, a la vista de tan corrientes actos de disposición sobre garantías fundamentales, ¿por qué escandalizarse cuando, en un proceso, personas mayores de edad y capaces celebran convenciones sobre la reducción de un plazo?

En el derecho público existe ya una gran cantidad de estudios académicos sobre la renuncia de derechos fundamentales,<sup>16</sup> que quizá estén en una escala axiológica en grado mucho más elevado que los derechos procesales. Por lo tanto, no es porque una posición jurídica de ventaja esté prevista en la Constitución para que no se pueda negociar o disponer de ella. Si así fuera, el *pactum de foro prorrogando* sería inválido porque dispone de la garantía del juez natural; la cláusula *solve et repete* sería inválida porque dispone de la garantía del contradictorio; la cláusula compromisoria o el compromiso arbitral serían inválidos porque disponen del derecho de acceso a la justicia, y así sucesivamente. Parece ser obvio que el simple hecho de que una garantía esté prevista en la norma constitucional no impide la disposición sobre ella.

Sin embargo, debemos reconocer que los derechos fundamentales también protegen al individuo contra sí mismo, esto es, a veces anulan la eficacia de la manifestación de voluntad para proteger al ser humano de conductas irreflexivas, impensadas o desesperadas. Se debe velar por la protección del núcleo esencial de los derechos fundamentales procesales. No obstante, no se trata de una cuestión de admisibilidad (o de la posibilidad de celebración de negocios procesales), sino de una cuestión sobre el margen de negociabilidad, el límite dentro del cual el individuo puede legítimamente disponer de sus derechos procesales, modificando el procedimiento.

---

<sup>16</sup> ADAMY (2011).

Por último, en relación a la fuente de la norma procesal, entendemos que, en el derecho contemporáneo, no cabe más reducir la norma procesal a la regla de la ley. Es posible pensar que la convención o acuerdo puede ser también fuente de la norma procesal. Comprender que la norma jurídica (y también la norma jurídica procesal) puede tener una fuente negociadora es más acorde con una visión del Estado contemporáneo como un Estado no solo sancionador, sino un Estado que fomenta instrumentos cooperativos, consensuados, negociales, esto es, el orden jurídico menos autoritario y más emancipador de los individuos, reconociéndoles espacios en los que puedan autorregularse. El actuar convencional, con la posibilidad de que los individuos produzcan o participen en la producción de las normas, pasa a ser más apreciado que su instrumento final (si la ley o el contrato). Se trata de privilegiar más el *contrahere* que el *contractus* o la *conventio*.

En este escenario, la autorregulación y la heterorregulación se complementan. El contrato, la convención y la ley ya no se entienden como instrumentos mutuamente excluyentes, sino convergentes. La convención no dispone *contra legem*, pero sí *secundum legem*. La ley y el acuerdo se coordinan en la regulación del proceso.<sup>17</sup>

### **3. Deconstruyendo los argumentos sobre la inconveniencia de las convenciones procesales**

Entonces, los efusivos opositores de las convenciones procesales, siempre basados en las premisas publicistas, cuando empiezan a ver que los acuerdos de las partes sobre la regla procesal son una realidad práctica, y que ya no se justifican argumentos contrarios a su admisibilidad, dirigen su artillería a la supuesta inconveniencia de los acuerdos procesales. Se dice que la solución

---

<sup>17</sup> Esta coordinación es especialmente interesante en Europa por la competencia de los sistemas jurídicos nacionales con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, con sus diversos tribunales y fuentes legislativas.

procedente del procedimiento previsto por la ley sería de mejor calidad; que la cooperación procesal sería un sueño porque el proceso es un duelo, una guerra, una disputa ineludible; o que habría un problema de desigualdad, pues las convenciones procesales representarían una refeudalización de las relaciones de fuerza en el proceso, que pasaría a ser manipulado por una lógica de mercado<sup>18</sup>, en perjuicio de los más vulnerables (incapacitados, consumidores, trabajadores, etc.). En esa línea, el proceso público, con la mano fuerte del Estado, sería necesario para garantizar la igualdad.

Por nuestra parte, discrepamos de todos estos argumentos. Por un lado, concebir que en el proceso haya una disputa sobre los derechos materiales no significa que no puedan existir *espacios de consenso*, sobre todo, respecto a *cómo* resolver el conflicto. Las partes pueden discrepar de quién tiene el derecho sustancial pero también estar de acuerdo sobre el procedimiento para la solución de la controversia. Esta es la misma conclusión de todos los autores que enaltecen los llamados “medios alternativos de solución de conflictos” como la mediación, la conciliación y el arbitraje. ¿Cómo se puede defender que los medios alternativos o adecuados de solución de controversias son importantes y necesarios en el sistema de justicia, y luego rechazar los negocios jurídicos procesales porque la solución legal e impositiva sería de mejor calidad? Sería al menos una contradicción reconocer que consenso y disenso pueden convivir en el arbitraje, pero no en el proceso estatal; o imaginar que las partes pueden cooperar fuera del proceso, pero dentro de él no habría espacio para la cooperación.

En cuanto al argumento de la desigualdad, me parece que se parte de dos falsas premisas. Primero, el proceso no creó la desigualdad. Ella existe dentro del proceso, así como también existe fuera de él. En segundo lugar, el carácter público del proceso no

---

<sup>18</sup> LEGENDRE (1997).

solucionó el problema de la desigualdad. Todavía vemos procesos donde los sujetos que participan no están en situación de paridad. Así, no se puede justificar la necesidad de omnipresencia del juez y de la regla legal en la idea de que será el Estado quien resolverá el problema de la desigualdad, algo que no es comprobable<sup>19</sup>.

#### ***4. Ventajas de las convenciones procesales: una revolución en las formas de enfrentar el conflicto y el proceso***

##### ***4.1. Eficiencia y duración razonable del proceso***

Son muchas las ventajas de las convenciones procesales. Algunas ya se han mencionado anteriormente, por lo que aquí nos limitaremos a pasar revista de ellas.

Las convenciones procesales pueden dar al proceso mayor eficiencia y rapidez, refiriéndonos con ello a su duración razonable. En el sentido de la eficiencia administrativa, los acuerdos procesales pueden servir para una mejor programación de la actividad del Poder Judicial: se pueden administrar de forma más eficiente recursos materiales y humanos, incluso con directrices para los gastos y elaboración del presupuesto público de cada año.

##### ***4.2. Previsibilidad, seguridad y gestión del riesgo procesal. El proceso antes del proceso. La norma procesal como variable en el pronóstico de éxito***

---

<sup>19</sup> No se quiere decir con eso que la búsqueda de isonomía no sea una preocupación importante. Como veremos, el parágrafo único del artículo 190 del Código brasileño expresamente dispone que la vulnerabilidad de las partes puede llevar a la nulidad de la convención. Pero corresponde al derecho procesal buscar instrumentos para reducir o eliminar los factores de desigualdad, y construir mecanismos de control de la negociación procesal para evitar que las convenciones procesales sean celebradas y utilizadas con abuso o en detrimento de los vulnerables.

Las convenciones procesales son, en realidad, revolucionarias, pues, por medio de ellas, *el proceso comienza antes del proceso*, en la planificación contractual. Y la lógica de la programación y la anticipación del litigio futuro promueven un cambio intenso en la forma en que se celebran los negocios jurídicos. Los procesalistas no aparecerán solo cuando el conflicto surge, y serán cada vez más necesarios también en el momento de celebrar los contratos.

Otra ventaja de los acuerdos procesales se refiere a la ganancia evidente que pueden traer en términos de certeza y previabilidad<sup>20</sup>. Esto es porque el proceso es incierto y la imprevisión sobre sus rumbos es la fuente de riesgos para las partes<sup>21</sup>.

Normalmente, cuando se reconoce el riesgo del proceso, las razones son varias. Estas razones son *metodológicas* (modelos de decisión, formas de aplicar el contradictorio y de interpretar los poderes del juez en relación con las partes); *empíricas* (por ejemplo, el papel informativo de los abogados), y *normativas* (v.g.,

---

<sup>20</sup> DODGE (2011: 731, 739). Observa el siguiente caso juzgado por la Suprema Corte norteamericana: *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 13-17 (1972).

<sup>21</sup> DEFFAINS y DORIAT-DUBAN. (2010: 87 ss.). Debemos todavía diferenciar entre riesgo e incertidumbre, palabras que, aunque normalmente asociadas, tienen diversos significados. Decir que el proceso es arriesgado supone que se asocie una probabilidad de resultado para cada uno de sus estadios (por ejemplo, la resolución de una cuestión); afirmar que el proceso es incierto significa una ignorancia sobre las probabilidades asociadas a estas cuestiones (F. KNIGHT: 1948). Entonces, la incertidumbre es un estado futuro de distribución desconocida de bienes e información imperfecta. Por otro lado, el riesgo es un estado futuro de un formato *conocido* de distribución de bienes. Es decir, el riesgo puede ser evaluado y estimado. Sin embargo, constantemente no se puede estimar el resultado del proceso, esto es, el contenido probable de la decisión judicial, una imprevisión que se deriva no solo del ordenamiento procesal, es cierto, pero que también puede verse directamente afectada por un déficit de uniformidad y coherencia del sistema procesal (FERRARI, 2008: 40-44). De hecho, existen varios factores aleatorios y poco previsibles en la jurisdicción estatal, como su duración, la publicidad, las consideraciones y el énfasis que los agentes estatales darán al debate y a los argumentos de los litigantes.

el peso de los precedentes y la jurisprudencia en las decisiones posteriores). Además, los riesgos del proceso están vinculados a la cuestión de los costos porque el proceso es caro por la necesidad de programar la defensa y organizar las estrategias. Y el demandante tiene una ventaja natural en relación al demandado: el hecho de haber evaluado previamente la expectativa de victoria. Habiendo optado por proponer la demanda, es natural imaginar que el demandante cree que será victorioso, lo que genera una asimetría informacional en relación al demandado<sup>22</sup>. Entre las partes también puede haber desequilibrio en razón de las diferencias en la manera en que cada una absorbe el costo del proceso<sup>23</sup>.

Pues bien, en toda disputa judicial, los litigantes hacen un cálculo a partir de las expectativas que tienen de recuperar el derecho violado, descontando el costo del proceso. Para celebrar una transacción, por ejemplo, se proyecta la ganancia o pérdida por la condena más los costos (dependiendo de la victoria o derrota, claro)<sup>24</sup>. El cálculo sobre el pronóstico de éxito y el análisis costo-beneficio tienen en cuenta factores variados, como la resistencia del adversario<sup>25</sup>, los gastos y los esfuerzos necesarios para la obtención de pruebas, etc<sup>26</sup>. Algunos aspectos considerados por los litigantes al evaluar el riesgo son el valor de la causa, la existencia del derecho material o la probabilidad de que sea reconocido en el proceso, circunstancias externas al conflicto, como el juez a quién fue remitida la causa, la calidad y precio de los honorarios de abogados, etc. En un cuadro de gran incertidumbre sobre el resultado del proceso, casi todos estos aspectos son de difícil pronóstico.

De cualquier modo, cualesquiera que sean los factores, las reglas procesales siempre fueron, en este cálculo, consideradas

---

<sup>22</sup> BEBCHUK (1984: 404-415).

<sup>23</sup> COOTER y RUBINFELD (1989: 1067 ss.).

<sup>24</sup> RHEE (2006: 631-632).

<sup>25</sup> SANCHIRICO (2001: 320 ss.).

<sup>26</sup> PARISI (2002: 193 ss.); RUBINFELD y SAPPINGTON (1987: 308-315).

*constantes*, no variables<sup>27</sup>. Esto cambia radicalmente con los acuerdos procesales. Al poder modificar las normas del procedimiento, las convenciones procesales representan una nueva técnica de reducción de la incertidumbre y, con ello, los acuerdos procesales asumen una importante función de *gestión del riesgo*<sup>28</sup>. Los acuerdos procesales no solo sirven para simplificar el procedimiento y, por lo tanto, reducir el coste<sup>29</sup>, sino también funcionan como una herramienta para que las partes puedan tener una mayor previsibilidad sobre el resultado y también sobre los gastos que el litigio pueda traer<sup>30</sup>.

#### **4.3. Equilibrio entre los costos de transacción e implementación del contrato**

Por otra parte, no puede olvidarse que el *interés* de las partes en utilizar el acuerdo procesal para obtener certeza y previsibilidad no es una constante. Un litigante habitual, por ejemplo, puede estimar los riesgos de manera más eficiente, y tomar ventaja en relación a los litigantes eventuales. Entonces, no podemos también ser ingenuos de pensar que este movimiento traerá solo beneficio. Si la predeterminación de la actividad procesal puede crear incentivos para el cumplimiento, puede también aumentar los costos por exigir planificación contractual sobre la implementación, anticipando el diseño del procedimiento.

El reverso de la medalla es que no solo los costos de transacción (*front-end costs*) sino también los costos de efectividad o implementación (*back-end costs*) están marcados por la incertidumbre. Los costos de transacción son normalmente más estudiados y evaluados por los contratantes: se gasta tiempo y dinero redactando contratos que explicitan precisamente lo que

---

<sup>27</sup> RHEE (2009: 523).

<sup>28</sup> CADIET (2002a: 316); CADIET (2000: 30); RHEE (2009: 533).

<sup>29</sup> FERRARI (2008: 57).

<sup>30</sup> KATZ (1988: 127-143); MOUSSERON (1988: 481).

las partes desean, consultando a *expertos* para prever y anticipar contingencias futuras relevantes, y negociando los factores de cambio, precio, etc. Mientras tanto, los costos de efectividad son menos estudiados e incluso descuidados porque normalmente están también relacionados con el derecho procesal, sometido a reglas muy diversas que las del derecho material. Pero ambos costos (*front-end* y *back-end*) están relacionados entre sí. Si los costos de transacción son altos fomentan la redacción contractual con cláusulas contractuales con términos vagos (*v.g.*, “razonablemente”, hacer los “mejores esfuerzos”, “comprometerse de buena fe”), lo que dificulta su propia implementación en caso de conflicto y necesidad de interpretación del contenido de la norma contractual. Se plantean incertidumbres en la ejecución del contrato, lo que hace aumentar los costos de efectividad<sup>31</sup>.

En este escenario, las convenciones procesales favorecen el estudio de los costos de efectivización o implementación, equilibrando las fases de formación y ejecución del contrato en términos de previsibilidad.

#### **4.4. *Nuevos ajustes en las relaciones entre derecho y proceso. Intercambios entre normas de derecho material y procesal en la negociación***

Por otro lado, convenciones procesales también son revolucionarias porque permiten *nuevos ajustes en las relaciones entre derecho material y derecho procesal* como nunca antes se vio.

Si las normas procesales son modificables, es posible que las partes de un negocio jurídico intercambien derecho por proceso, un *trade-off* entre normas de derecho material y de derecho procesal.

Se puede negociar, por ejemplo, un descuento en el precio de la cosa o en el valor de la prestación a cambio de la renuncia a

---

<sup>31</sup> SCOTT y TRIANTIS (2006: 817, 823-824, 831-832, 835, 847).

interponer recursos (construyéndose un procedimiento a instancia única, mucho más rápido) o renunciar a garantías patrimoniales en la ejecución (y con ello facilitando la recomposición en caso de incumplimiento).

#### **4.5. Refuerzo del acceso a la justicia: una alternativa a los medios alternativos**

Otra ventaja de los acuerdos procesales es representar una tercera vía entre el arbitraje y el proceso estatal legislado.

La crisis del Poder Judicial, que refleja un problema mundial de gestión, trae preocupaciones por el desarrollo de instrumentos procesales que pudieran aliviar la presión de la cantidad y llevar a la mejora de la calidad de la prestación jurisdiccional. Las cortes estatales, saturadas por miles de procesos, veían los procedimientos prolongarse indebidamente, contra los reclamos internacionales por la duración razonable del proceso. En ese escenario, la elección por los medios alternativos de solución de conflictos muchas veces se da por la total *desilusión e incredulidad en el proceso estatal*, lo que ya fue referido como *arbitraje o mediación de la desesperación*. Hay una verdadera “fuga”<sup>32</sup> de la judicatura: por no haber un proceso estatal adecuado, los medios extrajudiciales de solución de conflictos aparecen como la única solución posible<sup>33</sup>.

Sin embargo, curiosamente, la cantidad y variedad de estos instrumentos de solución extrajudicial no proliferó. Se creó un vacío entre el espacio del arbitraje, de matriz puramente privado-contractual y el proceso estatal. Salvo algunos intentos de arbitraje y mediación judicial, no había un tercer camino. No tenemos una “alternativa a los medios alternativos”<sup>34</sup>. Hasta hoy, las únicas salidas eran el arbitraje –optando por la total exclusión del Poder

---

<sup>32</sup> BLANKENBURG (1989: 257 ss.).

<sup>33</sup> TARUFFO (2007: 321).

<sup>34</sup> COSTA e SILVA (2009: 35-36).

Judicial, donde se puede, mediante el negocio jurídico, flexibilizar el procedimiento- o, en contratos internacionales, el establecimiento de cláusulas que llevasen el litigio a otros países (*forum shopping*), otra forma de “fuga”, de adhesión completa a otros sistemas procesales “listos”<sup>35</sup>. También allí no había maleabilidad del procedimiento, solo el escape de un sistema y adhesión integral a otro.

Pero ya pasó el tiempo en que se deben admitir y fomentar *nuevos* ajustes para la solución de litigios que no se plasmen en la dualidad justicia estatal-justicia arbitral. No hay motivos para que, en el impasse sobre las formas del proceso, o en la inadecuación del procedimiento estatal a la solución de ciertas controversias, abandonar a las partes a la única alternativa posible del arbitraje<sup>36</sup>, o abrir espacio a la práctica del *forum shopping*<sup>37</sup>.

Debe haber caminos intermedios e híbridos<sup>38</sup>, lo que puede obtenerse con la incorporación, también en los procesos estatales de solución de litigios, de formalidades de base negociada y privada (autorregulación formal)<sup>39</sup>. No hay, por lo tanto, “alternatividad” entre los instrumentos, sino *complementariedad*, en una relación de adecuación entre el medio procesal y el fin que se busca: la tutela de los derechos.

Recordemos que el arbitraje no atiende a todos los tipos de conflicto. A veces no es adecuado porque no siempre hay disponibilidad de los intereses materiales; en otros casos, el arbitraje simplemente no es conveniente porque cuesta muy caro, mucho más de lo que las partes podrían pagar. El arbitraje en Brasil es un lujo, excluido de la mayor parte del pueblo<sup>40</sup>.

---

<sup>35</sup> DODGE (2011: 744).

<sup>36</sup> WAGNER (1998: 3-4).

<sup>37</sup> DODGE (2011: 791).

<sup>38</sup> Con razón, CAPONI (2010: 47).

<sup>39</sup> RESNIK (2003: 191).

<sup>40</sup> GODINHO (2013: 16).

En ese escenario, habrá litigios en que el arbitraje es inviable o inadecuado para los intereses de las partes, que pretenden prever las formalidades para la solución del conflicto, es decir, buscarán, por la autonomía de la voluntad, adaptar y flexibilizar el procedimiento al que entienden adecuado para la solución de su conflicto, pero *dentro del propio proceso estatal*. De esta manera, los acuerdos procesales se convierten en una “tercera vía” de acceso a la justicia, incorporando la flexibilización formal y adaptaciones dialógicas al procedimiento en el seno de la propia justicia estatal<sup>41</sup>. Así, los acuerdos procesales no solo humanizan el proceso y fortalecen la cooperación, sino también presentan a los litigantes un *mechanismo estatal de flexibilización alternativo al arbitraje*, aplicable también para casos en que los medios extrajudiciales de solución de conflictos no sean adecuados.

Por lo tanto, entendemos que hay un *refuerzo del acceso a la justicia* (y no su violación) porque, al fin y al cabo, hay un incremento de las formas de tutela jurisdiccional para personas que nunca pudieron tener un procedimiento adaptable a sus necesidades.

Por último, se resalta lo extraño del hecho de que la resistencia del publicismo a los acuerdos procesales no sea dirigida con la misma vehemencia que a los medios alternativos de solución de controversias. A diferencia del arbitraje, en las convenciones procesales no se quiere excluir al Estado, conformando el procedimiento al margen del proceso estatal. La convencionalidad en el proceso significa negociación, colaboración y adaptación en el seno del propio Estado, de manera institucionalizada y controlada<sup>42</sup>. Por lo tanto, las convenciones

---

<sup>41</sup> Cfr. CADIET (2010:16); CADIET (2012: 2).

<sup>42</sup> CADIET (1994: 46-47).

procesales significan flexibilización procedural sin necesariamente traducirse en una desjudicialización<sup>43</sup>.

### **5. El Código de Proceso Civil brasileño de 2015: ¿qué hay de nuevo en el tema de convenciones procesales? Cláusulas generales y mayor número de convenciones típicas**

El contexto de la publicación de un nuevo Código de Proceso Civil ya sería propicio para una renovada reflexión acerca de los temas clásicos del derecho procesal, incluso del tema que nos ocupa. No obstante, en relación a los acuerdos procesales, el interés académico y pragmático se intensifica porque el CPC brasileño, promulgado en el 2015, reduce el sesgo publicista y procura empoderar, cada vez más, a las partes en la solución del litigio. Por ejemplo, en la parte general, establece como directriz el fomento de la autocomposición (art. 3º, §2º). Entre las normas fundamentales del proceso, regula el principio de cooperación, que abarca tanto las partes como el juez, imponiéndoles derechos y también deberes.

Específicamente en el tema de las convenciones procesales, el nuevo Código de Proceso Civil prevé, en dos artículos, *cláusulas generales de negociación procesal*. Por un lado, en el art. 200<sup>44</sup>, copia literal del art. 158 del Código anterior (de 1973), ya había una amplia previsión de negocios jurídicos procesales, incluso de negocios jurídicos unilaterales<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> CADIET (2008c: 149 ss.).

<sup>44</sup> “Art. 200. Los actos de las partes consistentes en declaraciones unilaterales o bilaterales de voluntad producen inmediatamente la constitución, modificación o extinción de derechos procesales. Párrafo único. La desistencia de la acción solo surtirá efecto después de la homologación judicial”.

<sup>45</sup> Entendemos que el art. 158 del CPC anterior (del año 1973) contenía ya una disposición de la que podría extraerse una amplia posibilidad de negociación procesal, aunque no fue esta la concepción prevaleciente en la jurisprudencia, influenciada por el publicismo procesal.

Pero el gran avance de la nueva legislación fue su art. 190, una cláusula general de convencionalidad en el proceso. Dice el nuevo Código que: “versando la causa sobre derechos que admitan autocomposición, es lícito a las partes plenamente capaces estipular cambios en el procedimiento para ajustarlo a las especificidades de la causa y acordar sobre sus cargas, poderes, facultades y deberes procesales, antes o durante el proceso”. En el párrafo único del mismo artículo, se establece que: “De oficio o a requerimiento de parte, el juez controlará la validez de los acuerdos previstos en este artículo, negándoles aplicación solamente en los casos de nulidad o inserción abusiva en un contrato de adhesión o en el que alguna parte se encuentre en manifiesta situación de vulnerabilidad”.

A pesar de la innovación, es un equívoco pensar que las convenciones sobre el proceso son una novedad en el sistema procesal brasileño. Tampoco se puede afirmar que el tema es una invención del legislador del nuevo CPC de 2015. Se trata de una falsa percepción, pues los negocios jurídicos procesales ya existen desde hace mucho tiempo en la ley. En los Códigos anteriores, podían verificarse innumerables convenciones típicas sobre reglas procedimentales: convenciones sobre la carga de la prueba, la competencia, la suspensión del proceso, la dilación de plazos, etc.

La novedad del Código de 2015 es haber establecido en la ley una *cláusula general* de convencionalidad, que abre espacio para la *atipicidad* de los negocios jurídicos, es decir, las partes no quedan más presas a las convenciones procesales expresamente disciplinadas en la ley.

Pero además de las cláusulas generales de los arts. 190 y 200, el nuevo Código de Proceso Civil brasileño fue aún más allá porque amplió el número de acuerdos procesales típicos. Por ejemplo, en el art. 191 estableció el calendario del procedimiento, de destacada inspiración francesa y con previsión también en el

*Codice di Procedure Civile* italiano<sup>46</sup>. También previó la elección consensuada del experto en el art. 471 (vinculante para el juez)<sup>47</sup> y la delimitación convencional, por las partes, de las cuestiones de hecho y de derecho objeto de la cognición del juez (artículo 357 § 2º)<sup>48</sup>, que encuentra paralelo en el art. 12 del *Code de Procédure Civile* francés y también en los conocidos acuerdos de *choice of law* del derecho angloamericano<sup>49</sup>.

## **6. Vinculación del juez a los negocios jurídicos procesales**

Un punto central en las controversias acerca de las convenciones procesales es la posición del juez frente a ellas, y nos gustaría hacer breves comentarios al respecto. ¿El juez es parte de la convención? ¿Vincula a lo que las partes deliberaron?

La tradición publicista consistía en negar completamente la vinculación de las convenciones al juez, que simplemente po-

---

<sup>46</sup> "Art. 191. De común acuerdo, el juez y las partes pueden fijar un calendario para la práctica de los actos procesales, cuando sea el caso. § 1º El calendario vincula a las partes y al juez, y los plazos previstos en él solamente serán modificados en casos excepcionales, debidamente justificados. § 2º Se dispensa la intimación de las partes para la práctica de acto procesal o la realización de audiencia cuyas fechas hayan sido designadas en el calendario".

<sup>47</sup> "Art. 471. Las partes pueden, de común acuerdo, escoger al perito, indicándolo mediante requerimiento, siempre que: I - sean plenamente capaces; II - la causa pueda ser resuelta por autocomposición.

(...)".

<sup>48</sup> "Art. 357. No ocurriendo ninguna de las hipótesis de este Capítulo, deberá el juez, en decisión de saneamiento y de organización del proceso: (...) II - delimitar las cuestiones de hecho sobre las cuales recaerá la actividad probatoria, especificando los medios de prueba admitidos ; (...) IV - delimitar las cuestiones de derecho pertinentes para la decisión del mérito; (...) § 2º Las partes pueden presentar al juez, para la homologación, la delimitación consensual de las cuestiones de hecho y de derecho a que se refiere los incisos II y IV, la cual, si es homologada, vincula a las partes y al juez. (...)".

<sup>49</sup> SOLIMINE (1992: 51-52).

dría ignorarlas o negarles su aplicación<sup>50</sup>. Esta no es la correcta comprensión del tema, sobre todo en el derecho procesal actual. En el espacio legítimo de negociación, las convenciones de las partes vinculan al juez.

Sin embargo, aun admitiendo que los acuerdos procesales son vinculantes para el juez, quien deberá aplicarlos y hacerlos respetar, algunos autores entienden que el juez puede ser parte de algunas convenciones procesales (cuando, por ejemplo, la ley exige su homologación). Esta no es nuestra opinión.

Por un lado, no vemos al juez como parte de la convención porque el juez no tiene capacidad negocial para disponer de los intereses en juego en el proceso. Ver actos judiciales en los que el juez tenga espacio de conformación para actuar con discrecionalidad, o en los que tenga algún margen de flexibilización formal, no significa que lo haga en razón de una voluntad negocial. Aunque existan intereses públicos en el proceso, estos no pertenecen al juez ni al Poder Judicial, sino a toda la sociedad, no siendo admisible que el juez actuara para disponer de ellos. Las partes en las convenciones procesales son los sujetos que pueden efectivamente disponer de situaciones jurídicas procesales. Así, no siendo parte de la convención, la voluntad del juez no es necesaria para que el acuerdo procesal exista y sea válido.

Pero si el juez no es parte de la convención y, por lo tanto, no la aprueba, ¿cómo queda vinculado al acuerdo? No hay necesidad de que el juez sea parte de la convención o que la apruebe para que esté obligado a respetarla y aplicarla. Y la clave para comprender la vinculación del juez es la diferencia entre autovinculación y heterovinculación. Como autovinculación de la voluntad, las convenciones procesales solo vinculan a las partes que las firmaron, no pudiendo surtir efectos en relación a terceros (relatividad de las convenciones procesales). Pero el juez se vincula a las

---

<sup>50</sup> SATTA (1931: 47).

convenciones por heterovinculación: en un Estado de Derecho, el juez está vinculado a las normas jurídicas válidas. Por ser un órgano aplicador y concretizador de normas, y siendo la norma convencional admitida en el sistema, el magistrado no puede negar aplicación a los acuerdos procesales válidos. Es lo mismo que ocurre con los contratos privados: el juez no es parte de ellos, no los firma, pero cuando surgen en el proceso, debe aplicarlos incluso si derogan la regla legal. Y lo hace porque la norma del contrato, como la norma de la convención procesal, son todas normas jurídicas válidas.

No obstante, esto no quiere decir que el juez no tenga ninguna función en el campo de la negociación procesal. Ello ejerce, por un lado, una *función de fomento* en razón de la directriz del Código de Proceso Civil brasileño de incentivar la autocomposición de los litigios (art. 3º, §2º). Pero ejerce también, y sobre todo, una *función de control*, debiendo analizar si las convenciones son válidas o inválidas, como por ejemplo si se han realizado con abuso de derecho, mala fe o de manera perjudicial a los intereses de la parte vulnerable<sup>51</sup>.

Finalmente, debemos hablar de la homologación judicial y su papel en el sistema de negociación procesal. La homologación judicial solo es exigida en los pocos casos en que la ley expresamente dispusiera en este sentido, ampliando el control formal del negocio jurídico por el juez. En estos casos, aun la voluntad del juez no es necesaria para la formación (existencia) del acuerdo, tampoco para su validez. Cuando la ley exige la homologación judicial, está estableciendo una condición legal (*conditio iuris*), que se plantea en el plano de la eficacia del negocio jurídico, que será existente, válido, pero ineficaz hasta que sea homologado por el juez.

---

<sup>51</sup> Como dice el art.190 del CPC de 2015, el juez controla la validez y no la conveniencia de celebrar el acuerdo.

## 7. *Conclusión*

El derecho procesal brasileño, como en muchos otros países en todo el mundo, camina hacia una progresiva flexibilización del procedimiento, permitiendo que las partes, por su manifestación de voluntad en un negocio jurídico, puedan disponer, de manera vinculante para el juez, respecto del procedimiento o de sus situaciones jurídicas.

Se trata de un interesante mecanismo de gestión que puede dar al proceso más eficiencia, previsibilidad, seguridad, con menos costo y una duración más rápida. El desafío consiste en encontrar el punto de equilibrio entre el publicismo y el privatismo, entre los intereses de las partes de adaptación y flexibilidad con los intereses públicos de asegurar las garantías del debido proceso legal.

Corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia concretizar la cláusula general de convencionalidad procesal y ponderar los límites de su utilización. Y el Código de Proceso Civil brasileño de 2015 puede servir ciertamente de parámetro mundial en temas de convenciones procesales.

## *Referencias*

ADAMY, Pedro

2011 *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de

2014 *Das convenções processuais no processo civil* (Tesis para optar el título de doctor). Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

AMRANI-MEKKI, Soraya

2009 “La clause de conciliation”. Amrani-Mekki, Cadet, Charpenel, Dewost (Org.). *La médiation*. París.

ANCEL, Pascal

2004 “Contractualisation”. Loïc Cadet (Dir.). *Dictionnaire de la justice*. París.

ANDRADE, Érico

2011 “As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo”. *Revista de Processo*, año 36, vol. 193, mar.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos

2001 “Privatização do Processo?”. *Temas de Direito Processual*, 7<sup>a</sup> série. São Paulo.

2007 “O Neoprivatismo no Processo Civil”. *Temas de Direito Processual*, 9<sup>a</sup> série. São Paulo.

BAUMGÄRTEL, Gottfried

s/f *Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß*

BEBCHUK, Lucien Arye

1984 “Litigation and Settlement Under Imperfect Information”. *Rand Journal of Economics*, vol. 15, nº 3.

BETTI, Emilio

1947 *Istituzioni di Diritto Romano*. Padova, vol. I, 2<sup>a</sup> ed.

BLANKENBURG, Ehard (Dir.)

1989 *Prozeßflut? Indikatorenvergleich von Rechtskulturen auf dem europäischen Kontinent*. Köln: Bundesministerium der Justiz.

BOHN, Karlheinz

1956 "Die Zulässigkeit des vereinbarten Vollstreckungsausschlusses". *Zeitschrift für Zivilprozeß*, vol. 69, nº 1.

BONNET, Éric

2011 "La convention de procédure participative". *Procédures*, n. 3.

BOYRON, Sophie

2008 "Regard comparatiste sur la contractualisation de la justice: l'exemple de la médiation en droit public comparé". Chassagnard-Pinet e Hiez. *La contractualisation de la production normative*. Paris: Dalloz.

BREYER, Michael

2006 *Kostenorientierte Steuerung des Zivilprozesses*. Tübingen.

BRUNS, Alexander

1997 "Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters und vertragliche Lösungsrechte". *Zeitschrift für Zivilprozeß*, vol. 110, nº 3.

2000 "Das Verbot der quota litis und die erfolgshonorierte Prozessfinanzierung". *Juristen Zeitung*.

v. BÜLOW, Oskar

s/fa *Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung*.

s/fb *Die Lehre von der Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*.

1899 *Das Geständnissrecht: Ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen*. Tübingen

BYDLINKSI, Michael

1992 *Kostenersatz im Zivilprozeß*. Wien.

CABRAL, Antonio do Passo y NOGUEIRA, Pedro Henrique (orgs.)  
2015 *Negócios processuais*. Salvador.

CADIET, Loïc

- 1990 "Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice". *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*. Aix-en-Provence.
- 1994 "Le spectre de la société contentieuse". Beauchard e Couvrat. *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu*. Paris.
- 1999 "Le jeux du contrat et du procés". *Philosophie du Droit et Droit Économique. Mélanges offerts à Gérard Farjat*. Paris.
- 2000 "Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges". *Petites Affiches*, nº 86, maio.
- 2001a "Les accords sur la juridiction dans le procès". Ancel e Rivier. *Le conventionnel et le jurisdictionnel dans le règlement des différends*. Paris.
- 2001b "Une justice contractuelle, l'autre". Goubeaux *et alii* (Org.). *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle. Études offerts à Jacques Ghestin*. Paris.
- 2002a "L'économie des conventions relatives à la solution des litiges". Bruno Deffains (Dir.). *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*. Paris: Cujas.
- 2002b "Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits". Delmas-Marty, Muir Watt e Ruiz Fabre (Dir.). *Variations autour d'un droit commun*. Paris.
- 2003 "Ordre concurrentiel et justice". *L'ordre concurrentiel: Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*. Paris.
- 2008a "Propos introductif: 'faire lien'". Chassagnard-Pinet e Hiez, *La contractualisation de la production normative*. Paris.
- 2008b "Les conventions relatives au procès en droit français: sur la contractualisation du règlement des litiges". *Accordi di*

*parte e Processo. Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año LXII, nº 3.

- 2008c "Case management judiciaire et déformalisation de la procédure". *Revue française d'administration publique*, nº 125.
- 2009 "Des modes alternatifs de règlement des conflits en général et de la médiation en particulier". Amrani-Mekki, Cadet, Charpenel, Dewost (Org.). *La médiation*. Paris.
- 2010 "La justice face aux défis du nombre et de la complexité". *Les Cahiers de la Justice*, nº 1.
- 2012 "Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia". *Civil Procedure Review*, vol. 3, n. 3, ago-dez.

CADIET, Loïc y JEULAND, Emmanuel

- 2013 *Droit judiciaire privé*. 8<sup>a</sup> ed. Paris.

CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques y AMRANI-MEKKI, Soraya

- 2010 *Théorie générale du procès*. Paris.

CAILLOSSE, Jacques

- 2006 "Interrogations méthodologiques sur le 'tournant' contractuel de l'action publique: les contrats publiques entre théorie juridique et sciences de l'administration". Clamour e Ubaud-Bergeron (Org.). *Contrats Publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*. Vol. II. Montpellier.

CALAMANDREI, Piero

- 1965 "Il processo come giuoco". *Opere Giuridiche*. V. I. Napoli.

CANELLA, Maria Giulia

- 2010 "Gli accordi processuali francesi volti alla 'regolamentazione collettiva' del processo civile". *Rivista*

*Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año LXIV, nº 2, junho.

**CAPONI, Remo**

2010 “Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali”. *Civil Procedure Review*, vol. 1, nº 2, jul-set.

**CARATINI, Marcel**

1985 “Le ‘contrat de procédure’: une illusion?”. *Gazette du Palais*, nov.

1986 “A propos du “contrat de procédure””. *Gazette du Palais*, nº 1, jan-fev.

**CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo**

2004 *Negócio de acertamento: uma abordagem histórico-dogmática*. Belo Horizonte.

**CHIAVARIO, Mario**

1993 “La justice négociée: une problématique à construire”. *Archives de Politique Criminelle*, nº 15.

**CHIOVENDA, Giuseppe**

1965 *Principii di Diritto Processuale*. Napoli.

**CHIZZINI, Augusto**

2015 “Konventionalprozess e poteri delle parti”. *Rivista di Diritto Processuale*, LXX, n.1.

**CONRAD, Sebastian**

2006 “Erfolgshonorare: Zulässigkeit von Vereinbarungen für rechtsanwaltliche Prozesskostenfinanzierung und Inkassozession”. *Monatsschrift für Deutsches Recht*.

- COOTER, Robert D. y RUBINFELD, Daniel L.  
1989 "Economic analysis of legal disputes and their resolution".  
*Journal of Economic Literature*, nº 27.
- COSTA E SILVA, Paula  
2009 *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da  
2014 "Negócios jurídicos processuais: Relatório Nacional (Brasil)". Informe al I Congreso Perú-Brasil de Derecho Procesal, mimeografiado.
- DAVIS, Kevin E. y HERSHKOFF, Helen  
2011 "Contracting for procedure". *William & Mary Law Review*, vol. 63, n. 2.
- DEFFAINS, Bruno y DORIAT-DUBAN, Myriam  
2010 "Le procès: risque économique". *Revue générale du droit des assurances*, nº 3.
- DIDIER JR., Fredie  
2010 "Cláusulas gerais processuais". *Revista de Processo*, ano 35, nº 187, set.  
2015a *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador, vol.1, 17<sup>a</sup> ed.  
2015b "Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil". Cabral e Nogueira (Org.), *Negócios processuais*. Salvador.
- DIDIER JR., Fredie y NOGUEIRA, Pedro Henrique  
2012 *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador, 2<sup>a</sup> ed.

DIMDE, Moritz

2003 *Rechtsschutzzugang und Prozessfinanzierung im Zivilprozess: Eine ökonomische Analyse des Rechts*. Berlín.

DITTRICH, Hans

1908 *Die sogennanten Exklusivverträge über prozessuale Rechtsverhältnisse*. Heidelberg.

DODGE, Jaime L.

2011 “The Limits of Procedural Private Ordering”. *Virginia Law Review*, vol. 97, nº 4, jun.

EICKMANN, Karl Wilhem

1987 *Beweisverträge im Zivilprozeß*.

EMMERICH, Volker

1969 Zulässigkeit und Wirkungsweise der Vollstreckungsverträge.

ENDEMANN, Wilhelm

1860 *Das Prinzip der Rechtskraft. Eine zivilistische Abhandlung*. Heidelberg.

ESTOUP, Pierre

1985 “Le contrat de procédure en appel”. *Recueil Dalloz, crônica XXXIV*.

FERRARI, Vincenzo

2008 “Le parti e il rischio del processo”. *Accordi di parte e Processo. Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, LXII, nº 3.

FRUMER, Philippe

- 2008 "L'encadrement supranational de la solution contractuelle: l'impact des garanties du process équitable". Chassagnard-Pinet e Hiez. *La contractualisation de la production normative*. Paris.

GAUDIN, Jean-Pierre

- 1986 "Le contrat de procédure? Une troisième voie". *Gazette du Palais*, jan-fev.

GAUL, Hans Friedhelm

- 1971 "Zulässigkeit und Geltendmachung vertraglicher Vollstreckungsbeschränkung". *Juristische Schulung*.

GODINHO, Robson Renault

- 2013 *Convenções sobre o ônus da prova: estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro* (Tesis para optar el título de doctor). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

- 2014 "A autonomia das partes no projeto de Código de Processo Civil: a atribuição convencional do ônus da prova". R. Freire et alii (Org.). *Novas tendências do processo civil*. Vol. III. Salvador.

GRUNSKY, Wolfgang

- 1974 *Grundlagen des Verfahrensrechts*. Bielefeld, 2<sup>a</sup> ed.

HELLWIG, Konrad

- 1910 *Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft. Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Otto von Gierke*, vol. II.

HOFFMAN, Hasso

- 2011 *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin.

HORTON, David

- 2010 "The Shadow Terms: Contract Procedure and Unilateral Amendments". *UCLA Law Review*, vol. 57.

JARROSSON, Charles

- 1990 "Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation". *Les Principales clauses des contrats conclus entre professionnels*. Aix-en Provence.
- 1999 "Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation?". *Revue générale des procédures*.

KATZ, Avery

- 1988 "Judicial Decision Making and Litigation Expenditure". *International Review of Law and Economics*, nº 8.

KNECHT, Otto

- 1937 *Die Beweisverträge im Zivilprozeß*. Freiburg im Breisgau.

KNIGHT, Frank H.

- 1948 *Risk, Uncertainty and Profit*. London: Reprints of the London School of Economic and Political Science.

KOHLER, Josef

- 1887 "Ueber processrechtliche Verträge und Creationen". *Gruhots Beiträge*, XXXI.
- 1888 *Der Prozeß als Rechtsverhältnis: Prolegomena zu einem System des Civilprozesses*. Mannheim.

LEBORGNE, François

- 2010 "Les aménagements conventionnels du procès". *Revue générale du droit des assurances*, nº 3.

LEGENDRE, Pierre

1997 "Remarques sur la re-féodalisation de la France". *Etudes en l'honneur de Georges Dupuis*. París.

LIMA, Bernardo Silva de

2010 "Sobre o negócio jurídico processual". Didier Jr. *et al* (Coord.). *Revisitando a teoria do negócio jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva.

MAGENDIE, Jean-Claude

2001 "Le nouveau 'contrat de procédure' civile: objectifs, exigences et enjeux de la réforme parisienne". *Gazette du Palais*, mar-abr.

MAUBACH, Norbert

2002 *Gewerbliche Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung*. Bonn.

MECKLENBURG, Gertrud

1934 *Die Rechtsnatur von Prozeßhandlungen und die Anwendbarkeit zivilrechtlicher Vorschriften, insbesondere über Willensmängel, Schein und Scherz*. Gelnhausen.

MOFFIT, Michael L.

2007 "Customized Litigation: the Case for Making Civil Procedure Negotiable". *George Washington Law Review*, vol. 75.

MORTARA, Lodovico

1923 *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, vol. II, 3<sup>a</sup> ed. Milano.

MOUSSERON, Jean-Marc

1988 "La gestion des risques par le contrat". *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, nº 2.

MULLER, Yvonne

1995 *Le contrat judiciaire en droit privé*. Tesis, Universidad de París I.

NEUNER, Robert

1925 *Privatrecht und Prozeßrecht*, Mannheim.

NITZSCHE, Dagobert

2002 *Ausgewählte rechtliche und praktische Probleme der gewerblichen Prozesskostenfinanzierung unter besonderer Berücksichtigung des Insolvenzrechts*. Dissertação: München.

OERTMANN, Paul

1930 *Grundriß des deutschen Zivilprozeßrechts*. Leipzig, 4<sup>a</sup> ed.

PARISI, Francesco

2002 "Rent-seeking Through Litigation: Adversarial and Inquisitorial Systems Compared". *International Review of Law and Economics*, nº 22.

PEZZANI, Titina Maria

2009 *Il regime convenzionale delle prove*. Milano: Giuffrè.

PICOZZA, Elisa

2009 "Il calendario del processo". *Rivista di Diritto Processuale*, año LXIV, n. 6.

PLANCK, Julius Wilhelm

1887 *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*. Nördlingen, I.

PRÜTTING, Hans

1983 *Gegenwartsprobleme der Beweislast*. München.

RAATZ, Johann Georg

1935 *Vollstreckungsverträge*. Berlin.

RESNIK, Judith

2003 "For Owen Fiss: Some Reflections About the Triumph and the Death of Adjudication". *University of Miami Law Review*, vol. 58.

RHEE, Robert J.

2006 "A Price Theory of Legal Bargaining: An Inquiry into the Selection of Settlement and Litigation Under Uncertainty". *Emory Law Journal*, vol. 56.

2009 "Toward Procedural Optionality: Private Ordering of Public Adjudication". *New York University Law Review*, vol. 84.

RIEHL, Jürgen

2003 *Prozesskosten und die Innanspruchnahme der Rechtspflege: Eine ökonomische Analyse des Rechtsverhaltens*. Berlin.

RINCK, Ursula

1996 *Parteivereinbarungen in der Zwangsvollstreckung aus dogmatischer Sicht: Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von materiellem Recht und Prozessrecht in der Zwangsvollstreckung*. Frankfurt am Main.

RITZMANN, Uve Jens

1973 *Über den Feststellungsvertrag*. Hamburg.

ROSENBERG, Leo

1965 *Die Beweislast auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*. München, 5<sup>a</sup> ed.

RUBINFELD, Daniel L. y SAPPINGTON, David E. M.

1987 "Efficient Awards and Standards of Proof in Judicial Proceedings". *Rand Journal of Economics*, nº 18.

SACHSE

1929 *Beweisverträge. Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß*, año 54.

SANCHIRICO, Chris William

2001 "Relying on the Information of Interested and Potentially Dishonest Parties". *American Law and Economics Review*, vol. 3, nº 2.

SATTA, Salvatore

1931 *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*. Milano: Vita e Pensiero.

1958 "Accordo (diritto processuale civile)". *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffré, vol. I.

SCHIEDERMAIR, Gerhard

1935 *Vereinbarungen im Zivilprozess*, Bonn.

SCHMIDT, Richard

1898 *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*. Leipzig.

SCHLOSSER, Peter

1968 *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß*. Mohr Siebeck.

- SCOTT, Robert E. y TRIANTIS, George G.  
2006 "Anticipating Litigation in Contract Design". *Yale Law Journal*, nº 115.
- SOLIMINE, Michael E.  
1992 "Forum-selection Clauses and the Privatization of Procedure". *Cornell International Law Journal*, vol. 25.
- TARUFFO, Michele  
2007 "Un'alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti". *Revista de Processo*, n. 152, out.
- TRUTTER, Josef  
1890 *Ueber prozessualische Rechtsgeschäfte*, München.
- WACH, Adolf  
1881 *Das Geständnis: Ein Beitrag zur Lehre von den prozessualischen Rechtsgeschäften. Archiv für die civilistische Praxis*, vol. LXIV.  
1885 *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*. Leipzig, vol. 1.
- WAGNER, Gerhard  
1998 *Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- WEISMANN, Jakob  
1903 *Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts*. Stuttgart, vol. I.
- WEHLING, Marco  
2009 *Finanzierung von Zivilverfahren*. Kovač.
- WIESER, Eberhard  
1988 "Die Dispositionsbefugnis des Vollstreckungsgläubigers". *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 41, nº 11, mar.

YARSHELL, Flávio Luiz

2015 “Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?”. En Cabral, Antonio y Nogueira, Pedro Henrique (orgs.). *Negócios processuais*. Salvador.