



FACULTAD DE DERECHO

EL VOTO PARTICULAR DEL LAUDO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Autor: Mariana Ceballos Prieto

5º E3A

Derecho Procesal

Tutor: Prof. Dra. Sara Díez Riaza

Madrid
Abril, 2017

RESUMEN

En los últimos años, debido al desarrollo imparable de las nuevas tecnologías y al avance de los medios de transportes, el escenario económico y empresarial han cambiado radicalmente, facilitando la interconexión de las personas y generando relaciones internacionales en las que las fronteras tradicionales se han difuminado y el objeto de la relación en este contexto es mucho más compleja. Este contexto ha generado la necesidad de desarrollar formas alternativas de resolución de las disputas que puedan surgir en estas nuevas y complicadas relaciones comerciales en las que las partes, cuando estas se encuentren muy distantes entre sí y la complejidad de la disputa requiera de una gran especialización. Entre las alternativas existentes, una de las más idóneas es el *arbitraje comercial internacional*, siendo este el marco en el que se engloba el presente trabajo.

En concreto, nos centraremos en la **última fase del proceso arbitral**, la emisión del *laudo* que resuelve la controversia planteada y, más específicamente, nos detendremos en uno de los aspectos más polémicos de esta última fase: **los votos particulares**. En los supuestos en los que es un tribunal arbitral quien tiene que tomar una decisión colegiada: ¿cómo se gestiona la discrepancia de alguno de los árbitros que no está de acuerdo con la solución alcanzada mayoritariamente? ¿Tiene derecho ese árbitro discrepante a emitir un voto particular en el que exprese los motivos por los que rechaza la decisión de sus colegas?

La premisa básica de la que se parte es que los votos particulares en el arbitraje comercial internacional son una realidad que no se puede obviar sin faltar a la realidad de lo que en la práctica sucede; sin embargo, hay muchas voces que se alzan en contra de los mismos por considerar, entre otros motivos, que no aportan ningún valor al arbitraje. A estas preguntas se intentará dar respuesta a lo largo de las páginas que siguen, extrayendo una posible conclusión junto con una valoración, basada en todo lo expuesto, al respecto del tema planteado.

PALABRAS CLAVE

Arbitraje comercial internacional, tribunal arbitral, laudo, voto particular, opinión discrepante, opinión concurrente.

ABSTRACT

The economic and business context has changed dramatically during the last few years. The improvement in technologies and means of transport has facilitated the interconnection of people and the development of business relationships in which there are not borders and whose object is much more complex than it used to be. This new context has generated the necessity of putting into practice alternative ways to solve disputes arising from commercial relationships where parties are distant and the controversy has such complexity that requires high levels of specialization. *International commercial arbitration* is one of the alternatives that fits the best for this new paradigm.

In particular, we will focus on the last step of the arbitration process: the issuance of the award that put an end to the controversy. Specifically, we will dig into one of the most controversial aspects of this last step: the dissenting opinions. Those cases in which the arbitral tribunal, composed of three or five arbitrators, is the competent body to come to a collegiate decision, how discrepancies are settled? Is it legal to allow one of the dissenting arbitrators to issue an opinion where he or she expresses the reasons why he or she rejects the decision reached by his or her colleagues? Are they beneficial for international commercial arbitration?

Starting from the premise that dissenting opinions are a reality in the practice of international commercial arbitration, we will go deeper in the arguments that have been used by different authors to defend and attack those opinions. We will answer to the aforementioned questions through the following pages in order to reach to a conclusion with a personal opinion based on the debate.

KEY WORDS

International commercial arbitration, arbitral tribunal, award, dissenting opinion, concurrent opinion.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
1. ESTRUCTURA.....	5
2. OBJETIVOS.....	5
3. METODOLOGIA.....	6
PARTE PRIMERA: CONTEXTUALIZACIÓN Y MARCO TEÓRICO	8
1. LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES COMO GÉRMEN PARA EL DESARROLLO Y LA GENERALIZACIÓN DEL USO DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL	8
2. AUTOCOMPOSICIÓN VS. HETEROCOMPOSICIÓN.....	9
3. CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE EN GENERAL	12
3.1. Autonomía de la voluntad y libertad de las partes	12
3.2. Rapidez.....	13
3.3. Especialización y profesionalización de los árbitros.....	14
3.4. Confidencialidad	14
3.5. Facilidad del reconocimiento del laudo	14
4. EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.....	15
4.1. Concepto de arbitraje	15
4.2. Arbitraje Comercial. Mercantilidad	17
4.3. Arbitraje Internacional	19
5. FUENTES DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL	21
5.1. Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958.	21
5.2. Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de Ginebra, de 21 de abril de 1961	22
5.3. Lex Mercatoria.....	23
SEGUNDA PARTE: EL LAUDO ARBITRAL Y EL VOTO PARTICULAR EN EL LAUDO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL	24
1. LAUDO ARBITRAL DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL COMERCIAL.....	24
2. EL VOTO PARTICULAR EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL 25	
3. GRUPO DE TRABAJO SOBRE OPINIONES DISCREPANTES Y LAUDOS PARCIALES Y PROVISIONALES DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL.....	27

4. TIPOS DE VOTOS PARTICULARES.....	30
5. ARGUMENTOS	32
5.1. Los árbitros pierden incentivos para encontrar decisiones unánimes	32
5.2. Riesgo de revisión del fondo del asunto por los Tribunales nacionales.....	33
5.3. Se enfatiza el vínculo entre el árbitro y la parte que le nombró.....	34
6. OTROS ARGUMENTOS	36
6.1. No añaden valor al arbitraje comercial internacional.....	36
6.2. No ayudan al desarrollo de la Ley (Lex Mercatoria)	36
6.3. Ruptura del secreto de las deliberaciones	37
6.4. No elevan el nivel del laudo.....	38
7. GUÍA SOBRE CÓMO Y CUÁNDO EMITIR VOTOS PARTICULARES	39
7.1. Cuestiones previas.....	39
7.2. Reglas propuestas por REES y ROHN como guías para elaborar los votos particulares.	42
8. CONCLUSIÓN Y VALORACIÓN PERSONAL	47
8.1. Conclusiones	47
8.2. Valoración personal	49
9. BIBLIOGRAFÍA.....	50
9.1. Obras Doctrinales.....	50
9.2. Jurisprudencia	53
9.3. Legislación	54

INTRODUCCIÓN

1. ESTRUCTURA

El presente trabajo de investigación tiene como línea transversal un tema de candente actualidad: **el arbitraje comercial internacional**. En concreto, un tema muy controvertido relacionado con el último eslabón del procedimiento arbitral, el *laudo*: los votos particulares que surgen como consecuencia de la disconformidad de uno de los árbitros respecto de la decisión alcanzada por el resto de sus colegas.

Con el propósito de poder llegar a una conclusión sobre la adecuación o inadecuación de estos votos particulares, partiremos de un breve examen del entramado económico mundial reciente y de la institución del arbitraje comercial internacional como forma de resolver las disputas que surgen en este nuevo contexto, para poder fijar bien algunos conceptos que serán empleados durante la segunda parte de este trabajo.

En esta segunda parte, se introducen y explican los argumentos y contraargumentos utilizados por diversos autores para sostener la oportunidad o no de incorporar los votos particulares al *laudo arbitral* que es entregado a las partes resolviendo la controversia de manera definitiva (pues una de las características que más diferencian al arbitraje respecto de los procedimientos judiciales es que se trata de un sistema de instancia única, en el que las posibilidades para impugnar el *laudo* son muy reducidas).

2. OBJETIVOS

Para poder dar respuesta de manera adecuada al propósito principal que se plantea en cada una de las mencionadas partes de esta investigación, se han articulado una serie de **objetivos** a los que se irá dando respuesta.

Objetivos de la primera parte:

- Contextualizar la situación que ha dado lugar al mayor desarrollo de los métodos alternativos de resolución de disputas
- Explicar qué son los métodos alternativos de resolución de disputas
- Sentar las bases sobre las que se apoya la institución del arbitraje

- Determinar los elementos diferenciales del arbitraje comercial internacional
- Exponer las principales fuentes de las que bebe el arbitraje comercial internacional

Objetivos de la segunda parte:

- Explicar qué es el laudo arbitral y sus principales rasgos identificadores
- Fijar qué son los votos particulares y los tipos que hay
- Exponer las conclusiones alcanzadas por el Grupo de Trabajo de la Cámara de Comercio Internacional sobre Opiniones Discrepantes
- Profundizar en los distintos argumentos que se han dado para defender posturas a favor y en contra de los votos particulares.

Dando respuesta a cada uno de estos objetivos se cubre el estudio de tema principal del presente trabajo y se permite establecer una conclusión adecuadamente fundada sobre la conveniencia o inconveniencia de los votos particulares en el ámbito del arbitraje comercial internacional.

3. METODOLOGIA

Como ya se ha apuntado anteriormente, el principal objetivo que se persigue en el desarrollo del presente estudio ha sido el de analizar los distintos argumentos y contraargumentos utilizados para sostener la adecuación o inadecuación de los votos particulares en el ámbito del arbitraje comercial internacional.

Teniendo presente la finalidad mencionada, las dos partes en que se divide este trabajo se ha llevado a cabo mediante **el análisis cualitativo** de trabajos científicos relacionados con la materia, seleccionados siguiendo fundamentalmente el criterio de pertinencia, es decir, la vinculación con el tema de la investigación, autoría y fuente de procedencia de los documentos analizados. Para este análisis cualitativo de la documentación:

- El primer paso adoptado fue la identificación de revistas y autores en las que se tratase el tema desde una perspectiva científica o académica. Entre estas revistas especializadas en arbitraje cabe mencionar *Global Arbitration Review*, *Kluwer Arbitration Blog* o *Spain Arbitration Review*. Los autores más destacados han sido

Alan Redfern, Martin Hunter, Gary Born, Lucy Greenwood, Peter Rees y Patrick Rohn.

- Los artículos concretos han sido identificados a través de bases de datos de información científica, fundamentalmente EBSCO y Google Académico, a través de la introducción de palabras clave. Los **términos utilizados** en estas búsquedas han sido: arbitraje, arbitraje internacional, arbitraje comercial, opinión discrepante y opinión concurrente, así como la combinación de ellos.
- También ha sido de gran utilidad en el proceso de identificación de fuentes y de obtención de materiales los **encuentros** tenidos con dos árbitros que desarrollan su actividad, entre otras muchas plazas, en Madrid: **Segismundo Navarro** (socio de Segismundo Navarro Abogados), de quien, además, extraje la idea para desarrollar este trabajo, gracias a una ponencia realizada en el Open de Arbitraje de 2015, organizado por la Asociación Europea de Arbitraje y **Clifford J. Hendel** (socio de Araoz & Rueda), cuyo artículo “*Votos particulares en el arbitraje comercial internacional*” resultó de gran ayuda en los primeros pasos de la investigación.

Una vez identificadas las fuentes, se ha empleado una **metodología deductiva**, extrayendo consecuencias de las premisas recogidas en los distintos artículos revisados y entendiendo que estas son válidas para obtener las conclusiones que se incorporan a este trabajo.

PARTE PRIMERA: CONTEXTUALIZACIÓN Y MARCO TEÓRICO

1. LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES COMO GÉRME PARA EL DESARROLLO Y LA GENERALIZACIÓN DEL USO DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

La vocación internacional de los negocios es uno de los aspectos más característicos de nuestro tiempo. Ya no hay fronteras para el comercio. Gracias al desarrollo de las nuevas tecnologías de la comunicación y las mejoras en los medios de transporte, el mercado es cada vez más global, cada vez más uno. Las relaciones comerciales internacionales han favorecido el desarrollo económico mundial.

Este proceso se conoce como globalización económica que, en palabras de Emilio A. IBAÑEZ¹, es el proceso a través del que las economías mundiales se integran gracias, fundamentalmente, a la bajada del precio del transporte y las comunicaciones. Esta integración económica mundial está constituida fundamentalmente por el aumento en el comercio internacional, las inversiones directas en el extranjero, los movimientos de trabajadores y los movimientos de capitales y tecnologías. Esto está dando lugar a importantes cambios culturales y demográficos.

La globalización económica conlleva, por tanto, no solo nuevas formas de pensar y hacer los negocios, sino también nuevas formas de resolver las cuestiones litigiosas que surgieran a raíz de estos negocios. En una misma relación comercial pueden intervenir diferentes sistemas legislativos y legislaciones que hacen complicado acudir a los métodos tradicionales de resolución de disputas. Por ello, como Alfonso CASADOS BORDES² entiende que el desarrollo del arbitraje comercial como una consecuencia inmediata de la globalización

¹ Ibañez, E. A, "La globalización económica como marco de las relaciones internacionales", Información Comercial Española - Monthly Edition, nº 825, 2005.

² Borde, A. C., "La jurisdicción mercantil y la globalización económica". Derecho y Ciencias Sociales, nº 13, 2015.

económica, que exige una jurisdicción mercantil práctica y autónoma expresada a través del este sistema de resolución de disputas.

El Poder Judicial de los Estados no está, en muchas ocasiones, capacitado o adaptado para resolver los conflictos que se producen en el marco del comercio internacional debido a los cambios que se producen en los mercados. Por ello, ha sido necesario desarrollar nuevas formas de impartir justicia y de alcanzar soluciones a los conflictos empresariales, donde las personas encargadas de resolver el conflicto planteado sean especialistas en el ámbito sobre el que se plantea la disputa³.

El comercio internacional tiene como campo de actuación el mundo entero y queda, por tanto, bajo la esfera de intervención de organismos internacionales, de carácter universal o regional. Por ello, el ordenamiento regulador de esta realidad jurídica de naturaleza transnacional coarta la posibilidad del legislador estatal de determinar con entera libertad las respuestas jurídicas a estas transacciones de acuerdo con su propia concepción de la Justicia⁴.

El presente trabajo se centra en el Arbitraje Comercial Internacional como una forma más idónea de resolver los conflictos surgidos en el seno de los negocios comerciales internacionales. Se analizará la institución del arbitraje comercial internacional en términos generales para, posteriormente, centrarse en uno de los aspectos más controvertidos: la conveniencia o inconveniencia de la inclusión del voto particular en los laudos arbitrales.

2. AUTOCOMPOSICIÓN VS. HETEROCOMPOSICIÓN

Antes de comenzar el análisis del Arbitraje Comercial Internacional es preciso mencionar las distintas formas de resolver los conflictos en la actualidad.

En los últimos años se habla mucho de los métodos alternativos a la resolución de conflictos. Para que poder referirnos a uno o varios métodos alternativos, es necesario que haya algún otro que se considere el método común, habitual o tradicional. Este método es el encomendado al Estado de Derecho, materializado en la función jurisdiccional del Poder

³ Cremadres, B., "Ventajas del arbitraje en el comercio internacional", *Panorama del Arbitraje Comercial (selección de lecturas)*, 1983.

⁴ Rozas, J. C., "El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización", *Escriva. Eevista del Colegio de Notarios del Estado de México*, nº 5, 2000.

Judicial, que cuenta con una serie de normas que determinan cómo ha de aplicarse la ley al caso concreto siguiendo, como rasgo general, un procedimiento contradictorio.

La jurisdicción en nuestro orden constitucional es la facultad de *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado* (artículo 117 CE). A través de esta facultad, el Estado garantiza la tutela judicial efectiva a todos los ciudadanos, derecho fundamental recogido en nuestra Constitución en el artículo 24 y que también encuentra protección internacional en multitud de Acuerdos y Tratados Internacionales. Entre ellos, cabe citar el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que reconoce el derecho que asiste a todas las personas a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes.

Lejos de querer restar importancia a esta función estatal, es menester reconocer que esta presenta importantes inconvenientes que hay que tener en cuenta al elegir el sistema mediante el que se resolverá la disputa planteada. Rafael HINOJOSA SEGOVIA⁵ coincide con la mayoría de los autores al destacar la lentitud, la falta de preparación de los jueces para conocer determinados asuntos de contenido especialmente técnico o complejo y el desgaste de las relaciones entre las partes a que da lugar el procedimiento contradictorio como los principales motivos que impulsan a las partes a optar por otro procedimiento distinto al orden jurisdiccional.

Estos inconvenientes se agudizan cuando en la controversia interviene un elemento internacional, puesto que, además de los mencionados contras de las jurisdicciones estatales, se dificulta la práctica de la prueba, se generan sobrecostes derivados de los inevitables desplazamientos al lugar donde se litiga y el contacto con abogados locales, entre otros, y aparecen dificultades de gestión en el desarrollo de los procesos (idiomas, legislaciones desconocidas...).

Frente a esta situación, en los últimos años se ha venido generalizando el uso de otros métodos, conocidos como Métodos Alternativos a la Solución de Conflictos (MASC o ADR, por sus siglas en inglés) y recogen la idea de que los dueños de los conflictos son las partes

⁵ Hinojosa Segovia, R., “Panorama General del Arbitraje en España”, *Economist & Juris*, vol. 16, nº 122, 2008.

en litigio quienes, por tanto, tienen capacidad para resolverlo sin necesidad de una intervención jurisdiccional⁶.

La novedad de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, como formas diferentes de solventar las controversias surgidas entre los particulares, está muy discutida. Josep REDORTA⁷, hace referencia a la “ecología procesal” como el futuro del Derecho Procesal y lo entiende como la vuelta al modo natural de resolver los conflictos, que es el diálogo y no el recurso a un tercero que imponga una solución. Así, Paulino FAJARDO⁸ afirma:

los MASC no son algo nuevo y tienen un entronque histórico y cultural no solo en los sistemas jurídicos anglosajones sino en el resto de sistemas jurídicos. Existen elaboraciones doctrinales en los sistemas codificados, en concreto en España, que reconocen a las formas persuasivas de solucionar conflictos como modo ideal de Justicia y de tutela efectiva de los derechos.

Más allá de distinción entre métodos “tradicionales” y métodos “alternativo” y de la discusión que se suscita en torno a ello, la clasificación más común de las formas de poner fin a disputas es la distinción entre métodos autocompositivos y heterocompositivos.

Los **métodos autocompositivos** son medios utilizados para resolver controversias entre las partes en los que el resultado al que se llega para dirimir el conflicto es producto de la voluntad de las propias partes, que se sitúan en pie de igualdad. El modo concreto por el que las partes llegan a esta solución depende del tipo de método que escojan. Los métodos autocompositivos de resolución de disputas son la conciliación, la transacción, el desistimiento y la mediación.

En tanto que son acuerdos a los que las partes llegan de manera voluntaria, su cumplimiento también ha de ser voluntario, no existiendo ningún método coercitivo que imponga a las partes el cumplimiento del acuerdo.

⁶ San Cristóbal Reales, S., "Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil", *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, nº 49, 2013.

⁷ Visto en Fajardo, P., *Cooperar como estrategia. Mediación de conflictos empresariales*, Thomson Reuters, Pamplona, 2016.

⁸ Fajardo, P., *Cooperar como estrategia. Mediación de conflictos empresariales*, Thomson Reuters, Pamplona, 2016.

Por su parte, los **métodos heterocompositivos** son aquellos por los que las partes ponen la resolución de las disputas surgidas entre ellos en manos de un tercero neutral que ha de decidir la controversia. Estos métodos son la jurisdicción estatal y el arbitraje⁹.

Como ya se ha mencionado anteriormente, este trabajo pretende centrarse en el arbitraje, método alternativo y heterocompositivos.

3. CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE EN GENERAL

Las características más importantes que hacen del arbitraje un método atractivo y cada vez más utilizado son las que se mencionan a continuación. A pesar de que algunas han sido ya sucintamente mencionadas, en este punto se pretende dar profundidad a lo ya dicho:

3.1. Autonomía de la voluntad y libertad de las partes

Como afirma Ramón HERRERA DE LAS HERAS¹⁰, la autonomía de la voluntad es el principio sobre el que gira la institución del arbitraje. Y así también lo ha hecho nuestro Tribunal Constitucional en distintas ocasiones, afirmando que *el arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico*¹¹.

⁹ Cucarella Galiana, L. A., “Autocomposición y proceso en el ordenamiento jurídico italiano (Trasposición de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles: situación normativa resultante)”, *Anuario de justicia alternativa: derecho arbitral*, nº 10, 2010.

¹⁰ Herrera de las Heras, R., “La autonomía de la voluntad en el arbitraje y en la mediación. Jurisprudencia constitucional española y experiencias en el ámbito del consumo”, *Revista de Derecho*, vol. XXV, nº 1, 2012.

¹¹ STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 4: *tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría tanto como privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (sstc 43/1988 [rtc 1988\43], 233/1988 [rtc 1988\233], 15/1989 [rtc 1989\15], 288/1993 [rtc 1993\288] y 174/1995 [rtc 1995\174]), de su función como medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 ce). de manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la constitución reconoce a todos. una vez elegida dicha vía ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción (pero no su "equivalente jurisdiccional" arbitral, sstc 15/1989, 62/1991 [rtc 1991\62] y 174/1995) legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del l.a. y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. pues como ha declarado reiteradamente este tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación*

Esta libertad se manifiesta en la capacidad que tienen las partes para disponer del procedimiento, pudiendo elegir los plazos, la forma de las notificaciones, el lugar de desarrollo, etcétera. Una de las principales expresiones de esta libertad es el nombramiento de los árbitros por las partes.

Sin embargo, esta libertad no es absoluta. Existen ciertos límites que han de respetarse en todo caso. Así, el Preámbulo de la Ley 60/2003, de Arbitraje¹², reconoce que la mención a autonomía de la voluntad está limitada por el innegable derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad. De estos límites generales pueden reconocerse algunas actuaciones prohibidas a las partes, relacionadas con las materias que no pueden someterse a arbitraje y con el nombramiento de los árbitros.

3.2. Rapidez

Como afirma Xavier ANDRADE CADENA¹³, dos son las cuestiones a destacar en relación con la rapidez: por un lado, la capacidad que tienen las partes para decidir los plazos en los que ha de solventarse el arbitraje permite dar celeridad al proceso y estructurarlo conforme a sus circunstancias y necesidades. Normalmente, quienes acuden a arbitraje quieren resolver sus disputas tan pronto como sea posible, por ello, fijan plazos que no alargan los procesos más allá de los seis u ocho meses; por otro lado, se trata de un sistema de una sola instancia, es decir, salvo en los escasos supuestos tasados en la ley, no cabe interponer recurso contra el laudo dictado por el árbitro o árbitros encargados del caso, lo que en la práctica supone un ahorro de tiempo importante.

Este último aspecto es el que más reticencias genera, pues muchas personas creen que eso implica una desprotección de las partes al entender que en un sistema con posibilidad de recurrir a una instancia superior tendrían una segunda oportunidad cuando la decisión adoptada por el árbitro o el tribunal arbitral no satisficiera sus expectativas o intereses. Si bien este argumento podría tener su peso en los arbitrajes nacionales, a nivel internacional no pueden sostenerse. En opinión de GÓMEZ JENE¹⁴, lejos de verse como un

legal (sstc 99/1985 [rtc 1985\99], 50/1990 [rtc 1990\50] y 149/1995 [rtc 1995\149], entre otras). Más recientemente lo ha reafirmado la stc 9/2005 de 17 enero en su fundamento jurídico 2.

¹² Preámbulo Ley 60/2003, de Arbitraje, Boletín Oficial del Estado, nº 309, 26 de diciembre de 2003.

¹³ Andrade Cadena, X., “Las Ventajas del Arbitraje Internacional: una perspectiva ecuatoriana”, *Revista de Derecho Comparado*, 2005.

¹⁴ Gómez Jene, M., *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, COLEX, 2003.

desincentivo, es una nota que contribuye a hacer más atractivo al arbitraje ya que un única instancia facilita el procedimiento internacional y las complicaciones inherentes al mismo, relacionadas con la aplicación de legislaciones diferentes, la interpretación de documentos en diferentes idiomas, las notificaciones, etc.

3.3. Especialización y profesionalización de los árbitros

La especialización tiene una doble vertiente, relacionada, por un lado, con las características de determinados conflictos internacionales y, por otro, con la elección del árbitro, pues las partes pueden (y, de hecho, deben) elegir a árbitros que sean especialistas en la materia de la que versa la controversia¹⁵.

3.4. Confidencialidad

Las partes pueden elegir resolver sus controversias de forma confidencial y, de hecho, es una característica prácticamente indiscutida por la doctrina. Sin embargo, como destaca MERINO MERCHÁN¹⁶, es sorprendente que la práctica totalidad de las legislaciones sobre arbitraje no recojan la confidencialidad como elemento esencial de esta institución. Por ello, tanto este autor como BARONA, entienden que más que una característica del arbitraje, se trata de un deber ínsito en el proceso y que compete a todas las partes involucradas en él.

3.5. Facilidad del reconocimiento del laudo

Gracias al Convenio de Nueva York de 1958, sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, ratificado por un total de ciento cincuenta y siete países, las posibilidades de ejecutar en cualquier lugar un laudo arbitral dictado en cualquier ciudad del mundo son mucho mayores que las de ejecutar sentencias¹⁷. Sobre el mismo incidiremos más adelante.

¹⁵ *Ibidem*

¹⁶ Merino Merchán, J. F., “Confidencialidad y Arbitraje”, *Spain Arbitration Review*, vol. 2, 2008.

¹⁷ García Martín Alférez, F.J., “Sobre el reconocimiento en España de laudos arbitrales extranjeros anulados o suspendidos en el Estado de origen”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 18, nº 1, 2016.

4. EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Arbitraje es un concepto cada vez más amplio, que puede hacer referencia a una gran diversidad de procedimientos que, compartiendo unas notas comunes, mencionadas en el punto anterior, presenta distintas características dependiendo del ámbito en el que se aplican. Así, por ejemplo, el arbitraje en el ámbito del comercio internacional tiene unos rasgos diferentes al arbitraje de inversión, ya que la distinta naturaleza de las partes que intervienen, así como los conflictos que se suscitan, son muy diferentes

En este punto se hace referencia al arbitraje comercial internacional, analizando cada uno de los términos que componen dicha expresión.

4.1. Concepto de arbitraje

Aunque hasta ahora ya hayamos explicado algunas de las características que hacen atractivo al arbitraje, en este punto retrocedemos un poco para sentar un concepto de arbitraje que tenga validez general, es decir, que establezca una idea de arbitraje con abstracción de los distintos tipos de arbitraje que pueden darse.

Entre las múltiples definiciones de arbitraje que pueden darse, hemos seleccionado la de LACRUZ BERDEJO¹⁸, al considerar que es una definición completa que hace referencia a todos los aspectos más destacados del arbitraje, entendiendo que es *aquel instituto jurídico eminentemente privado, de derecho sustantivo –más que jurisdiccional- en cuya virtud las personas físicas o jurídicas entre quienes haya surgido –o temen que pueda surgir- una cuestión litigiosa, esto es, un conflicto de intereses con opuestas pretensiones respecto de la relación jurídica discutida, acuerdan excluir la intervención de los órganos jurisdiccionales y confiar la solución de la controversia a una o varias personas, denominadas árbitros, cuya decisión aceptan de antemano y es vinculante para ellas.*

De esta definición, conviene destacar varios aspectos o ideas importantes:

4.1.1. Instituto jurídico eminentemente privado

Podría criticarse al arbitraje que es una forma de privatizar la justicia, materia que está encomendada exclusivamente al Estado (artículo 117.3CE).

¹⁸ Visto en Melón Muñoz, A. (coord.), *Memento Procesal Civil 2017*, Lefebvre El Derecho, Madrid, 2017.

A este respecto, como Bernardo CREMADES¹⁹ argumenta, uno de los principios y valores fundamentales de la Constitución Española es la libertad de los ciudadanos y, en base a esta libertad y a la autonomía de la voluntad de los mismos, se puede encomendar a entes distintos de los Tribunales estatales la resolución de los conflictos que versen sobre materias de libre disposición para las partes conforme a Derecho.

4.1.2. Voluntariedad

El principio de voluntariedad abarca todo el procedimiento; así, el sometimiento a arbitraje puede ser impuesto a las partes, quienes deciden libremente resolver su disputa mediante arbitraje. Baste indicar en este punto que la voluntariedad no se ve limitada o restringida cuando un juez o Tribunal se declara incompetente para conocer un caso porque exista una cláusula de sumisión a arbitraje. En estos casos, aplica el brocardo *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga a las partes) y, por tanto, es necesario intentar el arbitraje. Esta declaración de incompetencia no aplica de manera automática, pues cabe la renuncia tácita al convenio arbitral por las partes²⁰.

4.1.3. Decisión vinculante.

Esta la característica hace al arbitraje alejarse del resto de MASC, pues la decisión del árbitro o del tribunal arbitral es vinculante y ejecutable. Las partes del conflicto tienen la obligación de cumplir con lo dispuesto en el laudo, pudiendo la parte cumplidora reclamar la ejecución del laudo a los tribunales del Estado donde el laudo ha de cumplirse. Además, esta ejecución está garantizada con independencia del lugar donde se haya dictado el laudo, gracias a la Convenio de Nueva York de 1958, sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras²¹.

El hecho de ser vinculante hace que algunos autores entiendan que el arbitraje es la única alternativa verdadera a la jurisdicción de los Tribunales puesto que, salvo que se consiga el acuerdo o la transacción, aquellos métodos que no son vinculantes se verán abocados al uso de un método vinculante para hacer que la parte perdedora que no quiera cumplir con lo pactado cumpla.

¹⁹ Cremades, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, *Lima Arbitration*, n° 1, 2006.

²⁰ Melón Muñoz, A. (coord.), Op. Cit. Nota 18.

²¹ *Ibidem*

La Comisión Europea, en el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil²², sigue esta línea de pensamiento al excluir el arbitraje del objeto de dicho libro por considerar que *el arbitraje es un tipo de resolución de litigios más cercano a un procedimiento judicial que a las modalidades alternativas en la medida en que el objetivo de la sentencia arbitral es sustituir a la decisión de justicia.*

Sin embargo, otros autores ven en esto una manera de reducir la idea o Filosofía que hay detrás de los ADR, esto es, lograr una cultura de la paz y del diálogo que fomente la cordialidad y la solución consensuada frente a la solución impuesta²³.

Tratar de resolver esta controversia requeriría de un estudio mucho más profundo que excede de los objetivos del presente trabajo. Por ello, baste con dejar indicadas someramente una y otra postura.

Teniendo en cuenta las dos características anteriores, el arbitraje es un método voluntario en su origen y desarrollo, pero obligatorio o vinculante en su final.

Por último, es importante destacar que de estas características no puede deducirse que el arbitraje es un sistema regido por la absoluta libertad de las partes (entendida casi como libertinaje). Normalmente, los Estados regulan algunos aspectos del mismo considerados de especial relevancia, entre estos aspectos cabe destacar: (i) las consecuencias del incumplimiento de lo suscrito en los convenios arbitrales firmados por las partes, (ii) el control que los tribunales pueden llevar sobre el procedimiento arbitral y (iii) ejecución de los laudos arbitrales por las partes, que están sometidos a algunas limitaciones, como por ejemplo, el no ir en contra del orden público establecido en el lugar de la ejecución²⁴.

4.2. Arbitraje Comercial. Mercantilidad

El arbitraje comercial es aquel que tiene como ámbito material la resolución de disputas que surgen entre partes privadas entre las que media algún tipo de relación comercial; por tanto,

²² Unión Europea, *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 2006.

²³ Matute Morales, C., “El desarrollo de los Métodos Alternativos de Solución de Controversias en América Latina”, Universidad de Carabobo.

²⁴ Latham & Watkins, *Guía sobre arbitraje internacional*, 2013.

se trata de un arbitraje de derecho privado y, en concreto, el que aplica el fundamentalmente el derecho mercantil.²⁵

Sin embargo, no queda clara la definición de relación comercial. La Ley Modelo del CNUDMI²⁶ sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 no hace distinción entre arbitraje civil y comercial, así como tampoco da una definición de qué ha de considerarse como arbitraje comercial. Sin embargo, en una nota al pie establece:

Debe darse una interpretación amplia a la expresión “comercial” para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (“factoring”), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (“leasing”), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

Como entienden FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN²⁷, con esta nota al pie se pretende generalizar el ámbito comercial, considerando como tal todas las relaciones cuyo objeto sea la producción, la transformación o la circulación de bienes y los servicios vinculados a estos objetos, así como las actividades de financiación y las bancarias.

Los mencionados autores destacan que en la Ley Modelo no se define quién son las partes del arbitraje comercial internacional, siendo necesario dilucidar si el carácter de empresario de las partes es un requisito esencial en este ámbito. La respuesta que dan es que la Ley Modelo trata de servir de guía a todos los sistemas jurídicos, tanto a los que hacen la

²⁵ Reisman, W.M., Craig, W.L., Park, W. y Paulsson, J., *International Commercial Arbitration*, Thomson West, Westbury, New York, 2015, p. 172.

²⁶ Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*, Naciones Unidas, Nueva York, 2008.

²⁷ Fouchard, P., Gaillard, E., Goldman, B., & Savage, J. (1999). *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*. Kluwer law international.

distinción entre empresarios y no empresarios y los que no la hacen, y son las legislaciones nacionales las que en este punto tienen que decidir.

Por último, es importante no confundir el arbitraje comercial con el arbitraje de consumo, en el que sí que es necesario que una de las partes sea consumidor final y la otra empresario o prestador de servicios. Se trata de un mecanismo puesto a disposición por los consumidores por las Administraciones Públicas para solventar las controversias o reclamaciones que pudieran suscitarse en el ámbito de las relaciones entre las mencionadas partes.

4.3. Arbitraje Internacional

Miguel VIRGÓS²⁸ entiende que *Un arbitraje se dice internacional porque trasciende de la esfera de un único Estado y presenta vínculos o conexiones con otros Estados.*

Estos vínculos o conexiones a los que se refiere la definición de VIRGÓS y que darían carácter internacional al arbitraje pueden ser bien subjetivos, atendiendo a las partes en conflicto (por su nacionalidad o residencia) o bien objetivos, en función al objeto por el que se litiga (podría darse el caso de partes con la misma nacionalidad o domicilio que dan al arbitraje carácter internacional porque el objeto del litigio se encuentre fuera de territorio donde ellas están).

Para complementar esta visión de arbitraje internacional podemos recurrir a la legislación española que en el artículo 3 de la Ley 60/2003, de Arbitraje²⁹, define el arbitraje internacional:

1. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes.

b) Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga

²⁸ Virgós, M., "Arbitraje Comercial Internacional y Convenio de Nueva York de 1958". Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento. Uría, nº extraordinario, 2006.

²⁹ Op. Cit. Nota 12.

una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios.

c) Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; y si una parte no tiene ningún domicilio, se estará a su residencia habitual.

De esta definición, GÓMEZ JENE³⁰ identifica tres criterios que el legislador español ha seguido para identificar los arbitrajes internacionales. De estos, dos criterios son espaciales y uno económico:

El criterio económico es que existan *intereses del comercio internacional*. Esta característica hace referencia a supuestos que atendiendo únicamente al criterio geográfico serían internos pero la naturaleza económica que subyace a la controversia le dan un marcado carácter internacional.

El criterio espacial es domicilio de las partes en Estados diferentes y el criterio territorial hace referencia al lugar de cumplimiento de las obligaciones o lugar con el que se tenga una relación más estrecha.

GÓMEZ JENE duda en su obra sobre la utilidad de los dos últimos criterios, arguyendo al respecto que una comprensión adecuada del primero (intereses del comercio internacional) ya abarcaría los otros dos. Sin embargo, admite, que la inclusión de los mismos cobra sentido si se tiene en cuenta, por un lado, las dudas que pudieran surgir cuando los Tribunales se dispusiesen a interpretar este artículo y, por otro lado, la aplicación de la ley española no solo a los arbitrajes internacionales, sino a otros tipos de arbitraje recogidos en la ley.

La legislación española sigue a la ley modelo, con unos criterios prácticamente idénticos.

³⁰ Gómez Jene, M., Op. Cit. Nota 14.

5. FUENTES DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

La actividad arbitral internacional por el momento no puede desvincularse de la actividad legislativa y jurisdiccional de los Estados, pues el arbitraje sigue irremediablemente supeditada a un determinado sistema “nacional” tanto desde la perspectiva legal como jurisprudencial.

Esa sujeción a un orden estatal determinado está sufriendo, sin embargo, un progresivo debilitamiento, evidenciándose en la práctica contemporánea una tendencia inequívoca hacia el reforzamiento de la autonomía del arbitraje comercial internacional, que se manifiesta en todas las fases del proceso -**convenio arbitral**, elección del **Derecho aplicable**, y **laudo arbitral**- en detrimento de las legislaciones nacionales³¹.

Dicha autonomía es muy evidente en los dos primeros aspectos apuntados. Del primer caso ha sido una muestra ilustrativa la abundante jurisprudencia que afirmó la completa autonomía de la cláusula compromisoria a partir de la sentencia “Gosset”, confirmada por muchos otros asuntos; del segundo, la ampliación del ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes y la cohabitación entre el orden jurídico estatal y la *lex mercatoria*. Sin embargo, es más complicado afirmar la autonomía del laudo por una cuestión fundamental: el laudo tiene fuerza ejecutiva y puede ser anulado por los Tribunales nacionales en los casos que establece el Convenio de Nueva York³².

A continuación, se hará mención de dos de los Convenios más importantes en materia de arbitraje vigentes en la actualidad y una breve explicación de la *lex mercatoria* y su importancia para el arbitraje comercial internacional.

5.1. Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958.

El Convenio de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras es uno de los Tratados de las Naciones Unidas que más éxito ha cosechado en el

³¹ Fernández Rozas, J.C., “El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización”, Revista española de Derecho Internacional, vol. LVII, 2005.

³² Reisman, W.M., Craig, W.L., Park, W. y Paulsson, J., Op. Cit. Nota 25.

ámbito del comercio internacional, considerándose un instrumento fundamental en el ámbito del arbitraje internacional.

La adhesión a este Convenio requiere que los Estados y los Tribunales nacionales otorguen validez tanto a los acuerdos arbitrales como a los laudos hechos en otros países, permitiéndoles el no reconocimiento en tan solo algunas cuestiones excepcionales.

Por ello, cualquier Estado que haya firmado la Convención no puede imponer reglas más estrictas para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros sin incumplir las obligaciones asumidas al ratificar la Convención. No obstante, su artículo III concede a los países miembros discrecionalidad para determinar las reglas aplicables al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros con la limitación de que no se sometan a condiciones más onerosas y a mayores cargas que a los laudos nacionales.

En definitiva, el régimen de reconocimiento y ejecución de laudos establecido en la Convención se ha ido enraizando en los sistemas legales de los países miembros de la misma, contribuyendo al desarrollo del arbitraje internacional como un método eficaz y eficiente de resolución de disputas comerciales. Gran parte de este éxito es mérito de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) cuya labor de interpretación, análisis y sistematización de la Convención, materializada en distintas guías, ha tenido como resultado que la aplicación de la misma en todos los Estados sea muy consistente y coherente, dotando de seguridad al arbitraje³³.

5.2. Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de Ginebra, de 21 de abril de 1961

El Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional es uno de los pocos convenios regionales que ha conseguido exitosamente tener un mayor alcance que el Convenio de Nueva York.

Se trata de un instrumento que tiene en cuenta todo el proceso arbitral, desde el acuerdo o convenio arbitral hasta el laudo, incluyendo la composición del tribunal arbitral y el proceso de arbitraje, respetando siempre las reglas sustantivas y la independencia del arbitraje comercial internacional respecto de las leyes nacionales.

³³ *Ibidem*

De manera muy acertada, este Convenio define en el artículo I qué ha de entenderse por arbitraje comercial internacional haciendo referencia tanto a la disputa en términos económicos, como a los criterios legales de la sede o residencia de las partes; el comercio internacional al que se refiere este artículo no debe ser interpretado de manera restringida, sino que ha de entenderse como el movimiento de bienes, servicios y capitales fuera de las fronteras de un Estado.

El principio general que subyace del texto es la libertad de las partes para organizar el arbitraje, dando numerosas opciones para que estas decidan cómo han de desenvolverse cada una de las actuaciones que constituyen el arbitraje³⁴.

5.3. Lex Mercatoria

La *lex mercatoria* es el resultado del desarrollo del comercio internacional y se constituye como una normativa paralela a las legislaciones nacionales. Las bases de este sistema son, fundamentalmente, los usos y las costumbres del comercio, principios generales, codificaciones profesionales, contratos tipos y jurisprudencia

El punto de partida de este régimen es la existencia de costumbres que superan a los derechos nacionales y que imperan en las relaciones comerciales internacionales.

Hay algún sector que ha llegado a considerar la *lex mercatoria* como un derecho sustantivo independiente del resto de legislaciones nacionales, basándose en los instrumentos jurídicos que se han desarrollado para su uso que no tienen otra base jurídica para su aplicación. Sin embargo, esta no es la idea más comúnmente aceptada, entendiéndose que se trata de un sistema que potencialmente podría llegar a tener independencia propia pero que actualmente encuentra importantes limitaciones.

La aplicación de esta normativa en los arbitrajes internacionales es muy común y, además, es el fuero donde se espera que esta disciplina alcance su mayor desarrollo. Sin embargo, encuentra dos limitaciones fundamentales: el carácter voluntario del arbitraje, tratándose de un proceso regido en su mayoría por la voluntad de las partes, y la dependencia que encuentra el arbitraje respecto de las legislaciones nacionales para la ejecución forzosa de los laudos³⁵.

³⁴ Fouchard, P., Gaillard, E., Goldman, B., & Savage, J., Op. Cit. nota 27.

³⁵ *Ibidem*

SEGUNDA PARTE: EL LAUDO ARBITRAL Y EL VOTO PARTICULAR EN EL LAUDO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

1. LAUDO ARBITRAL DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL COMERCIAL

Tras el proceso de deliberaciones, el o los árbitros que componen el tribunal arbitral han de decidir la controversia. Para ello, emiten por escrito un laudo razonado en el que se contiene la solución alcanzada durante el curso de las deliberaciones, dando con él respuesta a la cuestión planteada al tribunal³⁶.

Según el tipo de arbitraje al que las partes se hayan sometido, el árbitro o el tribunal arbitral elaborará el laudo con la decisión final del caso conforme a Derecho o conforme a su más leal saber y entender. En el primer caso estaríamos ante un arbitraje de derecho mientras que en el segundo estaríamos ante un arbitraje de equidad³⁷.

Sea como fuere, si el arbitraje ha de ser resuelto por un solo árbitro, éste deberá emitir un laudo en el plazo que las partes le hayan indicado. Estos casos no plantean problemas en relación a lo que aquí se discute ya que es una única persona la que reflexiona, redacta y emite³⁸.

Sin embargo, conformar el laudo cuando hay más de un árbitro puede resultar una tarea más compleja, especialmente teniendo en cuenta que, por las características del arbitraje, es muy probable que estos árbitros no se conozcan entre sí, ni estén físicamente cercanos y, muy probablemente, tampoco provengan del mismo contexto jurídico³⁹.

Por ello, es absolutamente necesario que en el periodo de deliberaciones los miembros del tribunal intercambien puntos de vista, opiniones y pareceres con el objetivo de acercar sus posturas y resolver el caso planteado. Este intercambio debe estar presidido por la más

³⁶ Lorca Navarrete, A.M., “El Laudo Arbitral”, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2011.

³⁷ San Cristóbal Reales, S., Op. Cit. Nota 6.

³⁸ Munné Catarina, F., *El arbitraje en la Ley 60/2003*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004.

³⁹ Castillo Freyre, M. y Sabroso Minaya, R., “Nulidad del laudo arbitral por haber laudado sin las mayorías requeridas”, *Revista de Derecho Procesal Quaestio*, nº 18, 2008.

absoluta confianza entre ellos, para que puedan exponer sus posturas con libertad, sin preocuparse porque alguno de los co-árbitros vaya a desvelar el contenido de la discutido en sus reuniones⁴⁰. Este deber, salvo en algunos casos concretos, como es Francia, no encuentra respaldo en la ley; sin embargo, sí está encuentra recogido en las Reglas de Ética de la International Bar Association (IBA)⁴¹:

The deliberations of the arbitral tribunal, and the contents of the award itself, remain confidential in perpetuity unless the parties release the arbitrators from this obligation. An arbitrator should not participate in, or give any information for the purpose of assistance in, any proceedings to consider the award unless, exceptionally, he considers it his duty to disclose any material misconduct or fraud on the part of his fellow arbitrators.

En tanto que desarrollan una función jurisdiccional, los árbitros han de actuar como jueces y, por tanto, se espera de ellos que sean imparciales e independientes. Pero hay una cuestión que aleja a ambas figuras abismalmente: mientras que los jueces son nombrados por el Estado (en el caso español, tras superar un examen público), los árbitros son nombrados por las partes quienes, además, serán las que les paguen. Ello hace aún más relevante la obligación de respetar el secreto de las deliberaciones, pues si existe el miedo a que salga a la luz lo discutido entre los árbitros, estos tenderán a apoyar la postura más beneficiosa para la parte que les nombró⁴².

2. EL VOTO PARTICULAR EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Las resoluciones judiciales que ponen fin a las controversias planteadas ante el órgano judicial competente en cada caso son el resultado de complejos debates y deliberaciones surgidos en el seno del órgano que emite la resolución; estos debates surgen ante las diferentes percepciones que puedan tener sus miembros sobre cuestiones de hecho y de

⁴⁰ Fernández Rozas, J.C., “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje”, *Arbitraje*, vol. II, nº 2, 2009.

⁴¹ International Bar Association, “Rules of Ethics for International Arbitrators”, 1987.

⁴² Jijón Letort, R., “La independencia e imparcialidad de los Árbitros”, *Juris Dictio*, vol. 7, nº 11, 2007.

derecho y, en muchas ocasiones, alcanzar una decisión unánime suele ser una cuestión complicada que no solo requiere conocimientos legales, sino que también son muy importantes la imparcialidad y el sentido común.

Como señala Di PIETRO⁴³, esta situación es aún más complicada en el ámbito de las disputas comerciales internacionales planteadas ante tribunales arbitrales puesto que los miembros del tribunal suelen proceder de culturas y ordenamientos jurídicos diferentes y las disputas a las que suelen enfrentarse son muy complejas. En este contexto, es normal que surjan desacuerdos entre los árbitros y esto no debe ser una cuestión que preocupe ni a las partes ni a los árbitros, simplemente hay que saber gestionar bien estas diferencias para que no debiliten al procedimiento en su conjunto.

Una forma de salvar estas discrepancias mencionadas es a través de la emisión de votos particulares, donde el árbitro discrepante expone razonadamente el motivo de su disconformidad con el resultado alcanzado mayoritariamente. Sin embargo, esta vía no es vista por todos como una forma adecuada de solucionar discrepancias entre árbitros en el arbitraje comercial internacional.

Tanto en los Tribunales Internacionales como en los Nacionales, los votos particulares son una práctica comúnmente aceptada y donde juegan un papel relevante para, entre otras cosas, el desarrollo del Derecho; sin embargo, como señala el mencionado autor, en este contexto no es posible llevar las conclusiones que pudieran extraerse respecto de los tribunales al ámbito del arbitraje comercial internacional debido, fundamentalmente, a una característica que aleja a ambos sistemas: la naturaleza pública de los procedimientos llevados a cabo en Tribunales frente a la privacidad y la confidencialidad de los arbitrajes comerciales⁴⁴.

Una argumentación similar se da respecto del arbitraje de inversión, en el que, siempre ha de intervenir un Estado como parte, por lo que las notas de privacidad y confidencialidad típicas del arbitraje han de matizarse por cuestiones de interés público. A pesar de que no haya ningún sistema que vinculen unos laudos respecto de otros, ni de que los árbitros desarrollen

⁴³ Di Pietro, D., “The Controversial Role of Dissenting Opinions in International Arbitration Awards”, *Transnational Notes: Reflections on Transnational Litigation*, 2011.

⁴⁴ *Íbidem*

funciones legislativas, al ser la mayoría de estos públicos, los tribunales arbitrales suelen tener en cuenta los laudos anteriores en sus decisiones⁴⁵.

3. GRUPO DE TRABAJO SOBRE OPINIONES DISCREPANTES Y LAUDOS PARCIALES Y PROVISIONALES DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL

A pesar de que a día de hoy nadie duda sobre la posibilidad o licitud de incorporar al laudo arbitral un voto particular cuando el árbitro en minoría entienda que su opinión ha de ser conocida por las partes y quedar reflejada por escrito, los votos particulares en arbitraje comercial internacional no son bien vistos por la totalidad de los autores, pues se duda sobre su conveniencia y, sobre todo, utilidad⁴⁶. Hay, por tanto, una importante división entre la doctrina y la práctica⁴⁷.

Para la aceptación generalizada de los votos particulares en este tipo de arbitraje tuvo especial influencia el Informe Final sobre Opiniones Discrepantes y Separadas, emitido en 1988 por el Grupo de Trabajo sobre Opiniones Discrepantes y Laudos Parciales y Provisionales de la Cámara de Comercio Internacional⁴⁸, reunido en 1985 para reflexionar sobre estas cuestiones.

Salvo la Comisión Nacional Francesa, que defendió fervientemente la prohibición de la incorporación de los votos particulares al laudo arbitral, el resto de los miembros del grupo de trabajo entendió que se trataba de una realidad que no podían ignorar y, por tanto, la Cámara de Comercio Internacional no podía intentar sacarlos de la regulación, puesto que esto no resultaba práctico ni, muchos menos, deseable⁴⁹.

⁴⁵ Hendel, C.J., “Votos particulares en el arbitraje comercial internacional”, *Anuario de Arbitraje* 2016, 2016.

⁴⁶ Jan van den Berg, A., “Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration”, en Mahnouch H., Cogan, J., Sloane, R., and Wiessner, S. (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Brill, 2010.

⁴⁷ Redfern, A., Hunter, M., Blackaby. N. y Partasides, C., *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.

⁴⁸ Working Party on Dissenting Opinions and Interim and Partial Awards, “Final Report on Dissenting and Separate Opinions. Final Report”, *International Chamber of Commerce Commission on International Arbitration*, 1988.

⁴⁹ Hendel, Op. Cit. Nota 45.

No obstante, en el informe se reconocen algunos supuestos en los que la incorporación del voto particular no está justificada o permitida: supuestos en los que la legislación donde el laudo ha de ejecutarse el laudo no permite la incorporación de votos particulares o en aquellos otros casos en los que se pondría en peligro la validez del laudo si se introdujese la opinión de uno de los árbitros de manera separada.

La Comisión Nacional Francesa y, posteriormente, los demás autores que han sostenido sus ideas, defendió tres argumentos fundamentales para sostener la inadecuación de la incorporación del voto particular en el laudo arbitral del arbitraje comercial internacional⁵⁰. Estos tres argumentos, como veremos en los puntos que siguen, son fácilmente rebatidos y utilizados como contraargumentos para defender la tesis contraria.

1. Se fomenta la relajación de los árbitros para encontrar soluciones unánimes a los casos planteados.
2. Se facilita la revisión sobre el fondo del asunto del laudo ante los tribunales nacionales.
3. Se enfatiza el vínculo entre el árbitro y la parte que le nombró.

El Grupo de Trabajo, aun reconociendo la fuerza de los argumentos que había utilizado la Comisión Francesa, mantuvo la tesis defendida por el resto de los integrantes del grupo: tratándose de una realidad que se producía con frecuencia en la práctica arbitral, entendió más útil ofrecer una guía de actuación para que los árbitros de la CCI procediesen de manera uniforme cuando se encontrasen ante un voto particular.

Estas recomendaciones pueden ser útiles para los arbitrajes desarrollados en el contexto de cualquier otra corte arbitral, teniendo en cuenta, simplemente, una peculiaridad de la Corte de Arbitraje de la CCI: los laudos emitidos por los tribunales arbitrales regidos por el Reglamento de la CCI son revisados necesariamente por la Corte de Arbitraje de la misma.

Por lo anterior, ha sido necesario adaptar las recomendaciones contenidas en el informe para que sean útiles de manera generaliza:

⁵⁰ Working Party on Dissenting Opinions and Interim and Partial Awards, Op. Cit. nota 48.

En primer lugar, se propone que el voto particular sea examinado en el curso de las deliberaciones del tribunal arbitral, momento en que el laudo todavía es un borrador. En estos casos, la mayoría de árbitro, aunque no tienen obligación de examinar su contenido, pueden hacerlo para comprobar que el voto no contiene ningún punto relevante que debiera incluirse en el cuerpo del laudo.

Con esto también se da una oportunidad a los árbitros en mayoría de reconsiderar su postura, si no hubieran tenido en cuenta la opinión del árbitro en minoría.

La anterior situación resulta un tanto controvertida, pues se presume que en el curso de las deliberaciones todos los árbitros han tenido la oportunidad de participar y exponer sus puntos de vista sobre la controversia y que se ha abierto un debate sobre cada uno de ellos a fin de llegar a una decisión final; que el tribunal reconsidere su postura tras la revisión del voto es un indicio claro de la concurrencia de algún defecto procedimental en el curso de las deliberaciones, bien porque el árbitro en minoría no ha expuesto sus puntos de vista (por desidia o por no haber sido llamado a participar en las deliberaciones) o bien que los árbitros en mayoría no consideraron seriamente la postura del árbitro en minoría. Por un motivo u otro, si el voto particular se entregase antes de que el laudo fuese definitivo, el defecto producido en el curso de las deliberaciones sería subsanable y, por ende, la importancia del mismo sería menor.

Por tanto, el momento más óptimo para entregar un voto particular es cuando el laudo aún no es definitivo. En caso de que el voto fuese remitido en un momento posterior, aunque los árbitros en mayoría lo revisasen con los mismos propósitos, no habría tiempo para modificar el laudo ya que no es posible ni recomendable atrasar el momento de la emisión del laudo (en algunas jurisdicciones, no entregar el laudo en el plazo establecido por las partes es motivo de nulidad del mismo; en España, la anterior ley contenía dicho motivo de anulación⁵¹).

Tan solo en el supuesto de que la no entrega del voto con anterioridad se debiera a la imposibilidad del árbitro en minoría por haber sido excluido deliberaciones, se podría pedir

⁵¹ Olivencia Ruiz, M., “El laudo extemporáneo”, Spain Arbitration Review, nº 19, 2014

la ampliación del plazo para la emisión del laudo. Respecto a esto, hay que tener en cuenta dos cuestiones:

- i. Por un lado, los plazos fijados en arbitraje han de respetarse siempre para que la institución arbitral funcione, pues uno de los motivos por lo que se opta por este sistema es la mayor agilidad en la resolución de las controversias planteadas;
- ii. Por otro lado, ligado al tema de la rapidez de los procedimientos, otro aspecto diferencial del arbitraje es que, por lo general, es un sistema de única instancia, fijando requisitos muy restrictivos para la impugnación de los laudos. Entre las pocas causas por las que se puede impugnar un laudo están los defectos en el procedimiento, como es el caso en los supuestos de exclusión de un árbitro de las deliberaciones del tribunal arbitral.

Por ello, en los casos en los que el voto particular esté fundado en la exclusión del autor del voto en las deliberaciones, poniendo en balance el tiempo frente a la posibilidad de impugnación, debe primar la salvaguarda del laudo y, por ello, sería conveniente solicitar una ampliación del periodo de deliberaciones para considerar el punto de vista del árbitro en minoría y, en la medida de lo posible, evitando que se perpetúe este defecto procedimental, o que se impugne el laudo.

Por último, el grupo de trabajo entiende que los votos particulares han de ser notificados a las partes junto al laudo siempre que en la legislación del país donde sea tal que ponga en riesgo la validez del laudo, esto se da en los casos en los que se permite la impugnación del laudo por defectos materiales.

Esta es, de manera adaptada a la generalidad de casos, la manera de proceder que se entiende adecuada cuando haya un voto particular.

4. TIPOS DE VOTOS PARTICULARES

Un voto particular es, al fin y al cabo, la visión diferente de uno de los árbitros de la forma en que el resto de los co-árbitros han resuelto la controversia.

Como apunta Alan REDFERN⁵², es posible que el árbitro que emite el voto particular esté de acuerdo en el resultado al que han llegado el resto de sus colegas, pero difiere respecto a la parte dispositiva del laudo, es decir, del razonamiento o en el modo en el que el laudo ha sido formulado. Estos votos emiten **opiniones concurrentes**.

Por su parte, los votos con **opiniones discrepantes** son aquellos en los que el árbitro no está de acuerdo con el resto de co-árbitros sobre la solución alcanzada, esto es, con el resultado del arbitraje.

Si bien los primeramente mencionados no presentan muchos problemas, estos últimos sí y, especialmente en el ámbito del arbitraje comercial.

La mayoría de las legislaciones reconocen el derecho del árbitro que forme parte de un tribunal arbitral a negarse a firmar el laudo como forma de manifestar su discrepancia. Sin embargo, la posibilidad de incorporar por escrito el motivo de dicha discrepancia es una cuestión respecto de la que la mayoría de las legislaciones tienden a guardar silencio. Un esquema similar sigue la mayoría de los Reglamentos de las principales instituciones arbitrales (si bien, dada la enorme cantidad de instituciones arbitrales que hay a lo largo y ancho del mundo, cualquier generalización sería incurrir en una simplificación absurda y carente de valor)⁵³.

Respecto a las legislaciones que no son neutrales en este sentido encontramos la española en cuyo artículo 37.3 de la Ley de Arbitraje⁵⁴ prevé esta posibilidad:

Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán dejar constancia de su voto a favor o en contra. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o sólo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.

⁵² REDFERN, A., HUNTER, M., BLACKABY, N. y PARTASIDES, C., Op. Cit. 47.

⁵³ *Ibídem*

⁵⁴ Op. Cit. Nota 12.

5. ARGUMENTOS

Como menciona REDFERN⁵⁵, los votos particulares son una realidad que ha venido para quedarse, a pesar de las importantes dudas que existen sobre la utilidad o conveniencia. A continuación, se desarrollan los mencionados argumentos utilizados por la Comisión Nacional Francesa en el seno del Grupo de Trabajo de la CCI sobre este asunto en contra de los votos particulares arbitraje comercial internacional. También, se explicarán los contraargumentos a los mismos.

5.1. Los árbitros pierden incentivos para encontrar decisiones unánimes

Autores especialistas en arbitraje internacional como Larry SHORE y Kenneth FIGUEROA⁵⁶, consideran que es necesario en el arbitraje comercial que los árbitros busquen la unanimidad en sus decisiones. Esto ha de ser, como mínimo, la aspiración que debe inundar todo el proceso de las deliberaciones. Es evidente que habrá situaciones en las que alcanzar esta unanimidad no sea posible, pero ha de ser siempre el objetivo de todos los co-árbitros.

Uno de los principales peligros que presentan los votos particulares está relacionado con lo mencionado en el párrafo anterior. Parece evidente que estos pueden suponer un desincentivo en el intento de alcanzar unanimidad en el seno del tribunal arbitral pues el árbitro que discrepa, considerando que su posición no va a imponerse sobre la del resto de los miembros del tribunal, preferirá no emplear mayores esfuerzos en persuadirles y simplemente dejará constancia escrita de su desacuerdo; el resto de los árbitros, considerando que ninguno cambiará de parecer, dejarán que el árbitro en minoría exprese dicho parecer, considerando que la validez jurídica del voto particular es prácticamente nula.

En definitiva, cuando la decisión final del tribunal arbitral pueda ser adoptada por mayoría, en lugar de por unanimidad (como es lo más común en las legislaciones nacionales y los reglamentos de las cortes arbitrales), y el árbitro en minoría tiene la posibilidad de expresar su disconformidad, habrá menos incentivos para que en el curso de las deliberaciones se haga

⁵⁵ Redfern A., “The 2003 Freshfields – Lecture Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad and the Ugly”, *Arbitration International*, vol. 20, nº 3, 2004.

⁵⁶ Shore, L. y Figueroa, K, Dissents, “Concurrences and a Necessary Divide Between Investment and Commercial Arbitration”, *Global Arbitration Review*, 2008.

un verdadero esfuerzo de aunar opiniones y solventar las diferencias que surjan en el seno del mismo.

En contra de este argumento, Peter REES y Patrick ROHN⁵⁷ apuntan que, si bien es cierto que la posibilidad de emitir votos discrepantes podría ser vista por algunos árbitros como una salida fácil para escapar de las deliberaciones tan pronto como se sospeche que va a haber una opinión que no es la mayoritariamente aceptada, el mal uso que de estos votos discrepantes se haga por parte de algunos árbitros no debe justificar el rechazo inmediato de los mismos.

Para evitar esto, los mencionados autores entienden conveniente el establecimiento de una serie de parámetros generales y guías sobre la que se puedan apoyar los árbitros discrepantes para decidir cuándo, cómo y qué han de introducir su opinión en un voto particular y, de hecho, proponen algunas orientaciones que más adelante en este trabajo comentaremos.

5.2. Riesgo de revisión del fondo del asunto por los Tribunales nacionales

Otro de los argumentos que más se utilizan en contra de los votos particulares es que pueden poner en tela de juicio la autoridad del laudo puesto que, a pesar de ser una opinión carente de efecto directo respecto a la validez y fuerza ejecutiva del laudo, podría ser utilizado ante los Tribunales nacionales para anularlo o para rechazar su ejecución.

En contra de este argumento, REES y ROHN⁵⁸ dicen muy acertadamente:

el verdadero efecto debilitador de un voto particular dependerá enteramente del defecto del laudo que el árbitro discrepante esté criticando. Teniendo en cuenta que la mayoría de las leyes nacionales de arbitraje excluyen la posibilidad de apelar el laudo sobre el fondo, un voto particular que critique cuestiones de hecho o de derecho no debería poner en peligro la autoridad del laudo y su eventual reconocimiento y ejecución bajo el Convenio de Nueva York. Únicamente cuando un voto particular revela defectos que puedan ser objeto de revisión judicial bajo la ley de arbitraje aplicable o que constituya un fundamento sobre el cual el

⁵⁷ Rees, P. J. and Rohn, P., “Dissenting opinions: can they fulfill a beneficial role?”, *Arbitration International*, Vol. 25, n° 3, LCIA, 2009.

⁵⁸ *Íbidem*

reconocimiento y ejecución bajo el Convenio de Nueva York pudiera ser denegado, lo cual sí menoscabaría la autoridad y finalidad del laudo.

(...) Los laudos injustos, que comportan una violación manifiesta de la ley y/o de los derechos procesales de las partes, no merecen protección.

Seguidamente, los autores mencionan el deber del árbitro que ha percibido un defecto que pudiera dar lugar a la anulación o a la denegación de la ejecución de informar a las partes de estos posibles efectos. Sin embargo, esto es una cuestión de responsabilidad de los árbitros que se aleja del objeto del presente trabajo.

Por tanto, lejos de debilitar el laudo, podría entenderse que este tipo de opiniones pueden incrementar la seguridad del proceso arbitral, pues podrían evitar la perpetuación de un laudo que ha sido emitido en violación de derechos de las partes o con importantes y graves defectos procedimentales que no hubieran sido conocidos de otra manera.

Además, una opinión en la que se expongan de manera clara y deliberada los argumentos que han conducido al árbitro en minoría a pensar de manera diferente al resto de árbitros puede poner de manifiesto a las partes que se han considerado otras opciones más allá de la finalmente adoptada para la resolución del caso.

Finalmente, como señalan FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN⁵⁹, en una acción para anular un laudo o para oponerse a su ejecución, la opinión del discrepante es simplemente un elemento de hecho que la Corte que revisa el laudo de la mayoría puede tener en cuenta como prueba, pero no es el único argumento o el más argumento determinante para decidir al respecto. Por ello, el impacto de estas opiniones en las cortes de apelación o ejecución no debe ser sobrevalorado.

5.3. Se enfatiza el vínculo entre el árbitro y la parte que le nombró

Las partes tienen autonomía para designar a los árbitros. Esta designación puede hacerse directa o indirectamente, a través de algunos mecanismos para la selección de los árbitros: en muchas ocasiones, cada parte nombra a un árbitro y estos dos árbitros nombran a un tercero, que actuará como presidente del tribunal; otras veces, si las partes no logran ponerse de acuerdo, acuerdan remitirse a alguna institución arbitral que los nombre. Sin embargo,

⁵⁹ Fouchard, P., Gaillard, E., Goldman, B., & Savage, J., Op. Cit. nota 27.

este es solo un sistema, pero hay tantos como el ingenio de las partes pueda generar⁶⁰. Además de lo anterior, las partes son las que pagan los honorarios de los árbitros y los gastos del arbitraje, algo que genera, inevitablemente, vínculos entre las partes y los árbitros.

No obstante, es necesario recalcar que los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales y, en ese sentido, se espera de ellos que actúen como jueces, esto es, de manera imparcial e independiente; ambas actitudes se verán cuestionadas si la opinión del árbitro en minoría es favorable a la parte que le designó⁶¹.

La Cámara de Comercio Internacional publica estadísticas anuales y entre los parámetros que estudia se encuentran los votos particulares emitidos en favor de la parte que le designó. De los datos de 2001 se extrae que 22 de los 24 laudos que incluían voto particular, la opinión que recogían era favorable a la parte que le designó⁶². Estos datos son sorprendentes, aunque hay que tener en cuenta también que la parte, al buscar a un árbitro que decida sobre su caso, tenderá a buscar a alguien que tenga opiniones cercanas a sus intereses, los que no hay que confundir con que de manera sistemática vaya a beneficiarle.

REDFERN⁶³, en su artículo, hace referencia a otros autores que han manifestado su rechazo al voto particular basándose en el peligro que genera por las vinculaciones entre las partes y los árbitros: Maitre BOISSESON afirma que algunos árbitros, una vez que no han podido imponer su punto de vista en el curso de las deliberaciones, emitirán un voto particular, evitando perder la confianza de la parte que le nombró. En esta misma línea, MOSK y GINSBURG aprecian que la imparcialidad y la independencia de los árbitros se derrumban con la posibilidad de discrepar, sintiendo presión de la parte que le nombró.

⁶⁰ Born, G.B., *International Arbitration: law and practice*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2012.

⁶¹ Van den Berg, A.J., “Charles Brower’s problem with 100 per cent – dissenting opinions by party –appointed arbitrators in investment arbitration”, *Arbitration International*, n° 31, 2015.

⁶² Redfern A., *Op. Cit.* nota 55.

⁶³ *Íbidem*

6. OTROS ARGUMENTOS

6.1. No añaden valor al arbitraje comercial internacional

Como indican Jonathan SUTCLIFFE y Lucy GREENWOOD⁶⁴, uno de los motivos de mayor peso por los que las partes eligen el arbitraje es para obtener una solución final, obligatoria y ejecutable a su problema. Normalmente, las partes que acuden al arbitraje internacional son grandes compañías que dan más importancia a que su disputa sea resuelta a que se genere un cuerpo jurisprudencial que pueda ser utilizado para resolver futuras contiendas. Por ello, como indican los autores, las opiniones discrepantes no casan bien con los objetivos perseguidos en arbitraje comercial internacional que, recordemos, se trata de un sistema privado en el que las partes tienen capacidad para decidir sobre el procedimiento.

Por tanto, dentro con este argumento ya se rechazaría el siguiente argumento, utilizado como argumento independiente, aunque en realidad es una consecuencia de este.

6.2. No ayudan al desarrollo de la Ley (Lex Mercatoria)

Como se ha dicho anteriormente, el voto particular que se incorpora a las sentencias ayuda a desarrollar el Derecho, especialmente en los sistemas de *Common Law*, en los que el precedente jurisprudencial juega un papel muy importante.

Sin embargo, en el caso del arbitraje comercial internacional, en donde los procedimientos están presididos por la confidencialidad y el secreto de las deliberaciones, los laudos no se hacen públicos y, por tanto, con o sin incorporación del voto, no contribuyen de ninguna manera al desarrollo de la ley.

En este sentido, en los últimos años, se ha reivindicado respecto del arbitraje comercial internacional que los laudos se hagan públicos con el fin de crear una jurisprudencia sólida en determinados aspectos de la legislación comercial internacional que permita ir conformando un sistema de jurisprudencia útil para resolver futuros casos similares⁶⁵.

Es cierto que hay ciertos motivos por los que un laudo puede llegar a manos de los jueces nacionales, bien para su revisión y, en su caso, anulación, o bien para proceder a su ejecución

⁶⁴ Sutcliffe, J. y Greenwood, L., "Dissenting opinions in arbitration awards: more trouble than they are worth", *Mealey's International Arbitration Report*, vol. 24, n° 19, 2009.

⁶⁵ Tovar Gil, M.C., "Aplicación de la lex mercatoria internacional por los árbitros", *Lima Arbitration*, n° 2, 2007.

forzosa (Convenio de Nueva York). Sin embargo, los jueces nacionales no entran a revisar sobre el fondo del asunto y, por tanto, esto no contribuye al mencionado desarrollo del Derecho.

6.3. Ruptura del secreto de las deliberaciones

Como se ha mencionado anteriormente, gracias al secreto de las deliberaciones, los árbitros manifiestan sus opiniones y puntos de vista respecto al caso concreto con mayor libertad, sin miedo a las represalias y presiones que provengan de la parte que le nombró, de los demás árbitros o de terceros.

Hay autores que entienden que emitir votos particulares implica la ruptura de este principio. Sin embargo, REES y ROHN⁶⁶ entienden que:

un voto particular que no revela el contenido real de la deliberación y, por tanto, no revela lo que en realidad ocurrió durante la deliberación, no es contrario al deber de secreto. En la medida en que el voto particular se limite a cuestiones de valoración de hechos e/o interpretación de la ley aplicable, en tanto en cuanto no revela quién dijo qué y cuándo y por qué razón, no hay violación de la confidencialidad. Sólo cuando la parte esencial de la deliberación del tribunal se revela, esto es, las opiniones expresadas individualmente por los árbitros, su proceso de reflexión y las puntualizaciones efectuadas en el marco del proceso de negociación para alcanzar una unanimidad o, en su caso, formar una mayoría, sí constituiría una violación del deber de secreto de las deliberaciones.

Otra de las vías para defender este argumento es que la obligación de respetar el secreto de las deliberaciones está recogida en algunas legislaciones nacionales y, por tanto, al emitir el voto particular y sacar a la luz el contenido de los debates mantenidos por el tribunal arbitral se está actuando en contra de la ley nacional (para ello se tiene que dar la condición de que voto particular sea revelador de las deliberaciones del tribunal que, como se han mencionado en el párrafo anterior, no siempre sucede). Este argumento se rebate alegando que la sumisión a la legislación arbitral nacional no es obligatoria y las partes tienen libertad para elegir la

⁶⁶ Rees, P. J. and Rohn, P., Op. Cit. Nota 57.

legislación aplicable al caso, por lo que tan solo cuando las partes se sometan a estas legislaciones será aplicable la prohibición ⁶⁷.

Este último contra-argumento, desde mi punto de vista es bastante inconsistente puesto que no resuelve la controversia, simplemente la evita. Los autores deberían haber explicado cómo se resuelve la situación en aquellas legislaciones en las que se prohíbe expresamente revelar el contenido de las deliberaciones.

6.4. No elevan el nivel del laudo

Quienes consideran que al incluir la opinión discrepante de uno de los miembros del tribunal se incrementa el nivel del laudo entienden que, para ello, el voto particular debe contener razones adecuadas y convincentes sobre la postura defendida en el mismo y que ello incentiva al resto de los co-árbitros a esforzarse por mejorar la calidad del laudo, asegurándose que se han examinado profunda y rigurosamente todos los argumentos que hubieran podido utilizarse para resolver el caso, incluso los del árbitro en minoría⁶⁸.

Señalando los desperfectos que a juicio del árbitro discrepante adolece la decisión de la mayoría, se debe animar a esta mayoría a considerar estas cuestiones con más detenimiento y, en su caso, corregir lo que pudiera estar incorrecto o mal argumentado, evitando que las partes que reciban el laudo y el voto particular no pongan en duda la legitimidad del procedimiento y la solidez de la solución alcanzada y mantengan la confianza en el arbitraje facilitando que el cumplimiento del laudo se haga de manera voluntaria.

Este argumento puede ser fácilmente desmontado, pues, como indican REES y ROHN⁶⁹, en el cuerpo del laudo deben quedar reflejadas todas las tesis que las partes hayan considerado, aunque finalmente hayan sido rechazadas por la mayoría o todos los miembros del tribunal. Si esto se hiciera de manera adecuada, la emisión de una opinión separada utilizando un argumento que ya se ha mencionado en el cuerpo del laudo y descartado carecería de sentido.

Por tanto, los votos particulares deben ser únicamente considerados como una opción residual, para el caso en que en el laudo no se recogiesen o no quedasen claros los argumentos

⁶⁷ Reisman, W. M., Craig, W. L., William W. Park, & Paulsson, J., “International Commercial Arbitration: cases, materials and notes on the resolution of international business disputes”, Foundation Press, 2015.

⁶⁸ Schiau, I., “Disagreeing on Parties’ Disagreement: the arbitral award and the Dissenting Opinion”, *Legal Practice and International Laws*, 2011,

⁶⁹ Rees, P. J. and Rohn, P., Op. Cit. Nota 46.

alternativos considerados en el proceso de deliberación. En estos casos, efectivamente, el voto particular juega un papel beneficioso para dar a conocer a la parte que en efecto se han considerado todos los argumentos⁷⁰.

Siguiendo este razonamiento, ningún árbitro debería plantearse emitir un voto cuando su opinión ha quedado debidamente reflejada en el cuerpo del laudo (aunque, como es normal, no se le mencione expresamente). En este caso, el argumento de la legitimidad y solidez del procedimiento carece de validez.

Por tanto, el argumento de que el voto particular contribuye a incrementar el nivel del laudo tan solo sería válido cuando el mismo fuera entrega a los árbitros en mayoría con anterioridad al momento en que el laudo sea considerado definitivo; sin embargo, se duda de que en este momento se pueda considerar a este documento como un voto particular y no como un documento más de las deliberaciones.

7. GUÍA SOBRE CÓMO Y CUÁNDO EMITIR VOTOS PARTICULARES

7.1. Cuestiones previas

En base a todo lo anteriormente mencionado, y siguiendo la propuesta de REES y ROHN⁷¹, se propone una serie de consejos a seguir por aquel árbitro que esté considerando expresar su opinión discrepante a través de un voto particular.

Como puede concluirse hasta el momento, los votos particulares no pueden ser considerados buenos ni malos *per se*. Todo depende de que se emitan en el momento y la forma adecuadas.

REDFERN⁷² entiende que hay tres tipos de votos particulares según sean expresados: votos buenos, malos y feos. La diferencia entre unos y otros está en el estilo utilizado al emitirse, pues en muchas ocasiones los votos particulares son producto de fuertes discrepancias en el seno del tribunal y son emitidos a modo de venganza por el árbitro en minoría. Esto hace que

⁷⁰ Baker M. and Greenwood L., “Dissent – But only if you REALLY feel you must. Why dissenting opinions in International Commercial Arbitration should only appear in exceptional circumstances, *Dispute Resolution International*, vol. 7, nº 1, 2013.

⁷¹ Rees, P. J. and Rohn, P., *Op. Cit.* Nota 46

⁷² Redfern A., *Op. Cit.* Nota 55.

el lenguaje utilizado en los mismos esté falto de cortesía y consideración. Sin embargo, los árbitros deben tener siempre presente que realizan funciones jurisdiccionales y que, por tanto, el tono de sus escritos ha de ser siempre acorde a la función que desempeñan. Las discrepancias pueden ser muy fuertes, pero el lenguaje utilizado al expresarla debe mantener siempre el tono educado.

El mencionado autor desarrolla también esta idea de los distintos tipos de voto particular en otra conferencia dada en el año 2005⁷³:

Los votos particulares “buenos” son aquellas opiniones expresadas de manera educada, breve y, sobretodo, comedida. En los casos de opiniones totalmente discrepantes, bueno es aquel en que el árbitro discrepante expresa sus disculpas por no haber alcanzado el consenso, firma el laudo como forma de manifestar respeto por la decisión a la que la mayoría de sus colegas han llegado y deja constancia escrita de su desacuerdo de manera que no se ponga en peligro la autoridad del laudo.

Cuando se trata de opiniones concurrentes las diferencias podrían, incluso, insertarse en el cuerpo del laudo, en un punto en el que se expongan los aspectos en los que el órgano colegiado no haya alcanzado unanimidad, expresando al final que todos los árbitros sí que han sido capaces de llegar a un acuerdo en lo que respecta a la decisión final. Lo que sucede en estos casos es que todos los árbitros tienen que moderar sus puntos de vista en favor del tribunal en su conjunto, pero esto es, al fin y al cabo, la esencia de las decisiones colegiadas.

Los votos particulares considerados “malos” son aquellos en los que el árbitro discrepante busca no solo expresar una opinión contraria a la del resto de sus colegas, sino que además trata de vengarse de ellos de alguna manera, cuestionando la capacidad y/o los conocimientos y formación de los demás co-árbitros.

Por último, **los votos particulares “feos”** son aquellos en los que el árbitro discrepante no solo manifiesta su opinión en contra de lo expresado en el laudo por el resto de co-árbitros, sino que aprovecha la oportunidad para atacar la forma en la que todo el proceso arbitral ha sido llevado a cabo, quejándose sin piedad de la falta de consulta que ha sufrido y de la falta de capacidad e imparcialidad de los demás árbitros.

⁷³ Redfern A., “Dangerous Dissents”, *Transnational Dispute Management*, vol. 3, nº 2, 2005.

Este tipo de votos son peligrosos puesto que ponen en tela de juicio la autoridad del laudo, ya que puede contener algunas de las causas que dan lugar a la anulación del laudo o al rechazo de su reconocimiento o ejecución. En este sentido, hay que tener en cuenta que este tipo de defectos han de ser denunciados para evitar que se perpetúen laudos que han sido emitidos vulnerando las normas aplicables, sin embargo, hay otras formas de manifestar tales discrepancias fuera del ámbito del voto particular.

Es cierto, como también se expuso en la introducción de esta segunda parte a través de las conclusiones del Grupo de Trabajo de la Cámara de Comercio Internacional, que los votos particulares en los laudos son una realidad que hay que aceptar. Sin embargo, es importante que la aceptación de los mismos no implique su generalización y su uso inconsciente e irresponsable. Por ello, Mark BAKER y Lucy GREENWOOD⁷⁴ elaboran un artículo con un título muy expresivo a este respecto *Discrepa, pero sólo si REALMENTE los ves necesario*.

En el mencionado artículo, sus autores sostienen que los votos particulares deberían ser absolutamente excepcionales y redactarse de la manera que minimice todo lo posible los eventuales impactos negativos que de él pudieran derivarse. Por tanto, la regla general ha de ser siempre la unanimidad y el silencio de las discrepancias y, en caso de no ser posible la aplicación de la misma, recurrir a este instrumento.

En el artículo no se establece una relación de cuáles son las circunstancias que han de conducir al recurso de los votos particulares. Simplemente se dice que cuando el árbitro, actuando de manera justa e imparcial respecto de los demás árbitros y de las partes, sienta que no puede mantener el silencio y entienda que no puede solucionar el tema por el mero hecho de rechazar la firma del laudo, debe o puede recurrir al voto particular para expresar su opinión discrepante. Se trata de una cuestión de conciencia del árbitro.

En la misma dirección que los anteriormente mencionados, Gary BORN⁷⁵:

Si un árbitro piensa que un tribunal está adoptando una decisión manifiestamente errónea, que no encuentra encaje ni en la ley ni en la prueba practicada, entonces éste debe expresar su parecer. No hay nada malo –al contrario, es lo correcto- con esta forma de proceder como parte del proceso decisorio en la que la conclusión del tribunal se

⁷⁴ Baker M. and Greenwood L., Op. Cit. Nota 59.

⁷⁵ Born G., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Arbitration, 2014.

expresa de manera motivada. (...) Los votos (...) particulares sólo deben estar encaminados a explicar las razones que fundan la conclusión del árbitro, y no a obstruir el reconocimiento y la ejecución del laudo.

7.2. Reglas propuestas por REES y ROHN como guías para elaborar los votos particulares⁷⁶.

Anteriormente, se hizo referencia a la guía propuesta por el Grupo de Trabajo de la CCI en relación al procedimiento a seguir en caso de que un tribunal arbitral se enfrentase a un voto particular; en este punto, se hacen algunas propuestas a tener en cuenta por el árbitro discrepante en el momento de emitir un voto.

7.2.1. Si los argumentos del voto particular ya están incluidos en el cuerpo del laudo, no emitir el voto; el voto particular ha de ser la última solución.

Es importante demostrar a la parte que perdió que sus argumentos fueron profundamente examinados, a pesar de que finalmente fueran rechazados por la mayoría. La parte que perdió necesita tener la certeza de que sus argumentos fueron considerados por el tribunal arbitral, y necesita entender las razones por las que la mayoría decidieron de forma contraria a sus intereses.

Desde la perspectiva de la parte que perdió esto daría lugar a una mayor confianza en el proceso arbitral y, por tanto, incrementaría su predisposición a cumplir voluntariamente con el laudo.

La mejor forma de alcanzar este objetivo es exponiendo todos los argumentos, incluso los argumentos del árbitro en minoría, dentro del cuerpo del laudo en un estilo adecuado, incluyendo también los contra-argumentos utilizados para rechazar cada una de las tesis expuestas.

Incorporar abiertamente la opinión de la minoría (sin nombrar, por supuesto, el nombre) y las razones por las que la mayoría discrepa, tiene efectos muy beneficiosos: por una parte,

⁷⁶ Rees, P. J. and Rohn, P., Op. Cit. Nota 57.

permite que el resultado del arbitraje sea comprendido en su totalidad, y, por otra, hace que el árbitro en minoría sienta que su opinión es tan válida como cualquier otra y, por tanto, se sentirá más cómodo con el arbitraje y su solución.

Si el laudo sigue esta pauta, no habría necesidad alguna de emitir una opinión por separado, puesto que la función fundamental del mismo, que es hacer pública su opinión sobre la resolución del caso, ya ha sido incluida en el laudo.

Esto, además, hará que aquellos que sostienen que el voto particular pone en riesgo la autoridad del laudo, al abrir la puerta para una ulterior revisión por los Tribunales nacionales, ya no tengan dónde apoyarse puesto que el tribunal arbitral en un ejercicio responsable de sus funciones se debe asegurar que se dejan bien cerrados todos los extremos de cada uno de los argumentos y, por ello, no habrá ningún problema con el fondo del laudo.

Alternativas a la incorporación del voto particular, podrían ser:

- Insistir dentro del laudo en que uno de los miembros del tribunal discrepa sobre la solución adoptada y que, por ello, el laudo no está adoptado por unanimidad, sino por mayoría.

Esto es útil cuando la consideración detenida de los argumentos discrepantes en el laudo no satisficiera del todo al árbitro en minoría y este no fuera capaz de convencer a la mayoría para modificar algunos puntos del laudo.

- Incluir de forma anónima en el cuerpo del laudo, el texto de la opinión discrepante.

Esta posibilidad tan solo es útil y tiene sentido cuando la legislación o legislaciones donde ha de hacerse valer el laudo requieren la unanimidad del tribunal arbitral. Sería una forma de dar satisfacción al árbitro en minoría, pues puede hacer valer su opinión a pesar de firmar el laudo.

Como conclusión a este principio básico se puede decir que existe un deber de la mayoría de considerar todos los argumentos posibles, incluso los del árbitro discrepante, en el cuerpo del laudo. Si por cualquier motivo esto no su hiciera, entonces se emitiría el voto.

Sin embargo, debe quedar claro que el voto debe ser la última opción, y no la forma fácil de discrepar.

7.2.2. La crítica debe afectar a las cuestiones más relevantes de hechos, de Derecho y de procedimiento

En los sistemas de *Common Law* las opiniones discrepantes contribuyen al desarrollo de la ley, sirviendo como fuente donde otros tribunales podrán inspirarse o de argumentos para que los órganos de apelación puedan utilizar en la revisión de los casos.

Sin embargo, no hay un sistema de precedentes en el arbitraje comercial internacional y, además, las cuestiones de hecho y de derecho no suelen ser objeto de revisión judicial. La opinión discrepante de un árbitro, por tanto, no debería servir para informar, apelar ni alegar una mala evaluación de hechos o una aplicación errónea de la ley.

Esto no quiere decir que los votos discrepantes en el arbitraje sean absolutamente inútiles, sino que juegan un papel diferente al de las opiniones discrepantes en los sistemas judiciales del *Common Law*.

La finalidad de estos votos en el arbitraje es diferente. Primero, se trata de hacer ver a las partes de que se ha llevado a cabo una evaluación alternativa del caso en su conjunto, haciendo una interpretación profunda y concienzuda de los hechos y del derecho, aunque haya algunos argumentos que finalmente hayan sido rechazados. Segundo, además de informar a las partes, informar a los órganos encargados de la revisión y de la ejecución sobre posibles irregularidades procedimentales y errores de Derecho que pudieran haber constituido una violación del orden público.

Teniendo todo esto en cuenta, se hace evidente que la opinión discrepante no debería centrarse en los detalles irrelevantes. Un voto, por muy erudito y puntilloso que sea, desincentiva a la parte que ha perdido a cumplir de manera voluntaria, por lo que si no cumple esta función de “denuncia” no aporta valor al arbitraje.

7.2.3. Entregar el voto a la mayoría antes de que emitan el laudo. Los votos particulares han de emitirse en la forma y en el tiempo adecuados.

Al tiempo de redactar el laudo, sería muy conveniente que el voto particular ya circulase entre el resto de los árbitros, para poder cumplir lo que en la primera regla se decía: tan solo

se debe incluir el voto cuando el laudo no incorpore (o no lo haga satisfactoriamente) la opinión del árbitro discrepante.

Solo si la opinión discrepante circula entre los árbitros antes de que el laudo haya sido adoptado, puede cumplir el papel de asegurar que el laudo está bien razonado y todos los argumentos alternativos se han tenido en cuenta.

Además, el resto de los árbitros van a tener interés en conocer la opinión discrepante del árbitro en minoría antes de adoptar el laudo para poder, si fuera necesario, modificar el razonamiento o la decisión y coordinar la comunicación del laudo y de la opinión discrepante.

Por supuesto, es cierto que el punto de vista del discrepante tiene que ser expresado y valorado en el curso de las deliberaciones del tribunal y, por tanto, los argumentos del discrepante deben ser bien conocidos por la mayoría. Sin embargo, es en el proceso de redactar cuando agudizan las diferencias entre las posiciones sostenidas por cada uno de los árbitros y, por ello, es muy probable que el hecho de que circule el borrador de la opinión discrepante con anterioridad a la emisión del laudo permita incorporar algunos extremos que no hayan tenido en cuenta o, incluso, permita abrir una nueva etapa de deliberaciones en las que se consiga aunar posiciones, bien porque la minoría pasa a comprender la posición de la mayoría, o viceversa.

Un argumento muy evidente en contra la idea de que la opinión discrepante circule antes de que el laudo sea emitido es que la opinión discrepante tan solo puede ser emitida cuando el laudo al que se refiera existe. En tanto que no hay un laudo del que discrepar, el árbitro en minoría no sabe con exactitud de qué ha de discrepar, y el documento emitido por el discrepante tan solo puede ser tratado como un documento más que forma parte de las deliberaciones y como una propuesta para que la mayoría cambie de opinión.

Aunque hay que admitir que este argumento tiene su peso, predomina la lógica que se esconde detrás de esta idea: dar a la mayoría la oportunidad de repensar y ajustar el laudo con las consideraciones de la opinión discrepante. Es de sentido común que la mayoría debe tener la última palabra para evitar que la opinión discrepante contenga argumentos que no han sido presentados en el curso de las deliberaciones y sobre los que la mayoría de los árbitros no han tenido la oportunidad de reflexionar. Es el laudo el que importa y el que

resuelve el caso, no la opinión discrepante, y es esencial asegurarse que el laudo está bien razonado y que contiene todos los posibles argumentos.

Por tanto, si los árbitros han llegado a la conclusión que no puede reconciliar los puntos de vista y no puede alcanzar una decisión unánime, el procedimiento debe ser que la mayoría prepare y haga circular el borrador de su laudo basado en lo que la minoría ha escrito en su opinión discrepante, que debe ser sometida a la mayoría para darles la oportunidad de repensar y ajustar el laudo. Esto asegura que todos los argumentos discrepantes están considerados con mucho cuidado por la mayoría y las partes estarán bien informadas sobre las razones que han conducido a dicha decisión. Además, el modus operandi puede llevar a reemplazar el voto discrepante con la inclusión del contenido en el laudo, o podría incluso dar pie a la apertura de las deliberaciones de nuevo y facilitar, así, una decisión unánime, haciendo, por tanto, la opinión discrepante redundante.

7.2.4. El laudo ha de ser corto, educado, comedido y nunca debe poner en peligro la autoridad del laudo.

El extremo de que un voto discrepante pueda debilitar la autoridad del laudo de la mayoría de árbitros depende claramente de los defectos del laudo que sean criticados y de que el laudo sea sujeto de revisión judicial. Esta es claramente la esencia del voto particular.

La expresión abierta de la opinión discrepante en materia de hechos y de derecho tan solo es capaz de reforzar la legitimidad del procedimiento arbitral si está hecho en un estilo educado y sujeto a unas formas que las críticas puedan apoyarlo. La opinión discrepante del árbitro debe vencer la tentación de continuar discutiendo fervientemente con sus compañeros y no se consume por la tentación de demostrar en detalle a las partes cómo hubiera resuelto la disputa. En lugar de esto, debería centrarse en las ideas relevantes de hechos o de derecho sobre las que discrepa y dar a las partes información relevante suficiente para resolver las irregularidades procedimentales. De esto se trata en las opiniones discrepantes.

7.2.5. ¿Dónde regularlo? ¿Deberían contenerse indicaciones de este tipo en algún código ético?

Una forma de conseguir que lo contenido en estas guías es adoptarlas como estándares de comportamiento profesional. Como el IBA Guidelines on Conflicts of Interest o las IBA Rules on the Taking of Evidence, esta guía podría servir como un recurso para los árbitros sobre cómo tratar la cuestión de las opiniones discrepantes y el deseo de un árbitro de expresar su preocupación sobre el laudo. Aunque cada caso tiene sus particularidades que deben ser tenidas en cuenta, los principios generales y los mecanismos dichos aquí, si fueran de aplicación con sentido común, deberían ayudar a asegurar que las opiniones discrepantes deben ser emitidas cuando sirvan para una propuesta con sentido y jueguen un papel relevante.

Las Reglas IBA sobre Ética para los árbitros internacional no tratan el tema de las opiniones separadas, aunque en un primer borrador sí que decían que los árbitros discrepantes tenían el derecho de hacer saber sus opiniones, sujetas a lo previsto en las leyes y reglas arbitrales aplicables. Quizás es tiempo de volver a abrir la discusión sobre si las reglas de ético o cualquier otro código de conducta profesional deberían abordar la materia de las opiniones separadas y contener una guía internacionalmente aceptada que sirviera de guía útil y se diera lugar a la armonización en arbitraje internacional.

8. CONCLUSIÓN Y VALORACIÓN PERSONAL

8.1. Conclusiones

La globalización de las relaciones comerciales ha dado pie al surgimiento de disputas que por su alcance y complejidad requieren de métodos específicos para solucionarlos. Entre estos métodos destaca el arbitraje comercial internacional, que, gracias a su trayectoria, ha demostrado ser un método verdaderamente eficiente para solventar este tipo de cuestiones. Las principales notas identificativas del arbitraje en general, y las más relevantes a efectos del objeto concreto de la investigación son la **privacidad**, y ligada a ella, la **confidencialidad** y la **voluntariedad**.

El arbitraje, por tanto, es un método de **resolución de controversias privado**, en el que las partes en conflictos son quienes deciden cómo ha de desarrollarse prácticamente la totalidad del procedimiento (con excepción de algunas reglas que han de respetarse), entre las

cuestiones que tienen que aclarar está el nombramiento de los árbitros que decidirán cómo ha de resolverse el conflicto. A lo anterior hay que añadir la **gran autonomía de la que gozan las partes**.

Otro de los aspectos que más atraen a las partes es la **confidencialidad** que impregna todo el procedimiento: normalmente, los casos que llegan al arbitraje comercial están relacionados con cuestiones muy delicadas del negocio que desempeñan las partes. Frente a la publicidad que caracteriza a los procedimientos judiciales, la confidencialidad de este método atrae muchos casos.

Teniendo presente estas dos ideas mencionadas, estimamos oportuno que el debate respecto de la conveniencia o no del voto particular debe enfocarse sobre las mismas y para ello tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- Un voto particular en un Tribunal de Justicia ordinario contribuye efectivamente al desarrollo del Derecho gracias a la diferente visión de las normas que aportan quienes suscriben votos particulares. Esta función se debe a que la finalidad del Tribunal no es solo resolver una disputa concreta planteada, sino servir a un Estado de Derecho, en quien los ciudadanos confían **el respeto a sus derechos individuales y sociales**.

Esta finalidad es bien distinta de la que se persigue en el arbitraje comercial internacional, que es la de obtener una **respuesta eficiente y rápida** de los problemas que tienen las partes, sin ninguna aspiración relacionada con el desarrollo de ningún Derecho ni de servir a ningún Estado.

- La confidencialidad que inunda los procedimientos hace que este desarrollo del Derecho sea prácticamente inviable: si los *laudos* no se hacen públicos, no hay posibilidad de generar una jurisprudencia que pueda ser utilizada por ulteriores tribunales arbitrales para resolver futuras controversias.

Baste en este punto incidir que estamos en el ámbito del arbitraje comercial internacional y que las conclusiones que aquí se exponen no son extrapolables a otros tipos de arbitraje, con especial referencia al arbitraje de inversión, en el que la intervención del Estado como parte hace que esta idea de confidencialidad sea matizada, al tener que equilibrarse con el interés público que despierta cualquier intervención estatal.

8.2. Valoración personal

Por todo ello, no nos parece que los votos particulares aporten mucho valor al arbitraje comercial internacional, frente a los importantes riesgos que genera, también directamente relacionados con la idea de confidencialidad: por un lado, el resto de los co-árbitros no tienen obligación alguna de revisar el contenido del voto particular y, por otro, el mantenimiento del secreto de las deliberaciones puede ser roto si el árbitro discrepante se excede en lo que debiera ser el contenido adecuado de un voto (en relación a los votos particulares buenos, malos y feos ya mencionados).

En cuanto a la autonomía de voluntad de las partes que alcanza el nombramiento de los árbitros, el tema de los votos particulares podría llevar a revelar los vínculos que haya entre estos y la parte que les nombró, máxime cuando el examen de los votos particulares emitidos en el ámbito de arbitrajes de la Cámara de Comercio Internacional ha puesto en evidencia que así sucede. Esta práctica hace que el peligro para la institución del arbitraje en su conjunto sea más fuerte que los beneficios que para un caso concreto pudiera conllevar la emisión del voto particular.

No obstante, estas consideraciones no implican que los árbitros discrepantes estén obligados a guardar silencio sobre cuestiones que consideren relevantes, sino que es aconsejable intentar recurrir a otras vías y utilizar el voto particular tan solo para casos en los que no haya otra posibilidad. La última decisión en este sentido la tiene el árbitro quien, apoyándose en algún tipo de guía (como la dada en este trabajo, o cualquier otra que surja en el ámbito académico o institucional), debe decidir sobre la conveniencia de emitir el voto.

En este último sentido, los árbitros deben tener muy presentes la responsabilidad que tienen al ejercer la profesión del arbitraje, pues el sostenimiento de esta institución y la buena marcha de la misma depende, en un porcentaje muy importante, de la seriedad con la que se tomen el arbitraje. El espíritu que debe animarles constantemente es el de justicia, por un lado, y colegialidad, por otro, entendiendo que el éxito del arbitraje no puede depender de ningún Estado, sino de que las decisiones que ellos mismos adoptan sean consideradas tan justas como para que tanto la parte ganadora como la parte perdedora esté lo suficientemente satisfechas como para no buscar el amparo de los tribunales estatales. Por todo ello, la **ética de los árbitros es absolutamente fundamental**.

9. BIBLIOGRAFÍA

9.1. Obras Doctrinales

- Andrade Cadena, X., “Las Ventajas del Arbitraje Internacional: una perspectiva ecuatoriana”, *Revista de Derecho Comparado*, 2005, pp. 131-156
- Baker M. and Greenwood L., “Dissent – But only if you REALLY feel you must. Why dissenting opinions in International Commercial Arbitration should only appear in exceptional circumstances”, *Dispute Resolution International*, vol. 7, n° 1, 2013, pp. 31-40.
- Borde, A. C., "La jurisdicción mercantil y la globalización económica". *Derecho y Ciencias Sociales*, n° 13, 2015, pp. 40-70.
- Born, G.B., *International Arbitration: law and practice*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2012, p. 121.
- Born G., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Arbitration, 2014, p. 2469.
- Castillo Freyre, M. y Sabroso Minaya, R., “Nulidad del laudo arbitral por haber laudado sin las mayorías requeridas”, *Revista de Derecho Procesal Quaestio*, n° 18, 2008, pp. 1-21.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*, Naciones Unidas, Nueva York, 2008.
- Cremades, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, *Lima Arbitration*, n° 1, 2006, pp. 185-220.
- Cremades, B., “Ventajas del arbitraje en el comercio internacional”, *Panorama del Arbitraje Comercial (selección de lecturas)*, 1983, pp. 81-89.
- Cucarella Galiana, L. A., “Autocomposición y proceso en el ordenamiento jurídico italiano (Trasposición de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles: situación normativa resultante)”, *Anuario de justicia alternativa: derecho arbitral*, n° 10, 2010, pp. 11-46.
- Di Pietro, D., “The Controversial Role of Dissenting Opinions in International Arbitration Awards”, *Transnational Notes: Reflections on Transnational Litigation*, 2011.

- Ibáñez, E. A, "La globalización económica como marco de las relaciones internacionales", *Información Comercial Española - Monthly Edition*, nº 825, 2005, pp. 9-18.
- Fajardo, P., *Cooperar como estrategia. Mediación de conflictos empresariales*, Thomson Reuters, Pamplona, 2016, p. 32.
- Fernández Rozas, J.C., "Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje", *Arbitraje*, vol. II, nº 2, 2009, pp. 335-378.
- Fouchard, P., Gaillard, E., Goldman, B., & Savage, J. (1999). *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*. Kluwer law international, pp. 750 y 764- 769.
- García Martín Alférez, F.J., "Sobre el reconocimiento en España de laudos arbitrales extranjeros anulados o suspendidos en el Estado de origen", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 18, nº 1, 2016, pp. 111-124.
- Gómez Jene, M., *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, COLEX, 2003, pp. 73-89.
- Hendel, C.J., "Votos particulares en el arbitraje comercial internacional", *Anuario de Arbitraje 2016*, 2016, pp. 297-307.
- Herrera de las Heras, R., "La autonomía de la voluntad en el arbitraje y en la mediación. Jurisprudencia constitucional española y experiencias en el ámbito del consumo", *Revista de Derecho*, vol. XXV, nº 1, 2012, pp. 175-193.
- Hinojosa Segovia, R., "Panorama General del Arbitraje en España", *Economist & Juris*, vol. 16, nº 122, 2008, pp. 16-24.
- Jan van den Berg, A., "Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration", en Mahnoush H., Cogan, J., Sloane, R., and Wiessner, S. (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Brill, 2010, pp. 821-843.
- Jijón Letort, R., "La independencia e imparcialidad de los Árbitros", *Juris Dictio*, vol. 7, nº 11, 2007, pp. 26-36.
- Latham & Watkins, *Guía sobre arbitraje internacional*, 2013, pp. 1-58.

- Lorca Navarrete, A.M., “El Laudo Arbitral”, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2011, pp. 55.
- Melón Muñoz, A. (coord.), *Memento Procesal Civil 2017*, Lefebvre El Derecho, Madrid, 2017, punto 10750.
- Merino Merchán, J. F., “Confidencialidad y Arbitraje”, *Spain Arbitration Review*, vol. 2, 2008, 1-26.
- Munné Catarina, F., *El arbitraje en la Ley 60/2003*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004, p. 146.
- Olivencia Ruiz, M., “El laudo extemporáneo”, *Spain Arbitration Review*, n° 19, 2014, pp. 1- 29.
- Redfern, A., Hunter, M., Blackaby. N. y Partasides, C., *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 540- 541.
- Redfern A., “Dangerous Dissents”, *Transnational Dispute Management*, vol. 3, n° 2, 2005, pp. 1-26.
- Redfern A., “The 2003 Freshfields – Lecture Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad and the Ugly”, *Arbitration International*, vol. 20, n° 3, 2004, pp. 223-242.
- Rees, P. J. and Rohn, P., “Dissenting opinions: can they fulfill a beneficial role?”, *Arbitration International*, Vol. 25, n° 3, LCIA, 2009, pp. 329-346.
- Reisman, W. M., Craig, W. L., William W., Park, & Paulsson, J., *International Commercial Arbitration: cases, materials and notes on the resolution of international business disputes*, Foundation Press, 2015, pp. 954-963.
- Rozas, J. C., "El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización", *Escriva. Eevista del Colegio de Notarios del Estado de México*, n° 5, 2000, pp. 161-230.
- San Cristóbal Reales, S., "Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n° 49, 2013, pp. 39-62.
- Schiau, I., “Disagreeing on Parties’ Disagreement: the arbitral award and the Dissenting Opinion”, *Legal Practice and International Laws*, 2011, pp. 141-146.

- Shore, L. y Figueroa, K, Dissents, “Concurrences and a Necessary Divide Between Investment and Commercial Arbitration”, *Global Arbitration Review*, 2008, pp. 18-20.
- Sutcliffe, J. y Greenwood, L., “Dissenting opinions in arbitration awards: more trouble than they are worth”, *Mealey’s International Arbitration Report*, vol. 24, n° 19, 2009, pp. 1-7.
- Tovar Gil, M.C., “Aplicación de la lex mercatoria internacional por los árbitros”, *Lima Abitration*, n° 2, 2007, pp. 106-125.
- Unión Europea, *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 2006, p. 6.
- Van den Berg, A.J., “Charles Brower’s problem with 100 per cent – dissenting opinions by party – appointed arbitrators in investment arbitration”, *Arbitration International*, n° 31, 2015, pp. 381-391.
- Working Party on Dissenting Opinions and Interim and Partial Awards, “Final Report on Dissenting and Separate Opinions. Final Report”, *International Chamber of Commerce Commission on International Arbitration*, 1988, pp. 1-7.

9.2. Jurisprudencia

STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 4: *tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría tanto como privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (sstc 43/1988 [rtc 1988\43], 233/1988 [rtc 1988\233], 15/1989 [rtc 1989\15], 288/1993 [rtc 1993\288] y 174/1995 [rtc 1995\174]), de su función como medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 ce). de manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la constitución reconoce a todos. una vez elegida dicha vía ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción (pero no su "equivalente jurisdiccional" arbitral, sstc 15/1989, 62/1991 [rtc 1991\62] y 174/1995) legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del l.a. y no*

cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. pues como ha declarado reiteradamente este tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (sstc 99/1985 [rtc 1985\99], 50/1990 [rtc 1990\50] y 149/1995 [rtc 1995\149], entre otras). Más recientemente lo ha reafirmado la stc 9/2005 de 17 enero en su fundamento jurídico 2.

9.3. Legislación

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE 26 de diciembre de 2003).

International Bar Association, “Rules of Ethics for International Arbitrators”, 1987.