

Adopción de Decisiones en la Ley de Arbitraje

Víctor Madrid Horna*

“En el presente artículo, el autor nos explica por qué antes se efectuaban determinaciones parciales respecto de los tributos y la importancia de contar ahora con una determinación única, integral y definitiva”

Ha transcurrido más de un año desde la entrada en vigencia de nuestra nueva Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071) y podemos decir con entusiasmo que tenemos una ley moderna y que en muchos aspectos supera a la anterior. No sólo algunos temas se han actualizado incorporando incluso las últimas modificaciones introducidas en la Ley Modelo UNCITRAL del año 2006, sino que también, la nueva norma logra colocar al Perú como un lugar atractivo para servir de sede en arbitrajes internacionales dado su perfil compatible con el estándar exigido para la práctica del arbitraje.

Si bien es cierto, los cambios que se aprecian de inmediato son los relativos a la unificación de las disposiciones sobre arbitraje nacional e internacional en un solo título, el rol de las Cámaras de Comercio como entidades encargadas de la designación residual de árbitros y de resolver recusaciones para arbitrajes ad hoc en los casos previstos en el artículo 29°, la inclusión de normas orientadas a limitar la intervención judicial, la extensión del convenio arbitral a determinados terceros, la supresión del efecto suspensivo del recurso de anulación, el nuevo tratamiento para las medidas cautelares, etc., también hay otros temas que han merecido modificaciones importantes.

Este el caso de la regulación sobre adopción de decisiones que la nueva norma trae y que motiva las siguientes líneas.

El frente Interno

Siempre escuchamos que el arbitraje constituye un mecanismo privado de solución de conflictos por el que las partes se someten a la decisión de un tercero imparcial que resuelve en forma definitiva una determinada controversia.

Es por ello que nuestra noción de controversia o conflicto en el arbitraje, siempre viene vinculada con la que es materia de arbitraje y que por definición es ajena a los árbitros, pues se trata precisamente de una controversia que traen las partes para ser resuelta.

Sin embargo, muchas veces al interior de los arbitrajes colegiados, también se libran batallas y se experimentan no pocos conflictos.

Está demás decir, que para el caso de los arbitrajes unipersonales estas tensiones no se presentan ni se plantean en estos términos, pues el árbitro único batalla en forma solitaria para llegar a la decisión que ponga fin al conflicto, y que por cierto, en muchos casos lo enfrenta a experimentar mucha responsabilidad y carga personal.

Pero cuando se trata de adoptar una decisión al interior de un cuerpo colegiado, muchas veces, las pugnas internas terminan en largas discusiones y finalmente, con votos divididos que reflejan esas discrepancias.

Nuestra Ley de Arbitraje, al igual que la norma anterior, señala que en defecto de lo dispuesto por las partes en relación al número de árbitros, se entiende que el arbitraje estará conducido por tres árbitros. Esta fórmula por defecto para el número de árbitros sigue a la Ley Modelo UNCITRAL, y también se ha reproducido como fórmula en los diversos reglamentos de las instituciones arbitrales más importantes en nuestro medio.

Con ello, la posibilidad de encontrar tribunales conformados por tres árbitros es mayor, y por ello el tema relativo a la adopción de decisiones al interior de los tribunales arbitrales resulta relevante.

No es difícil advertir que las discrepancias que pueden

* Profesor de Contratos en la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consultor del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Para una revisión general de las principales modificaciones, CANTUARIAS SALVERRY, Fernando y CAIVANO Jorge J., en “La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: un nuevo salto a la modernidad”. En: Revista Peruana de Arbitraje. N° 7, Lima, 2008. Págs. 43-84.

surgir al interior de un tribunal arbitral al momento de resolver pueden obedecer a distintos factores.

Un Árbitro, Una Opinión.

De un lado, es evidente que no todos los árbitros piensan igual, ni mucho menos perciben ni leen los hechos de la misma forma. Esto obviamente, es una consecuencia de la pluralidad, que precisamente, justifica las decisiones colegiadas, pues ellas pueden alimentarse de distintas opiniones o consideraciones que finalmente enriquecerán el análisis para la decisión final.

Sin embargo, el mismo fundamento que justifica la pluralidad de árbitros en el arbitraje, constituye a su vez y en muchos casos, el motivo de las discrepancias que se suscitan al interior de un tribunal arbitral, haciendo necesaria la existencia de reglas para lograr la adopción de decisiones.

Tampoco podemos dejar de señalar que en muchas ocasiones, las discrepancias entre los árbitros no se limitan al sentido de la decisión final, sino que se suscitan respecto de los fundamentos del mismo, motivadas en algunos casos, por la "personalidad" o el "ego" de algunos árbitros quienes a veces suelen tratar de imponer sus criterios o estilos. Como veremos más adelante, esta situación puede generar decisiones singulares que han merecido un tratamiento específico en la ley.

Cabe agregar, que además las discrepancias no siempre -aunque suele ser la regla-, están referidas al sentido del laudo final. Muchas veces, las discrepancias

entre los árbitros versan sobre cuestiones diversas que exigen una decisión por parte de los árbitros, como lo pueden ser, una objeción sobre la competencia, la intervención de un tercero no signatario, el modo de actuar una prueba, la concesión de una medida cautelar, etc.

Árbitro de Parte, Parte como Árbitro

Otra situación que explica la diversidad de opiniones entre los árbitros, tiene que ver con la composición del tribunal arbitral. Como se sabe, la fórmula que trae nuestra Ley de Arbitraje -y que es la más difundida por cierto-, es aquella que establece que a falta de acuerdo, la composición del tribunal arbitral se inicia con la designación que cada parte efectúa de un árbitro, para luego, los dos árbitros así nombrados, designen en forma conjunta al tercero quien se desempeñará además como presidente del tribunal arbitral.

Como se sabe, cualquier caso de falta de designación de uno o más árbitros da lugar a la aplicación de las reglas de designación por defecto, no obstante que lo más usual es la falta de acuerdo respecto del tercer árbitro, que en muchos casos termina siendo designado por una institución imparcial.

Ahora bien, ocurre que la designación de árbitros bajo este esquema nos conduce en muchos casos, a tener que soportar la inclusión de los "abogados de parte" al interior de los tribunales arbitrales. Si bien este sistema constituye el estándar más aceptado en la práctica arbitral, no podemos soslayar esta realidad en nuestro medio, al punto que ya algunos han puesto en entredicho la bondad de este sistema.

- 2 Un buen ejemplo lo encontramos en el comentario de **LATORRE BOZA**, Derick, "Mitos y Quimeras: La neutralidad en el arbitraje". Revista Derecho y Sociedad. Nº 26. Año 2006. Pág. 355-367. "En este contexto, es decir, cuando cada parte designa a un árbitro, que el tema de la imparcialidad e independencia se hace un problema que es necesario abordar con claridad y con total transparencia, a fin de lograr una adecuada regulación y su efectiva aplicación. A mi entender, la Ley General de Arbitraje del Perú - y luego las otras normas que han desarrollado el arbitraje en ámbitos especializados, incluso el arbitraje administrativo que se aplica en las contrataciones y adquisiciones del Estado- es contradictoria en ese extremo, pues da lugar a la diferencia de "árbitros neutrales" y "árbitros de parte" por la forma en que estos son designados, pero no distingue matices para la verificación de los principios de imparcialidad e independencia, con lo que, en la práctica, exige a todos los árbitros que cumplan también con el principio de neutralidad. Y esto ha generado que se acentúe una actitud pacata e hipócrita entre los operadores del arbitraje en el Perú, pues todos simulan estar de acuerdo con la necesidad de que todos los árbitros sean neutrales, incluso los designados por las partes de manera unilateral, cuando en la práctica esas designaciones desdichan todo esa entelequia." Si bien, el autor recalca en la antigua distinción entre "árbitros no neutrales" y "árbitros neutrales", lo hace con el fin de reconocer que no es posible aplicarles los mismos niveles de exigencia al momento de declarar, pues el sólo hecho de haber árbitros designados por las partes, nos informa de una situación distinta. No obstante, es posible superar esta consideración si advertimos que ella parte de una realidad concreta que no podría constituirse en una regla, como es nuestra todavía débil cultura arbitral, en la que las patologías procesales se hacen presentes cuando convierten la designación de árbitros en una estrategia para "ganar".
- 3 Nos referimos al Proyecto de Ley Nº 6134, presentado el 25 de marzo de 2003 ante la Comisión de Justicia por los parlamentarios Tapia Samaniego, Hildebrando y Barba Caballero, José.
- 4 **VIDAL RAMIREZ**, Fernando en "Manual de Derecho Arbitral". Gaceta Jurídica. Lima, mayo de 2003. Pág. 77 Expresa el autor: "Como puede apreciarse, se ha institucionalizado la práctica del nombramiento de uno de los árbitros por cada parte, lo que a nuestro juicio es inconveniente, pues la parte considera que está nombrando a "su árbitro", por considerarlo como persona de su confianza, pero no solo porque confía en su idoneidad, sino porque puede tener confianza en que sea lo suficientemente permeable respecto de la posición que en el proceso sostiene la misma parte que lo ha nombrado y puede, así, recaer sistemáticamente el nombramiento en una misma persona, lo que viene a distorsionar el sentido del arbitraje y de la función arbitral. Puede argüirse sin embargo, que las partes tienen el derecho de escoger sus árbitros y que ese derecho se compeadece con la libre determinación de cada una de ellas. El argumento es consistente y fuerte pero creemos que frente a él debe prevalecer la necesidad de evitar vicios que afecten al sistema arbitral como medio alternativo de solución de controversia y no incurrir en los que aquejan a la jurisdicción ordinaria".
- 5 **ARAMBURÚ**, Manuel Diego en "Los árbitros su Designación y el Proyecto de Modificación del artículo 21º de la Ley General de Arbitraje" en Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Nº 56, Año XVIII, Pág. 84-85. Señala el autor: "Creemos que si esta es una opinión del Dr. Fernando Vidal Ramírez, la debe haber emitido dentro de un contexto especial, o mediando alguna circunstancia particular, por cuanto conocemos que el Dr. Fernando Vidal es una de las personas que mas arbitrajes ha resuelto en el Perú y no dudamos que él es consciente de que la forma de nombramiento de los árbitros reconocida por la Ley actual, es la que prima en el mundo y que actualmente funciona perfectamente constituyéndose en uno de los pilares del arbitraje. De ser cierta la opinión del Dr. Fernando Vidal, debemos indicar que no estamos de acuerdo con la misma por considerar que el procedimiento propuesto es inadecuado, arcaico y está en desuso, como lo indica el ex Secretario General de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), el cual como todos sabemos es el centro de arbitraje más importante, de más prestigio y con más experiencia en arbitraje en el mundo (...). Para terminar, debemos indicar que no compartimos el argumento utilizado por los promotores del Proyecto mediante el cual indican que el jurista Dr. Fernando Vidal, a quien como ya hemos señalado respetamos muchísimo cuando afirma que "...en la práctica la parte que nombra como árbitro a una persona de confianza, pero no porque confía en su idoneidad, sino porque tiene confianza en que sea suficientemente permeable respecto a la posición que en el proceso sostiene. Asimismo, se suelen dar casos, en que el nombramiento de la misma persona recaer sistemáticamente en la misma persona" (...)".

Incluso, un cuestionable Proyecto de Ley que fue presentado al congreso el año 2003 para modificar la Ley de Arbitraje vigente a dicha fecha, planteó que las designaciones de todos los árbitros se efectúen por las partes en forma conjunta, y en su defecto por el Poder Judicial. En respuesta, algunos alzaron su voz para cuestionar el sistema vigente de designación de árbitros y otros, para defenderlo. Sin embargo, ahora se trata de un tema cerrado desde que nuestra nueva Ley de Arbitraje ha mantenido el sistema antes citado en una clara muestra de seguir la tendencia más moderna y difundida sobre este tema.

Sin embargo, este es el sistema más usado por defecto y también el más pactado por las partes, de manera que la presencia de los llamados "árbitros de parte", es muy frecuente dada las reglas más comunes para la composición de tribunales arbitrales.

La premisa fundamental de este sistema consiste en asumir que todos los árbitros, independientemente de quién o cómo fueron designados, están llamados a tener el mismo compromiso de imparcialidad e independencia.

Probablemente, la primera reacción que nos sugiere la citada premisa es de cierta desconfianza, pues al parecer, se trata de un postulado más ético que real. No nos resulta difícil aceptar que los llamados "árbitros de parte" sean en el fondo y en la mayoría de casos, abogados encubiertos de las partes, o representantes de las partes en el tribunal arbitral, o cuando menos, árbitros designados con una única agenda: presentar de la mejor y más influyente manera la posición de la parte que los designó.

Por esta razón, es que en Estados Unidos por mucho tiempo imperó un sistema que reconocía a los llamados "árbitros de parte" (o "árbitros no neutrales"), en oposición a los que no eran designados por las partes, ("neutrales") como el caso del presidente del tribunal en la generalidad de las veces.

Este sistema, que al parecer tan sólo plasmaba una incontestable realidad, generaba un importante efecto en diversas disposiciones arbitrales. Una de ellas, era la relativa a la exigencia de imparcialidad e independencia, que para el caso de estos árbitros, no era la misma que para caso del presidente del tribunal arbitral.

La idea es simple. Los árbitros de parte, en el mejor de los casos, podrían estar afectados por su falta de imparcialidad o su falta de independencia; de manera tal, que la exigencia para ellos no podría ser la misma que para aquél árbitro que ha sido designado de una manera distinta, sin la intervención directa de las partes.

Así las cosas, la exigencia y ponderación de las causales

de recusación por duda razonable, por ejemplo, eran diferentes para un árbitro, según si intervino o no, una de las partes en su designación.

Esto explicaría en parte por qué la Ley tiende a otorgarle un peso de neutralidad natural al presidente del tribunal, que se refleja al momento de resolver. Por esta razón, para muchas legislaciones, el voto del presidente siempre tendrá un carácter dirimente, aún cuando como en nuestra Ley de Arbitraje, se presume que todos los árbitros deben de reunir los mismos requisitos y se deba esperar de ellos el mismo nivel de imparcialidad e independencia.

Visto de este modo, resulta que el peso dirimente o decisorio del presidente del tribunal arbitral se justifica en reconocer lo que la doctrina americana llamó árbitros "non-neutrals". Pues, si los tres árbitros (como se postula en la actualidad), son idénticamente independientes e imparciales, no habría razón que justifique que tan sólo el voto del presidente pueda tener peso dirimente o definitivo en algunos casos, aún cuando haya sido designado por los dos árbitros en forma conjunta o en defecto, por una tercera persona ajena a las partes.

Sin embargo, como hemos advertido, esa hipotética "neutralidad e imparcialidad" que nuestra Ley de Arbitraje presume que la comparten todos los árbitros por igual, queda jaqueada cada vez que se necesita adoptar una regla de imparcialidad al interior de los tribunales arbitrales, llegando casi siempre a la regla que pone el mayor peso en el voto del presidente del tribunal, que termina por poner las cosas en su sitio de algún modo.

Si bien es cierto, que la legislación norteamericana se ha desplazado al sistema más aceptado en el mundo, dejando de lado su sistema de non-neutrals, parece claro que el colocar un mayor peso en el voto del presidente del tribunal coincide con reconocer su posición al interior de un tribunal formado por árbitros designados por las partes.

En muchos casos, es esta una de las razones que genera la disparidad de posiciones al interior del tribunal arbitral, al punto que muchas veces el presidente se convierte en una suerte de "árbitro único de fondo", o "gran árbitro" dada la facilidad con la que los árbitros de parte revelan su falta de imparcialidad.

De hecho, los árbitros de parte que tienen como única y secreta agenda respaldar y defender la posición de quien los designó, evitan revelar su posición, -muchas veces prevenida antes del proceso-, y por el contrario, luchan por acercar su parecer al presidente del tribunal habida cuenta del peso con el que éste cuenta para decidir la controversia.

6 Nos referimos al primer código de ética elaborado conjuntamente por la American Arbitration Association y la American Bar Association en 1977 (ABA/AAA's Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes. Canon VII, E 1).

Adopción de Decisiones

Como señala CANTUARIAS, en la legislación comparada no existe unanimidad respecto de la necesidad de admitir los votos discordantes, no obstante que hay acuerdo en aceptar que ello contribuye básicamente con la honestidad intelectual, a mejorar la calidad de los fallos, y a satisfacer a las partes y a los árbitros con el respeto y pluralidad que implica dicha posibilidad.

De lo dicho hasta aquí, podemos advertir que la labor de resolver al interior de un tribunal arbitral no siempre es tan pacífica ni unánime como se quisiera. En algunos casos, como hemos adelantado ya, la discrepancia no logra superarse y por ello, se hace necesario contar con reglas claras que establezcan de qué forma se adoptarán las decisiones al interior del colegiado.

No obstante, es preciso señalar que la fórmula que se adopte para lograr la decisión final resulta esencial desde que la eficacia del arbitraje depende de que pese a las eventuales discrepancias que pudieran presentarse al interior del tribunal, siempre exista la posibilidad de adoptar la decisión final y de esta forma, asegurar la eficacia del arbitraje.

No está demás señalar que lo ideal en materia de decisiones en cuerpos colegiados, es que aquellas sean dictadas por unanimidad, pues de esta forma el fallo gozará de mayor respaldo, pudiéndose presumir que la posibilidad de error es menor y esto sin duda, contribuirá a reducir la posibilidad de impugnación.

Sin embargo, por las razones antes expuestas la unanimidad no siempre acompaña a las decisiones emitidas por un tribunal arbitral.

Desde esta perspectiva, podría decirse que la regla sobre la adopción de decisiones tiene por objeto superar las eventuales discrepancias al interior del colegiado, y al mismo tiempo, asegurar la emisión de un laudo válido. Por ello, esta regla también puede ser considerada como un mecanismo de protección del arbitraje.

Hay diversas reglas y sistemas para la adopción de decisiones.

Una forma para la adopción de decisiones en tribunales colegiados es la de exigir un número

mínimo de votos para formar la decisión como es el caso de la regla prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial. La idea que persigue este sistema es la de fortalecer la decisión a través de un número mínimo de votos que asegure un mayor respaldo para el fallo y que de pronto, la fórmula de la mayoría simple no siempre podría conseguir. Por ejemplo, nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial establece que cuatro votos conformes hacen decisión en la Corte Suprema mientras que tres lo hacen en las Cortes Superiores.

Es importante anotar, que este sistema funciona sobre la base de reunir el número de votos mínimo que exige la ley y por ello, este sistema debe complementarse necesariamente con la intervención adicional de jueces o magistrados dirimientes hasta que se reúna el número mínimo.

(...) podemos advertir que la labor de resolver al interior de un tribunal arbitral no siempre es tan pacífica ni unánime como se quisiera. En algunos casos (...) la discrepancia no logra superarse y por ello, se hace necesario contar con reglas claras que establezcan de qué forma se adoptarán las decisiones al interior del colegiado.

Es claro que para el caso del Poder Judicial la intervención de un magistrado adicional para dirimir una situación de empate o de falta del número mínimo constituye una práctica común desde que los jueces no son elegidos por las partes sino que son funcionarios públicos designados por ley, cuya actuación no significará ni un mayor gasto ni tampoco un mayor tiempo al proceso.

En el arbitraje sin embargo, este sistema de pronto, puede resultar poco útil, desde que se espera que los árbitros llamados a resolver hayan participado durante todo el proceso y no sólo al momento de laudar; y que

7 Revisar ABA/AAA's Code of ethics for Arbitrators in Commercial Disputes. Revisión del 1º de marzo de 2004. (...). www.adr.org. En efecto, la American Bar Association y American Arbitration Association revisaron su código de ética de 1997, para dar lugar a la revisión adoptada el 1º de marzo de 2004, en cuyo preámbulo señalan que: "es preferible que todos los árbitros, incluyendo los árbitros designados por las partes, sean neutrales, esto es, independientes e imparciales, debiendo respetar los mismos estándares éticos. Ello no obstante que el canon X prevé ciertas excepciones a esta neutralidad permitiendo el nombramiento de árbitros "no neutrales", "predispuestos" hacia la parte que los designó.

8 **CANTUARIAS SALAVERRY**, Fernando en "Arbitraje Comercial y de las inversiones". UPC, Lima, 2007. Pág. 308-313, señala que: "La posibilidad de que un árbitro emita opinión disidente es una práctica que es plenamente aceptada por las legislaciones arbitrales latinoamericanas (Panamá, El Salvador, Honduras, Venezuela, Brasil, Guatemala, Bolivia, Ecuador, Costa Rica, Nicaragua y Colombia), y por muchos países pertenecientes a la corriente del Common Law. En los pocos Estados latinoamericanos (Chile, Paraguay, el Perú y Bermuda) en los que las respectivas legislaciones arbitrales no hacen referencia expresa a la posibilidad de una opinión disidente. Ello se debe al hecho que son depositarias directas de la Ley Modelo de UNCITRAL, la cual no obliga ni tampoco prohíbe la existencia de opiniones disidentes. Sin embargo, se conoce que en todos estos países también se acepta esta posibilidad. Es más, en el caso específico del Perú, es práctica común que aquél árbitro que no esté conforme con la mayoría, emita una opinión disidente".

además, la inclusión de un tercer árbitro no suponga un nuevo conflicto entre las partes para su designación dada la situación de empate que la precede, ni un mayor costo. Ello, sin contar que la intervención del llamado "dirimente" se podría prolongar en caso no se consiga el número mínimo, siendo necesaria la intervención de otro y así sucesivamente.

La otra fórmula, es la de la adopción de decisiones por mayoría. Bajo este sistema pues, existirá un laudo válido si es votado en unanimidad o por mayoría.

Si consideramos que los tribunales arbitrales están por lo general conformados por tres árbitros, un sistema de mayoría simple podría simplificar la adopción de decisiones, sin que en principio, sea necesaria la intervención de un árbitro adicional.

Esta regla también puede experimentar variaciones si para algunas decisiones se exige mayoría simple y para otras se exige unanimidad. Asimismo, pueden combinarse con un sistema que exija para el laudo un número mínimo de votos y complementarse con la figura del árbitro dirimente, o bien dotar de mayor peso (doble voto, por ejemplo) al voto del presidente del tribunal arbitral, para asegurar que siempre exista decisión.

Lo importante es que la regla permita formar decisión de la manera más eficiente y segura posible.

Adopción de Decisiones en la Ley General de Arbitraje Derogada (Ley N° 26572)

Teniendo en cuenta que la nueva Ley de Arbitraje ha modificado los artículos sobre adopción de decisiones contenidos en la Ley General de Arbitraje derogada, resulta necesario hacer un repaso previo sobre la adopción de decisiones en dicha norma.

La Ley General de Arbitraje derogada se caracterizó por lo siguiente en materia de adopción de decisiones:

- Incluyó reglas tanto para el arbitraje nacional

como para el arbitraje internacional. El artículo 45º, 46º, 47º y 49º, regularon el tema para el caso del arbitraje nacional, mientras que el artículo 119º y 120º regularon el caso del arbitraje internacional.

- Para el caso del arbitraje nacional e internacional, la regla fue que las decisiones se adoptaban con el voto de la mayoría de los árbitros.
- Para el caso del arbitraje nacional, las disposiciones sobre adopción de decisiones estuvieron divididas en dos secciones distintas, unas para el caso de las decisiones en general, y otras para el caso específico del laudo.
- Se dispuso el régimen de obligatoriedad para el voto de los árbitros, quiénes estaban expresamente prohibidos de abstenerse en las votaciones.
- En caso de abstención en la votación, se introdujo la presunción legal para que se entienda que en tal caso, dicho voto se adhiere al de la mayoría, o al del presidente del tribunal arbitral, de ser el caso.
- A falta de acuerdo mayoritario, decidía el presidente del tribunal arbitral.
- Se incluyó la figura del "árbitro dirimente", cuya designación debía seguir las mismas reglas utilizadas para la designación del tercer árbitro y se fijó en veinte (20) días el plazo para que el árbitro dirimente emita su decisión, gozando además las facultades del presidente del tribunal arbitral.
- Para el caso específico del laudo, se introdujo la figura del "voto particular" para aludir a los votos distintos al de la mayoría pero que conformaban el laudo. Asimismo, y pese a que se reprodujo tanto la regla de la mayoría, como la obligación de votar y la presunción antes citada, no se incluyó el voto dirimente del presidente del tribunal arbitral, ni la figura del árbitro dirimente.
- Empleó el término "voto particular", sin precisar a qué voto aludía dicho término.
- Finalmente, el artículo 73º numeral 4, incluyó expresamente como causal de anulación, el que el laudo haya sido dictado sin las mayorías requeridas.

Como se puede apreciar de una rápida lectura de los artículos bajo comentario, la regulación de la norma anterior resultaba confusa y dispersa.

LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL.-

"(...) Artículo 141º.- Resoluciones. Votos.

En las Salas de la Corte Suprema, cuatro votos conformes hacen resolución. En las Cortes Superiores tres votos conformes hacen resolución, tratándose de las que ponen fin a la instancia, y en los demás casos bastan dos votos conformes. En las Salas Penales se requiere de dos votos. Salvo las excepciones que señala la ley.

Los votos, incluso los singulares y discordantes, se emiten por escrito, con firma de su autor. Todos se archivan juntamente con una copia de la resolución. (...)

Artículo 143º.- Voto Singular.

Si alguno de los Vocales no considera suficientes los fundamentos de resolución o discrepa de ellos pero no de su sentido, debe firmar la resolución y fundamentar por escrito su voto singular.

Una vez emitidos los votos, no pueden ser modificados salvo que el voto discordante concuerde con el voto del ponente, antes que emita su voto el dirimente, de lo que se deja constancia en autos.

Artículo 144º.- Discordia.

Si resulta discordia, se publica y notifica el punto que la motiva, bajo sanción de nulidad. En la misma resolución se llama al Vocal dirimente expedito y se señala día y hora para la vista de la causa por él. (...)

Artículo 148º.- Suscripción de votos.

En todas las causas vistas en discordia, los Vocales están obligados a suscribir sus respectivos votos, comenzando por el ponente, siguiendo por el menos antiguo y terminando por el Presidente, dentro del término establecido en el artículo 140º de esta Ley, sin lugar a prórroga, bajo responsabilidad.

Artículo 149º.- Emisión de votos. Obligatoriedad.

Los Vocales tienen la obligación de emitir su voto escrito en todas las causas en cuya vista hubiesen intervenido, aún en caso de impedimento, traslado, licencia, vacaciones, cese o promoción. Dicho voto forma parte de la resolución, no siendo necesario la firma de ésta por el Vocal referido.

Si el Vocal no cumple con emitir su voto dentro del término correspondiente el Presidente de la Sala puede integrarla con el llamado por ley, de conformidad con los artículos precedentes, sin perjuicio de la sanción disciplinaria pertinente."

Por un lado, existía una doble e innecesaria regulación para el arbitraje nacional y para el arbitraje internacional. Sin embargo, lo más grave era que para el arbitraje nacional las reglas para la adopción de decisiones para la emisión del laudo eran distintas a las reglas de adopción de decisiones en general, sobre todo en lo relativo al voto del presidente del tribunal arbitral y en lo referente a la figura del árbitro dirimente, de manera que no quedaba del todo claro si las reglas generales se le aplicaban al laudo sin objeción.

Es decir, allí donde debería existir una regla clara para garantizar la eficacia del laudo, nos enfrentábamos con una situación confusa debido a la deficiente regulación en la ley, pues como veremos más adelante, no existía una norma expresa que resuelva los casos de empate o falta de mayoría pese a que ley anterior le dedicó un artículo especial a este tema en el capítulo de "requisitos del laudo".

Paradójicamente, el afán de regular de forma especial este tema para el caso específico del laudo, terminó por generar una grave desorientación, pues las normas especiales excluyen la aplicación de las generales, de forma tal que se podría objetar la aplicación de las disposiciones generales sobre adopción de decisiones al caso concreto del laudo y en consecuencia, podría sostenerse que al momento de laudarse el presidente no contaba con voto dirimente¹¹.

Si bien la nueva Ley de Arbitraje ha modificado estas disposiciones, no olvidemos que de acuerdo a lo dispuesto en la Segunda Disposición Transitoria de la Nueva Ley de Arbitraje, todos los arbitrajes iniciados antes de la entrada en vigencia de la nueva Ley, se regirán, salvo pacto en contrario, por la Ley derogada. Vale decir, todos aquellos arbitrajes iniciados antes del primero de setiembre de 2008. De manera, que probablemente, existan en trámite al momento de

la redacción de este artículo, procesos arbitrales a los que le son de aplicación las normas de la Ley de Arbitraje derogada.

Adopción de Decisiones en la Ley de Arbitraje

Como dijimos, la Ley de Arbitraje vigente mejora en muchos aspectos la regulación anterior, sintetizándola en los artículos 52° y 55°, cuyo texto señala lo siguiente:

TITULO V LAUDO

Artículo 52°.- Adopción de Decisiones

1. El tribunal arbitral funciona con la concurrencia de la mayoría de los árbitros. Toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubiesen dispuesto algo distinto. Si no hubiese mayoría, la decisión será tomada por el presidente.
 2. Los árbitros tienen la obligación de votar en todas las decisiones. Si no lo hacen, se considera que se adhieren a la decisión en mayoría o a la del presidente, según corresponda.
 3. Salvo acuerdo en contrario de las partes o de los árbitros, el presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso de las actuaciones arbitrales.
- (...)

Artículo 55°.- Forma del Laudo

1. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su opinión discrepante. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros o sólo la del presidente, según corresponda, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.
2. Para estos efectos, se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas queda constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572):

"CAPÍTULO CUARTO

TÍTULO TERCERO. COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS Y MAYORÍAS.

Artículo 45°.- Mayoría de concurrencia.- El tribunal funciona con la concurrencia de la mayoría de los árbitros, salvo que las reglas establecidas conforme al artículo 33° dispongan expresamente la concurrencia de la totalidad. Las deliberaciones del tribunal son secretas.

Artículo 46°.- Mayorías para resolver.- Salvo que las reglas particulares establecidas por las partes o por el reglamento arbitral al que se hubiesen sometido dispongan otra cosa, las resoluciones se dictan por mayoría de los árbitros. Los árbitros están prohibidos de abstenerse en las votaciones. En caso lo hicieran, se considerará que se adhieren a lo decidido por la mayoría o por el presidente, en su caso. Contra las resoluciones de los árbitros no procede recurso alguno, salvo que así esté expresamente previsto en la presente ley.

Artículo 47°.- Decisión del Presidente del Tribunal arbitral y designación del dirimente.- Salvo que las reglas particulares establecidas por las partes o por el reglamento arbitral al que se hubiesen sometido dispongan otra cosa, en los casos de empate dirige el voto del presidente. En todos los casos en que sea necesario designar a un árbitro dirimente, se seguirá el mismo procedimiento utilizado para la designación del tercer árbitro, salvo que las reglas particulares establecidas por las partes o por el reglamento arbitral al que se hubiesen sometido establezcan un procedimiento distinto. El árbitro dirimente deberá expedir su resolución dentro del plazo de veinte (20) días, gozando de las facultades reconocidas al árbitro presidente en el párrafo anterior.

TÍTULO CUARTO. DEL LAUDO ARBITRAL

Artículo 49°.- Requisitos del laudo.- El laudo debe constar por escrito con los votos particulares de los árbitros de los árbitros, si los hubiera. Tratándose de arbitraje colegiado, baste que sea firmado por la mayoría requerida para formar decisión. Se entiende que el árbitro que no firma ni emite voto particular, adhiere al de la mayoría (sic). (...)

CAPÍTULO SEXTO

TÍTULO ÚNICO. PRONUNCIAMIENTO DEL LAUDO Y TERMINACIÓN DE LAS ACTUACIONES.

Artículo 119°.- Adopción de decisiones cuando hay más de un árbitro.- El tribunal funciona con la concurrencia de la mayoría de los árbitros, salvo acuerdo contrario de las partes que dispongan expresamente la concurrencia de la totalidad. Las deliberaciones son secretas. Salvo que las reglas particulares establecidas por las partes dispongan otra cosa, las resoluciones se dictan por mayoría de los árbitros nombrados. Los árbitros están prohibidos de abstenerse en las votaciones. En caso lo hicieran, se considerará que se adhieren a lo decidido por la mayoría o por el presidente, en su caso. (...). Salvo que las reglas particulares dispongan otra cosa, en los casos de empate dirige el voto del presidente del tribunal. Si no hubiere acuerdo mayoritario, decide el presidente.

3. Se entiende que el árbitro que no firma ni emite su opinión discrepante se adhiere a la decisión en mayoría o la del presidente, según corresponda.”

Rasgos Generales

- Unificación y Simplificación de Disposiciones.

Como lo referimos desde el inicio, la vigente Ley de Arbitraje ha unificado las disposiciones sobre arbitraje nacional e internacional en una sola sección, de manera que existe una sola regla para la adopción de decisiones en ambos casos, simplificando su regulación y evitando la innecesaria dispersión que tenía la Ley derogada.

De esta forma, el número de artículos sobre el tema, prácticamente ha quedado reducido de seis a tan sólo dos artículos, si la comparamos con la Ley General de Arbitraje derogada.- **Ubicación**

A diferencia de la Ley General de Arbitraje derogada, la Ley de Arbitraje ha ubicado el tema sobre adopción de decisiones en la sección correspondiente al laudo.

De esta forma, ya no existe una regla para el caso de las decisiones distintas al laudo, sugiriendo que estas reglas se aplicarían también a las demás decisiones, no obstante que ello podría ser cuestionable, dado que se trata de normas especiales aplicables sólo al laudo.

Esta opción del legislador podría resultar desacertada dado que existen diversas decisiones distintas al laudo en las que contar con una regla sobre adopción de decisiones podría resultar de la mayor importancia, como es el caso de la decisión que admite o rechaza una medida cautelar, la que resuelve una cuestión de competencia, la que ampara o desestima una cuestión previa, la que resuelve una recusación en arbitrajes ad hoc, etc.

Si bien el artículo 34º relativo a la regulación de actuaciones, habilita a los árbitros a decidir las reglas cuando ellas no hayan sido pactadas ni previstas, en un escenario de discrepancia y disenso, la posibilidad de adoptar una regla para resolver podría resultar objetable.

Lo más apropiado hubiese sido regular el tema en el Título IV sobre actuaciones arbitrales, de forma tal que las reglas sobre adopción de decisiones incluyan al laudo.

Finalmente, en relación a la expresión en plural del artículo 52º antes citado cuando señala que: (...) Toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubiesen dispuesto algo distinto. (...), consideramos

que constituye una redacción que puede resultar imprecisa, pues no resulta claro cuáles pueden ser esas “decisiones” en plural a las que alude la norma, pues si estamos dentro del capítulo de “Laudo”, sólo podría tratarse de decisiones relativas al laudo.

Lo que nos lleva a pensar que el legislador ha querido aludir a los laudos parciales y finales, así como a las decisiones que resuelven los pedidos de corrección, aclaración, integración y exclusión del laudo o laudos dictados. Decisiones que incuestionablemente, se adoptarán en mayoría.

Sin embargo, consideramos que esta expresión en plural no podría extenderse a decisiones distintas a las antes referidas, y que son en estricto, laudos. Por ello, la ubicación de las reglas sobre adopción de decisiones en este título limita su aplicación fuera del ámbito del laudo.

- Terminología

Otra novedad, en la Ley de Arbitraje es el uso de nuevos términos con relación a la derogada Ley General de Arbitraje.

Como quedó anotado, la derogada ley empleó el término “voto particular” (Art.120º). No obstante y pese a su evidente influencia de la Ley Modelo de UNCITRAL, se advierte que este término no procede de ella, pues como lo señalamos, la Ley Modelo guarda silencio sobre la regulación de los votos discrepantes.

Dicha terminología además era ajena a los términos empleados en sede procesal, generando una desorientación entre los abogados y árbitros respecto de su cabal sentido, puesto que la Ley Orgánica del Poder Judicial antes citada, emplea los términos, “voto singular” y “voto en discordia”, para aludir a situaciones distintas. El voto singular es aquél que comparte el sentido del voto en mayoría (laudo) no obstante que difiere de sus fundamentos, ya sea en todo o en parte; mientras que el voto en discordia o discordante, es aquél que difiere del sentido del voto en mayoría.

Así las cosas, el cabal sentido del término “voto particular” de la derogada ley, no quedaba del todo esclarecido, pues bien podría aludir a un “voto singular” como a un “voto en discordia”. La confusión era mayor si consideramos, que la derogada ley exigía que el laudo incluya los “votos particulares”. La inmediata pregunta que surgía era, ¿cuáles eran los votos particulares que debían incluirse con laudo, los votos singulares o los votos en discordia?

Resulta de la mayor importancia en esta parte citar un fallo emitido por la Segunda Sala Civil de la Corte

Artículo 120º.- Forma y contenido del laudo.- El laudo deberá constar por escrito con el voto particular de los árbitros, si lo hubiera. Tratándose de arbitraje colegiado, bastará que sea firmado por la mayoría requerida para formar decisión. Se entiende que el árbitro que no firma ni emite voto particular, se adhiere a lo decidido por la mayoría o por el presidente, en su caso (...).”

¹¹ Con igual parecer, **CASTILLO FREYRE**, Mario y **SABROSO MINAYA**, Rita, en “Mayorías, minorías y laudo arbitral en la nueva Ley de Arbitraje”, Revista Foro Jurídico Año IX – Nº 9, Lima, marzo de 2009, cuando mencionan que: “Consideramos

Superior de Justicia de Lima, que resolviendo un recurso de anulación de laudo (Expediente 95-01), en el proceso seguido por Compañía Minera Yuracmayo S.A. con la Empresa Minera del Centro del Perú S.A.

En este singular caso, los tres árbitros emitieron tres votos por separado, con fundamentos distintos pero con idéntico sentido resolutivo.

El impugnante alegó como causal de anulación, que el laudo había sido dictado sin las mayorías requeridas, puesto que se trataba de votos iguales en el fondo pero a la vez distintos, que aparentemente impedían la aplicación de la actuación dirimente del presidente del tribunal.

El fallo resolvió declarado infundado el recurso de anulación señalando sobre este particular que:

"(...) no fluye una forma determinada para efectos de la expresión documental del laudo, no se prevé forma alguna en particular. Ha de entenderse no obstante, que deberá ser hecho por escrito, y contener mínimamente ciertos requisitos de forma que permitan asegurar su autenticidad (...) el hecho que la decisión recaída se encuentre en tres documentos y no en uno sólo no implica la transgresión al derecho fundamental de tutela judicial (...) el hecho de que el laudo arbitral no conste en un solo documento suscrito por los tres árbitros al mismo momento, no importa la ausencia de mayorías requeridas máxime si de los votos en mención se advierte los fundamentos particulares de cada uno de los árbitros, los mimos que se encuentran debidamente firmados pronunciándose cada uno de ellos en el mismo sentido".

Con este fallo quedó esclarecido en sede arbitral, que los votos que coinciden en la parte resolutive, constituyen mayoría o unanimidad (como en el caso citado), sin perjuicio de que pudieran discrepar en su parte considerativa o fundamentación. Cabe agregar que con este fallo por primera vez la terminología procesal relativa a los votos quedó precisada para el fuero arbitral.

Para CANTUARIAS, el "voto particular" que debía acompañar al laudo según lo disponía el artículo 49º de la Ley General de Arbitraje derogada, era el "voto singular", pues según la redacción del citado artículo entiende que tales votos forman parte del laudo. Es decir, sólo podría formar parte del laudo aquellos que

integran la mayoría, de modo que sólo podría tratarse de los votos **singulares**.

Ahora bien, la Ley de Arbitraje bajo comentario, emplea el término "opinión discrepante", para aludir a lo que se conoce como el "voto en discordia". Este término sustituye el término "opinión disidente" más empleado en legislaciones modernas. La expresión "opinión" que emplea la Ley de Arbitraje pretende enfatizar su carácter individual e informal para distinguirlo del término "voto" que necesariamente formará parte del laudo.

(...) el cabal sentido del término "voto particular" de la derogada ley, no quedaba del todo esclarecido, pues bien podría aludir a un "voto singular" como a un "voto en discordia". La confusión era mayor si consideramos, que la derogada ley exigía que el laudo incluya los "votos particulares". La inmediata pregunta que surgía era, ¿cuáles eran los votos particulares que debían incluirse con laudo, los votos singulares o los votos en discordia?

Lo importante es que esta "opinión discrepante" no forma parte del laudo, lo que no impide que el mismo sea notificado a las partes conjuntamente con el documento que contiene el laudo.

Como se adelantó, para algunos autores, se suele emplear los términos "opiniones disidentes" y "opiniones concurrentes", en relación al laudo, para aludir en el primer caso a lo que hemos referido como

que la solución que se da a este respecto (presunción de adhesión al voto de la mayoría o del presidente del tribunal arbitral) es adecuada, en la medida que la Ley anterior normaba el tema de manera dual. Es así que el artículo 46º de la derogada Ley General de Arbitraje, luego de señalar que los árbitros estaban prohibido de abstenerse en las votaciones, precisaba que en todo caso lo hicieran, se consideraría que se adhieren a lo decidido por la mayoría o por el presidente, en su caso. Pero el artículo 46º era una norma de aplicación a la generalidad de resoluciones (que debía haber comprendido también al laudo arbitral); sin embargo, el artículo 49º de la derogada ley, al establecer los requisitos del Laudo, señalaba que tratándose de arbitraje colegiado, bastaba con que el laudo fuese firmado por la mayoría requerida para formar decisión, entendiéndose que el árbitro que no firma ni emite voto particular, se adhería al de la mayoría. Tal situación generaba un notorio problema interpretativo, pues si bien para la generalidad de resoluciones, el artículo 46º hacía prevalecer la decisión del presidente a efectos de que se adopte una resolución, el artículo 49º no hacía prevalecer el voto del presidente para que se adopte un laudo. Dentro de tal orden de ideas, o se podía sostener que el artículo 46º complementaba el artículo 49º y, por tanto, que la decisión del presidente prevalecía sobre las demás, o que el artículo 49º, siendo norma especial, ignoraba tal situación de prerrogativa del presidente, con respecto de la adopción del laudo arbitral."

¹² **DISPOSICIONES TRANSITORIAS.** "(...) SEGUNDA.- Actuaciones en trámite.- Salvo pacto en contrario, en los casos en que con anterioridad a la entrada en vigencia de este decreto legislativo, una parte hubiere recibido la solicitud para someter la controversia a arbitraje, las actuaciones arbitrales se regirán por lo dispuesto en la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje".

“votos en discordia”, y en el segundo caso, para referir a los “votos singulares”, respectivamente ¹⁴.

- Laudo y Opiniones Discrepantes

De acuerdo a lo antes señalado, tenemos que el laudo está constituido por lo votado en mayoría y como veremos enseguida, también por el sólo voto del Presidente del Tribunal arbitral, en algunos casos. Nótese que en algunos casos, la experiencia nos enseña que es posible que la demanda incluya una serie de pretensiones, respecto de las cuales podría haber mayoría parcial o total.

Ahora bien, la Ley de Arbitraje gira ciento ochenta grados respecto de la anterior sobre este tema no sólo en cuanto a la terminología empleada, sino también respecto de los votos en discordia o las opiniones discrepantes dictadas por uno o más árbitros.

A diferencia de la Ley General de Arbitraje derogada, la nueva norma no alude a que los “votos particulares” deberán ser incluidos en el laudo, sino y por el contrario, omite referirse a estos “votos particulares” o “votos singulares” u “opiniones concurrentes”, y más bien señala que los árbitros podrán expresar su “opinión disidente” al momento del laudo .

Teniendo en cuenta que los “votos particulares” o “votos singulares” u “opiniones concurrentes” forman la decisión, es evidente que deben ser incluidos en el laudo ¹⁵.

No obstante, es preciso advertir que según la práctica común en nuestro sistema jurídico, lo usual en materia de adopción de decisiones es que como resultado de las deliberaciones el fallo quede expresado en un solo documento, de manera que los votos son empleados únicamente para expresar disconformidad.

Por el contrario, y como bien lo destacan CRAIG, PARK y PAULSSON , en los sistemas del common law lo usual en materia de adopción de decisiones es que cada árbitro emita un voto, de forma tal que el laudo se compone de los extremos coincidentes que hacen mayoría. En este contexto, tiene pleno sentido aludir a la expresión “voto”.

En este orden de ideas, el empleo del término “voto” puede generar alguna desorientación para nosotros, dado lo antes señalado al punto que algunos árbitros podrían considerar que se trata de su posición expresada al interior del Tribunal antes de la emisión del laudo. Sin embargo, estas opiniones previas forman parte de las deliberaciones del Tribunal y no constituyen los “votos” a que pretende hacer referencia la norma.

Volviendo entonces sobre la omisión o referencia a los “votos singulares” u “opiniones concurrentes” en nuestra Ley de Arbitraje, debemos de anotar que tratándose de un voto que forma decisión, necesariamente deberá ser incluido en el laudo, pudiendo estar incluido en el mismo documento que contiene el voto en mayoría o en documento aparte.

De otro lado, la Ley de Arbitraje sí señala –aludiendo expresamente al laudo–, que los árbitros podrán expresar sus opiniones discrepantes (votos en discordia).

Aunque la norma no lo dice, es evidente que se trata de una opinión que se traducirá en un documento individual o cuando menos, en forma independiente del laudo, más allá de que conste en el mismo papel (como ocurre en nuestra práctica judicial, en la que se suelen incluir los votos en discordia en el mismo documento, pero dejando claramente establecida su independencia del voto en mayoría), puesto que la norma alude a que los árbitros “podrán expresar su opinión discrepante”. No cabe duda que estas opiniones deben constar por escrito, aunque en estricto no formen parte del laudo, al que como sabemos se le exige la forma escrita además de ser firmado por los árbitros.

Esta opción del legislador constituye una verdadera novedad. De hecho, en el derecho comparado no existe unanimidad sobre si las “opiniones discrepantes” deban acompañar al laudo. La propia Ley Modelo UNCITRAL ni su Reglamento o los reglamentos como el de la ICC, no hacen referencia a su inclusión no obstante que algunas legislaciones sí lo permiten. Ello ha generado críticas contra el reglamento de la Ley Modelo dado que bajo sus reglas, es posible enfrentar una situación en que no haya laudo por falta de mayoría y sobre todo, a falta de una regla que resuelva la situación.

Se ha sostenido, que su inclusión junto al laudo, podría vulnerar la eficacia de la decisión dictada, pues todo voto en discordia u “opinión discrepante” –en los términos de nuestra Ley de Arbitraje–, estará orientada a rebatir o a criticar la posición en mayoría pues su discrepancia y distancia del laudo obliga a este tipo de postura crítica. Con ello, se dice que tal tipo de voto podría alimentar o sugerir los argumentos para una eventual impugnación del laudo.

Por el contrario, quienes defienden su validez como votos que pueden acompañar al laudo, señalan que de esta forma el voto en mayoría queda obligado a contar con una mayor solidez en sus argumentos, de paso

¹³ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando en: “Mayorías, Forma del Laudo, Firma de los Árbitros y Opiniones Disidentes” Boletín “Arbitraje On Line”. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Año IV, Nº7, Julio de 2006.

¹⁴ GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco en “Arbitraje”. Editorial Porrúa, México, 2004. Pág.260-262, señala que esta terminología resulta usual en doctrina.

¹⁵ El Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid vigente desde el 2009, por ejemplo, señala en su artículo 39º numeral 3, que “El laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quiénes podrán expresar su parecer discrepante. (...)”. Este término “expresión discrepante” recoge la tendencia actual de incluir los votos discordantes, sólo que empleando una terminología que excluye la palabra “voto” para destacar que no forma parte del laudo. La Ley de Arbitraje peruana sigue este camino.

que la honestidad y la libertad de conciencia queda asegurada. Otros agregan que no resulta legítimo que un árbitro acepte (por acción u omisión) una decisión que no comparte, sin poder expresar sus razones.

Por nuestra parte, consideramos que la norma ha adoptado un sano criterio al admitir las opiniones discrepantes. De un lado, se respeta el derecho a disentir y de otro, se genera la obligación de la mayoría de revisar sus fundamentos teniendo en cuenta que las partes contarán con un voto adicional que saldrá a rebatir el dictado en mayoría y a fijar una posición diferente. Si bien estos argumentos, pueden servir de base para una eventual impugnación; ello obligará a que quiénes votan en mayoría, a revisar y a reflexionar con mayor celo sobre las probables objeciones de validez en relación a su voto, dado que a través de la anulación no cabe la revisión del fondo, sino sólo de los supuestos de anulación que taxativamente están en la Ley orientados a proteger la validez del arbitraje y no los aspectos de fondo de la controversia.

- Mayorías para Resolver

Siguiendo el mismo esquema de la Ley General de Arbitraje derogada, la nueva Ley, establece que las decisiones se adoptan por mayoría.

Cabe precisar que el funcionamiento de un tribunal en mayoría supone necesariamente la integridad del tribunal. Si un árbitro formula renuncia, o por alguna razón se presenta un supuesto para su remoción y esta situación le impide votar, el tribunal no podrá funcionar "por mayoría" con el voto de los dos árbitros restantes, en caso de un tribunal de tres miembros. Y es que dos árbitros no son mayoría de dos sino de tres. Por ello es importante destacar que la votación en mayoría exige la integridad del tribunal, ya sea para que la votación de la mayoría excluya la expresa "opinión discrepante", o para que la falta del tercer voto de un árbitro hábil se entienda adherida al de la mayoría.

Este tema adquiere relevancia, cuando observamos que la regla del voto decisivo del presidente en la Ley de Arbitraje, exige la existencia de la mayoría de los árbitros que conforman el colegiado.

- Obligatoriedad de Voto

Siguiendo el mismo mecanismo que la Ley General de Arbitraje derogada, la nueva ley, exige que los todos árbitros voten. No obstante, y en caso ello no ocurra, la norma aplica la presunción legal que entiende que dicho voto se adhiere al de la mayoría, o al del presidente, en su caso.

Cabe señalar que muchas veces, por las razones que hemos comentado, los árbitros de parte se resisten a emitir un voto, ya sea en señal de discrepancia o simplemente, con el afán de obstaculizar la validez del

laudo o de otra decisión adoptada por el tribunal.

Para estos casos, la norma prevé una solución orientada a proteger la validez del laudo, y de esta forma, a fortalecer al arbitraje dotándolo de mecanismos que garanticen su eficacia.

Sin perjuicio de ello, resultará de aplicación para estos casos la responsabilidad prevista en el artículo 32º de la Ley de Arbitraje que señala que los árbitros quedan obligados y son responsables por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable. Nótese que habrá que evaluar la existencia de un daño cierto, pues el incumplimiento de votar no necesariamente generará un perjuicio dada la existencia de un mecanismo para superar la falta de votos, que en el fondo parece generar una suerte de "derecho de no voto". Se discute si dada la naturaleza contractual de la relación que vincula a los árbitros con las partes, es posible incurrir en responsabilidad civil derivada de la inejecución de obligaciones cuando se incumple esta obligación impuesta por la Ley.

- Voto del Presidente

La Ley de Arbitraje ha introducido la figura del voto del presidente dotándola de un peso decisivo en los casos en que no haya mayoría. De esta forma, se ha eliminado la figura del "voto dirimente" que la derogada Ley General de Arbitraje le otorgaba al presidente del tribunal, así como la figura del "árbitro dirimente" que podría sumarse al momento de la decisión cuando ella no era posible según las reglas previstas. Ello es acertado, pues la figura del árbitro dirimente, generaba confusiones pues su inclusión supone la falta del voto del presidente en casos de ausencia de mayorías, no obstante que nuestra norma anterior la combinaba con el voto decisivo del Presidente.

Si bien, la noción del voto decisivo del presidente estuvo presente en la Ley General de Arbitraje derogada, la redacción del artículo 46º antes citado, era confusa respecto de su sentido y aplicación. Y es que de un lado, el artículo 46º de la norma derogada señalaba que en los casos de empate, el voto del Presidente decidía. Con ello era evidente que el voto del presidente podía decidir en los casos de empate, esto es, en caso existan votos con sentido opuesto, pudiendo adherirse a uno u otro y de esta forma lograr mayoría.

No obstante, y al parecer este supuesto no resolvía el caso en que el propio presidente tuviese un voto distinto al de los dos árbitros de parte, pues no estaríamos frente a un supuesto de empate.

Para este caso, el mismo artículo 46º señalaba a renglón seguido que si no hubiese acuerdo mayoritario,

entonces decidía el voto del presidente. Sin embargo, cuando parecía que con esta regla se cubrirían todas las posibilidades de contar con una decisión ya sea ante un supuesto de empate o de falta de mayoría, la norma introducía adicionalmente, la figura del árbitro dirimente.

Con ello, resultaba difícil saber a ciencia cierta, cuáles eran esos supuestos en que no era posible aplicar las reglas anteriores en que el voto del presidente podía decidir el fallo, pues al parecer, había la posibilidad que sea necesaria la intervención de un árbitro adicional que para terminar de complicar el análisis, gozaba de un voto equivalente al del presidente.

La norma vigente, sigue la tendencia moderna y elimina el escenario del empate y se limita a resolver el caso de "falta de mayoría" -que incluye el supuesto de empate- y señala que en estos casos, resuelve el voto del presidente sugiriendo que su solo voto puede hacer laudo. Ello queda confirmado, cuando el artículo 55º refiere que el laudo deberá incluir las firmas de la mayoría de los árbitros o la del presidente, en su caso. De esta manera, la norma revela que el sólo voto del presidente es capaz de constituir laudo.

Así las cosas, la regla resulta clara y efectiva. Haya empate o ausencia de mayoría, para que el voto del presidente, de ser necesario, constituya el laudo. Se elimina entonces la figura del "árbitro dirimente" y se blinda al laudo de un sistema que garantiza su validez aún en escenarios en los que se produce un supuesto de falta de mayoría cuando el propio presidente tiene un voto distinto a los votos opuestos de los árbitros de parte.

Esta regla ha sido por ejemplo adoptada por la ley suiza de 1987, la ley de Inglaterra de 1996 y el propio reglamento de la London Court of International Arbitration y de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI.

Esa regla obliga a una reflexión sobre el sistema de designación que comentamos en un inicio. El presidente, al ser capaz de decidir por sí solo, cuenta con un peso gravitante en el proceso que a nuestro parecer, revela que su posición de mayor neutralidad al interior del colegiado, es la que justifica la asignación de tal facultad.

Sin embargo, la expresión "mayoría" en la redacción del artículo 52º admite algunas sutilezas.

Queda claro que cuando el artículo 52º señala que a falta de mayoría, la decisión es tomada por el presidente, está refiriéndose a la mayoría para formar decisión. Esto es, en un tribunal de tres miembros, la falta de al menos dos votos.

No obstante, puede ocurrir que el supuesto "en que no hubiese mayoría" al que alude la norma, esté representando situaciones distintas:

- a) Que, habiendo votado todos los árbitros –incluido el voto del presidente–, no haya mayoría por tratarse de votos en sentidos contrarios;
- b) Que, dos árbitros han votado en sentidos contrarios y entonces al no haber mayoría, decide el voto del presidente, en forma individual o adhiriéndose a alguno de los votos (En cuyo caso, sí habría mayoría).
- c) Que, sólo ha votado alguno de los árbitros de parte, y ante la falta del voto del otro árbitro, el voto del presidente decide.
- d) Que, ninguno de los árbitros ha votado, en cuyo caso, el voto del presidente decide.

En el primer caso, estamos frente al supuesto natural en que se aplica el voto del presidente como capaz de constituir laudo por sí solo. Y es que pese a los votos dictados no habría mayoría, razón por la cual, la regla que establece que el sólo voto del presidente hace decisión, resulta de la mayor utilidad.

En el segundo, caso no es necesario que el presidente invoque esta prerrogativa si se adhiere a alguno de los votos pues es evidente que el laudo estaría dictado en mayoría, pero si el presidente no se adhiere a los votos dictados, entonces deberá constituir laudo con su sólo voto como en el primer caso.

En el tercer caso, si el sólo voto dictado no es compartido por el presidente, entonces no se podrá aplicar la presunción de tener al voto no dictado como adherido al de la mayoría pues esta no existe, en cuyo caso, el sólo del presidente constituye laudo.

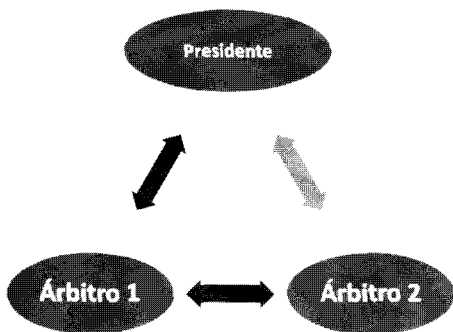
En el último caso, podría sostenerse que la ausencia de votos de los árbitros de parte impide la aplicación de esta regla, dado que la falta de mayoría siempre supone que al menos uno vote, para poder adherirse al voto del presidente, pues la ficción de adhesión está orientada a resolver siempre que haya votos.

No obstante, creemos que la falta de mayoría que habilita al presidente para decidir por sí solo, puede tratarse de cualquiera los casos citados, desde que esta fórmula está destinada a asegurar la eficacia del laudo y por consiguiente, del arbitraje mismo, siempre que exista el voto del Presidente. De esta forma, siempre que se presente un supuesto de falta de mayoría, el voto del presidente decide.

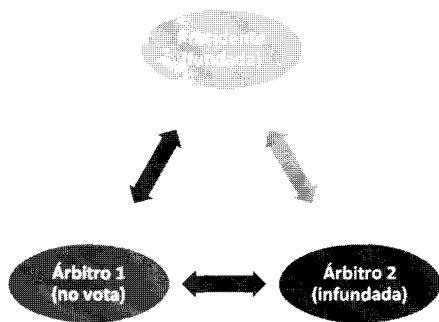
- Situaciones Especiales

Se dice con frecuencia que la realidad supera largamente a los supuestos previstos en la Ley.

¿Resuelven todos los casos las reglas que trae nuestra Ley de Arbitraje en materia de adopción de decisiones?

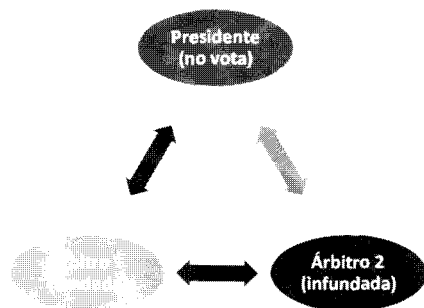


a) El voto del Presidente.



En este caso, el árbitro 1 no vota, el árbitro 2 vota declarando infundada la demanda y el presidente vota declarando fundada la demanda. En este caso, la regla sobre el voto del presidente y la presunción de adhesión permiten concluir que el voto del presidente hace laudo, ya sea porque el voto del árbitro 1 se entiende adherido al del presidente o por la prerrogativa del voto del presidente, a falta de mayoría.

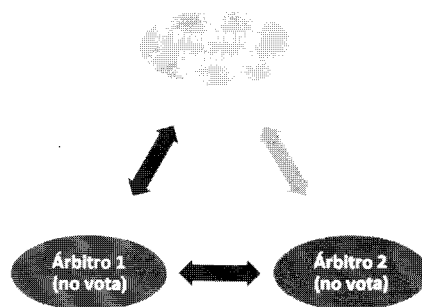
b) No hay Laudo.



Este caso por demás singular, ocurre si el presidente es que lo no vota, y los árbitros de parte emiten votos en sentidos distintos. Es evidente que no habrá mayoría ni mucho menos, la posibilidad del voto del presidente, razón por la cual en este caso no habrá laudo.

c) Voto del Presidente 2

En este caso, está presente el voto del presidente que declara fundada la demanda, no obstante que los árbitros 1 y 2 no votan. Como comentamos, se torna discutible si en este caso es posible aplicar la regla del voto del Presidente pues tal y como lo sugiere el artículo 52° de la Ley, el laudo conformado por el voto del presidente se presenta sólo ante la falta de mayoría, que para algunos supone al menos el voto de uno de los árbitros, caso contrario, la redacción del artículo pasaría por aludir por mayoría no sólo la falta de un acuerdo mayoritario sino también la falta de votos.



Si bien no son los únicos casos, es posible advertir que existen diversas situaciones que con el tiempo revelarán el verdadero alcance de la ley, cuando sean revisadas por el Poder Judicial si, como en este caso, se alega la inexistencia del laudo.

Cabe agregar por último, que no debemos confundir los supuestos constituidos por la falta de voto de un árbitro (que es un supuesto previsto por la norma), con los supuestos de ausencia de algún o de algunos de los árbitros debido a su renuncia, remoción o sustitución. En estos casos, las reglas de las mayorías no se aplican, pues como lo dijimos, éstas sólo están diseñadas para ser aplicadas sobre la integridad de los miembros del tribunal arbitral en pleno funcionamiento.

Si de pronto, se produce la renuncia o salida de 2 árbitros, consideramos que el sólo voto del presidente serían incapaz de formar decisión. En este caso, sería necesario proceder con la recomposición del tribunal

18 CAIVANO, Roque J., "Arbitraje". Editorial Ad.Hoc, Buenos Aires, 2000. Pág.205. Explica el autor que la figura del árbitro dirimente permite superar la situación que se produce cuando al interior de un tribunal de tres miembros existen tres votos distintos. Si hubiese el voto decisorio del Presidente del Tribunal, no sería necesaria la inclusión del dirimente. Lo extraño es que nuestra ley anterior, incluyó tanto al árbitro dirimente como el voto decisorio del Presidente.

19 REDFERN, Alan; HUNTER, Martín; BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, en "Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional". Editorial THOMPSON, España, 2006. Pag.517-518.

para que continúe el desarrollo del proceso y las decisiones dictadas sean válidas.

- Causal de Anulación

Finalmente, la Ley de Arbitraje modificó las causales de anulación eliminando aquella que expresamente sancionaba la ausencia de las mayorías requeridas para adoptar el fallo .

Esta causal estuvo orientada a proteger la validez del laudo cuando este hubiese sido dictado violando las mayorías requeridas por ley o las pactadas por las partes. Si bien no es frecuente encontrar en la práctica un acuerdo sobre adopción de decisiones distinta de las reglas de previstas en la ley, consideramos que dicha causal servía como un resguardo para las partes ante esta clase de infracciones.


Algunos en cambio, han replicado que esta causal estaría incluida dentro de la causal prevista en el literal c) del numeral 1 del artículo 63° de la Ley de Arbitraje que establece que es causal de anulación: "c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de las que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo".

Sin embargo, si se observa bien, los votos, considerados

como parte de las actuaciones arbitrales, son dictados sin violar norma o disposición reglamentaria alguna. Es decir, ellos en sí mismos no son los actos o actuaciones que configuran aquellas infracciones que pretende cubrir el citado literal c). La violación estaría configurada cuando, por ejemplo, el sólo voto del Presidente es considerado como laudo, cuando como hemos visto, ello podría no ser así.

En puridad ese voto, no colisiona con ninguna norma. No obstante que podría ser considerado por alguna de las partes como laudo. En este caso, podríamos asistir a un supuesto en el que no se habría producido una decisión con las mayorías exigidas por ley.

Si bien, es verdad que esta causal no ha sido recurrida en la práctica, no es menos cierto que ello no debió justificar su eliminación expresa. Ocurre mucho en la práctica, que ante la renuncia o remoción de un árbitro los dos restantes suelen continuar con el trámite del proceso y en ese contexto dictan decisiones importantes (medidas cautelares, resuelven excepciones, etc.) sin advertir que dos árbitros no hacen mayoría sino está el tribunal completo, esto es, si los tres árbitros no se encuentran hábiles como tales. Peor aún, si en estos casos, el presidente pretende imponer su voto para formar decisión.

En todo caso, sólo el Poder Judicial –como ocurre siempre debido al control judicial-, interpretará y decidirá sobre el alcance de esta causal aludida en el citado literal c), en el sentido de interpretar si incluye el supuesto antes previsto en el numeral 4 del artículo 73° de la Ley derogada .

Ley N°26572.

Artículo 73°.- Causales de Anulación de los laudos arbitrales

(...) 4. Que se haya laudado sin las mayorías requeridas. (...)."