

El secreto de las discrepancias

(Anuario del Instituto Peruano de Arbitraje, 2020)

Manuel Conthe¹

SUMARIO: *1. Diversidad de opiniones y secreto de las deliberaciones 2. Las discrepancias en los Bancos Centrales y Tribunales de Justicia. 3. Las discrepancias en los Consejos de administración. 4. El efecto disciplinante del potencial voto discrepante. 5. La patología de los votos discrepantes. 5.1. El discrepante sectario 5.2. El presidente indolente 5.3. Las asechanzas de la paradoja doctrinal. 6. El artículo 48.6 del Reglamento modelo del CEA. 7. Conclusiones*

1. Diversidad de opiniones y secreto de las deliberaciones

Cuando un comité u órgano colegiado -trátase, por ejemplo, del consejo de gobierno de un banco central o autoridad administrativa independiente, de un tribunal de justicia, del consejo de administración (directorío) de una sociedad cotizada, de un panel o tribunal arbitral, o de un comité de anulación del CIADI – tiene que deliberar y decidir sobre los asuntos objeto de su competencia, suelen resultar aplicables dos grandes reglas:

- Por un lado, la existencia de diferencias de opinión en el seno del órgano colegiado será saludable e incluso constituirá el resultado natural de una buscada diversidad de los orígenes, experiencias y conocimientos de sus miembros. Esas diferencias iniciales de opinión o enfoque no deberán intentar acallarse prematuramente, pues podrán contribuir a que la decisión colegiada sea de mayor calidad y analice con más ponderación y detalle cuestiones complejas, especialmente si quien dirige las deliberaciones y formula la decisión colegiada sabe integrar con acierto los puntos de vista de sus miembros. Así pues, la diversidad inicial de opiniones y enfoques, si se gestiona adecuadamente, puede enriquecer la calidad de la decisión colegiada.
- Por otro lado, las deliberaciones de casi todos los órganos colegiados, con la excepción de los Parlamentos y de algunos otros foros populares o de naturaleza política- suelen ser secretas, para facilitar la libre expresión de ideas por todos los participantes, que se verían obligados a ser mucho más cautos (o en ocasiones, por el contrario, más sectarios y belicosos) si supieran que el tenor de sus intervenciones va a ser difundido públicamente. Así pues, el secreto de las deliberaciones contribuirá también a mejorar la calidad de la decisión colegiada, al facilitar una expresión libre, sincera y no envarada de los puntos de vista de los miembros del órgano.

Así pues, diversidad de opiniones y secreto de las deliberaciones son dos factores que normalmente contribuirán a mejorar las decisiones de un órgano

¹ Manuel Conthe es árbitro independiente. Entre 2004 y 2007 fue presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en España. Pueden consultar sus demás datos biográficos y principales artículos en www.manuelconthe.com

colegiado. Ahora bien, si tras una larga deliberación sobre un asunto polémico las diferencias de opinión resultan insalvables y el órgano se ve forzado a tomar una decisión por mayoría ¿qué comportamiento deben seguir quienes quedaron en minoría? ¿deben guardar absoluto silencio, sin que pueda trascender externamente su discrepancia? Las normas de procedimiento aplicable al órgano colegiado ¿deberán prohibir que quienes discrepen de la opinión mayoritaria puedan formular “opiniones disidentes” o, al menos, que se hagan públicas o sean conocidos por terceros? ¿o deben esas normas, por el contrario, exigir la constancia del sentido del voto de cada miembro o permitir, al menos, que se sepa si la decisión se adoptó por unanimidad o por simple mayoría? En suma, ¿deben las discrepancias mantenerse en secreto?

En las páginas que siguen mi modesta pretensión será:

- Analizar cómo se aborda esa cuestión en algunos ámbitos distintos al arbitraje, como el de los bancos centrales, los tribunales de justicia o las sociedades cotizadas.
- Destacar el efecto disciplinante y saludable que puede tener sobre la decisión de un órgano colegiado la posibilidad de que uno de sus miembros pueda dar a conocer a terceros el motivo de su discrepancia.
- Hacer una breve taxonomía de la patología de los votos discrepantes.
- Destacar la reciente y elogiada recomendación sobre votos discrepantes que contiene el artículo 48.6 del Reglamento de arbitraje modelo aprobado por el Club Español de Arbitraje.

Como cuestión previa, me parece necesario distinguir dos fenómenos distintos:

- Que, debido a las diferencias de criterio entre los miembros de un órgano colegiado, algunas decisiones no se tomen por unanimidad, sino por mayoría, y así se haga constar en la decisión.
- Que el miembro que discrepa de la decisión mayoritaria se sienta obligado a explicar en una u “opinión discrepante”, a veces larga, el fundamento de su voto discrepante.

En mi opinión, así como la ausencia de unanimidad en las decisiones de un órgano colegiado debe considerarse un fenómeno natural, reflejo de la diversidad de criterios de sus miembros, la necesidad de que quien discrepe de la opinión mayoritaria sienta la necesidad de justificar su disidencia en una “opinión discrepante” será manifestación, casi siempre, de un fracaso, atribuible en muchos casos al árbitro discrepante, pero en otros al presidente del órgano colegiado.²

² En este artículo partiré del supuesto habitual de que quienes discrepan son siempre los coárbitros, no el presidente del tribunal arbitral. En algunos casos excepcionales, sin embargo, el discrepante puede ser el presidente. Lo sé por experiencia propia, pues viví hace años un caso en el que, en una disputa relativa a un derivado financiero vinculado a un préstamo bancario, presidí un tribunal en el que uno de los coárbitros había sido designado por la entidad

2. Las discrepancias en los Bancos Centrales y Tribunales de Justicia

¿Debe un órgano colegiado tener una “voz única” o, por el contrario, tiene cada uno de sus miembros derecho a que se conozca su propia opinión, como si la decisión colegiada debiera ser la mera agregación de las opiniones de sus miembros?

La cuestión se ha planteado históricamente en dos instituciones muy distintas - los bancos centrales y los tribunales de justicia- y las fórmulas seguidas en unos y otros han mostrado curiosos paralelismos.

En el caso de los bancos centrales, un célebre análisis efectuado por un grupo de economistas dirigido por Alan Blinder sobre la política de comunicación de sus decisiones de política monetaria distinguió tres grandes enfoques, todavía válidos:³

- El del Banco de Inglaterra, que publicaba unas detalladas actas de las sesiones de su Comité de Política Monetaria y del voto de sus miembros, que con frecuencia formulaban opiniones individuales que matizaban o discrepaban de las decisiones adoptadas.
- El de la Reserva Federal de los Estados Unidos, que publicaba también actas de las reuniones de su comité de política monetaria (*Federal Open Market Committee*), pero en el que las intervenciones discrepantes eran escasas y las decisiones se presumían adoptadas por unanimidad, salvo que se dijera lo contrario; y
- El del Banco Central Europeo (BCE), que no publicaba actas de sus reuniones ni informaba de las opiniones individuales de sus miembros, pero cuyo presidente celebraba una rueda de prensa, con preguntas, pocos minutos después de que el BCE concluyera su reunión mensual.

bancaria demandante y el otro, ante el rechazo inicial de la empresa demandada a participar en el arbitraje y respetar el convenio arbitral, por la institución arbitral, ante la pasividad de la empresa demandada. La deliberación del tribunal reveló que era yo quien discrepaba del criterio común de mis dos coárbitros, pero me comprometí a redactar un laudo que reflejara fielmente su punto de vista, cosa que hice a plena satisfacción de ambos. Les anuncié que lo acompañaría de mi propia opinión discrepante y, tras prepararla, se la envié con preocupación, porque, aunque formulada técnica y respetuosamente, dejaba meridianamente claro que mis coárbitros estaban profundamente equivocados. Cuál no sería mi sorpresa cuando, tras leerla, ¡ambos me felicitaron por la opinión que les había mandado! “¿O sea que os he convencido y podemos aprobar el laudo por unanimidad?”, les pregunté con sorna, sospechando, como efectivamente ocurrió, que su respuesta sería negativa. Esa negativa a apoyar una opinión que, en su fuero interno, consideraban fundada me confirmó un fenómeno que corroboré en otras ocasiones: cuando hay una entidad que incorpora convenios arbitrales en contratos estandarizados y resulta usuario asiduo de una institución arbitral, se producirá un proceso darwiniano en la selección de árbitros que hará que acaben predominando los que, aun siendo independientes, tengan las características buscadas por el usuario frecuente.

³ BLINDER, Alan S.; EHRMAN, Michael; FRATZSCHER, Marcel; DE HAAN, Jakob; y JANSEN, David-Jan, “*Central Bank Communication and Monetary Policy: A Survey of Theory and Evidence*”, *Journal of Economic Literature*, Vol. 46, No.4, December 2008.

Pues bien, el análisis que llevó a cabo la constitucionalista española María Angeles Ahumada de los enfoques seguidos por diversos Tribunales de Justicia en materia de comunicación de sus decisiones distinguía también tres grandes arquetipos, con curiosas afinidades geográficas y culturales con los de los bancos centrales:⁴

- El enfoque de las decisiones “*seriatim*”, en el que el fallo colegiado es el resultado mecánico de agregar las posiciones defendidas, de forma independiente, por cada uno de los miembros del Tribunal. Utilizado históricamente por la Cámara de los Lores, guarda estrecho paralelismo con el método seguido por el Banco de Inglaterra.
- El enfoque de “la opinión del Tribunal”, en la que el relator o ponente formula la opinión mayoritaria de los miembros del Tribunal, pero se permite la publicación de opiniones individuales, tanto concurrentes como discrepantes. Adoptado en fecha temprana por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, se corresponde aproximadamente con la política de comunicación de la Reserva Federal, si bien el peso decisivo que en ésta han venido teniendo tres de sus últimos cinco presidentes –Paul Volcker, Alan Greenspan, Ben Bernanke- ha hecho que las opiniones discrepantes sean mucho más excepcionales que en el Tribunal Supremo.
- El enfoque de las decisiones “*per curiam*”, seguido por aquellos Tribunales que publican tan sólo la decisión adoptada y su fundamento, sin especificar el sentido del voto de sus miembros ni admitir votos particulares. Su arquetipo es la *Cour de Cassation* francesa y, por influjo suyo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Como se ve, este enfoque “monolítico” se corresponde, *grosso modo*, con el del BCE –integrado también, como el Tribunal de Justicia, por miembros designados por cada Estado miembro-.

Los partidarios de que pueda conocerse la opinión individual de los miembros de un órgano colegiado suelen invocar las virtudes intrínsecas del principio de “transparencia”, esencial para que la opinión pública pueda “pedir cuentas” a quienes, en razón de su independencia, son inamovibles: la “luz y taquígrafos” impedirá que, emboscados en el secreto de las deliberaciones, sucumban a influencias ajenas y apoyen una decisión que no se atreverían a defender en público. Además, la expresión de la opinión individual se concibe, casi, como un derecho constitucional.

Los partidarios de desvelar sólo el tenor y motivación de la decisión colegiada final suelen invocar dos grandes argumentos en contra de la absoluta transparencia de los puntos de vista individuales de los miembros del órgano:

- El secreto de las deliberaciones y del voto es esencial para que los miembros del órgano colegiado puedan manifestarse con sinceridad y sustraerse a las presiones de grupos de interés. Así, el BCE ha argumentado tradicionalmente que la publicidad de las opiniones o votos de

⁴ AHUMADA, María Angeles, “La regla de la mayoría y la formulación de la doctrina constitucional”, Revista Española de Derecho Constitucional, enero-abril de 2.000.

cada gobernador les sometería a presiones en sus países de origen y les forzaría a defender puntos de vista nacionales;

- La constancia pública de los votos y opiniones discrepantes minará la autoridad de la decisión colectiva, haciéndola más vulnerable frente a quienes quieran criticarla o impugnarla.

A mi juicio, algunos de los partidarios de la plena transparencia de las decisiones colegiadas, al abrazar la premisa ingenua de que “más transparencia siempre es buena”, sucumben, sin saberlo, a esa falacia denominada del “*second best*” o “segundo óptimo” –esto es, la creencia de que un mundo con sólo $(n-1)$ imperfecciones es siempre mejor que un mundo con n -. En efecto, en el mundo imperfecto en el que vivimos, un acercamiento parcial hacia el ideal puede resultar contraproducente, porque hay imperfecciones que se neutralizan entre sí. Todo dependerá de las circunstancias concretas del caso.

Lo sé por experiencia propia: yo estaba destinado en Bruselas cuando, por un prurito de Dinamarca de aumentar la “transparencia” del funcionamiento del Consejo de Ministros de la Unión Europea, se empezó a televisar la parte inicial de algunas reuniones de los Consejos de Ministros. El resultado fue el que cabe imaginar: las reuniones del Consejo, cuando tocaba sesión pública, empezaron a constar de un tramo inicial soporífero, en el que los ministros hacían declaraciones concebidas para sus países de origen, y los funcionarios aprovechábamos para, con disimulo, acabar otras tareas pendientes.

Por eso, siempre me ha parecido sensata la política de comunicación del BCE y dogmáticas las críticas –sobre todo anglosajonas- a su falta de transparencia. El secreto del voto y de la opinión de cada gobernador nacional ha contribuido a reforzar la imagen del BCE como genuina institución europea. A pesar de ello, su teórico enfoque de decisiones *per curiam* se ha visto ocasionalmente cuarteado, especialmente por los sucesivos presidentes del *Bundesbank* alemán, que en varias ocasiones han dejado entrever públicamente que disientan de algunas decisiones clave del BCE (como algunas relativas a las compras de deuda pública de Estados miembros del euro).

Esa ocasional manifestación pública de discrepancia no me parece grave, pues corresponde al habitual criterio aplicado en otros órganos colegiados de que se publique la decisión colegiada, pero se admita, con carácter excepcional, la formulación y difusión de votos discrepantes.

3. Las discrepancias en los Consejos de administración

La cuestión de las discrepancias y su grado de publicidad también se manifiesta en el ámbito de las sociedades cotizadas y, en particular, en las decisiones de un consejo de administración. Y aquí las normas, que hacen especial hincapié en la “diversidad” del órgano colegiado, para evitar el “pensamiento de grupo” (*groupthink*), buscan conciliar el secreto de las deliberaciones con la protección del consejero discrepante.

Los consejeros vienen obligados, como parte de su deber de lealtad hacia la sociedad, a “guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo”, como dice en España el artículo 228 b) de la Ley de Sociedades de Capital, y dentro de esa obligación se engloba, como suelen especificar los reglamentos de los Consejos de administración de las compañías, el secreto de las deliberaciones del Consejo de administración.

En las sociedades cotizadas españolas, el artículo 529 sexies de la Ley de Sociedades de Capital encomienda al presidente del Consejo de administración, como “máximo responsable del eficaz funcionamiento del consejo de administración”, la obligación, entre otras, de “estimular el debate y la participación activa de los consejeros durante las sesiones, salvaguardando su libre toma de posición”. Ese bienintencionado principio no siempre es seguido con pulcritud -como luego veremos-, pero el consejero que discrepa de una decisión siempre puede salvar su voto y dejar constancia de ello en el acta de la reunión, que tiene naturaleza confidencial.

Pues bien, aparte de dejar constancia de su discrepancia en el acta de la reunión ¿qué puede, o incluso debe, hacer el consejero que discrepa de una decisión importante adoptada por mayoría?

La cuestión la abordó en 2006 el Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas españoles, siguiendo muy de cerca la Recomendación de la Comisión Europea de 15 de febrero de 2005, y sigue inalterada, ahora como Recomendación nº 23 del vigente Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas, que establece:

“Que todos los consejeros expresen claramente su oposición cuando consideren que alguna propuesta de decisión sometida al consejo de administración puede ser contraria al interés social. Y que cuando el consejo de administración adopte decisiones significativas o reiteradas sobre las que el consejero hubiera formulado serias reservas, este saque las conclusiones que procedan y, si optara por dimitir, explique las razones en la carta a que se refiere la recomendación siguiente”.

Esa Recomendación viene completada por la siguiente, la 24, que establece:

“Que cuando, ya sea por dimisión o por otro motivo, un consejero cese en su cargo antes del término de su mandato, explique las razones en una carta que remitirá a todos los miembros del consejo de administración. Y que, sin perjuicio de que dicho cese se comunique como hecho relevante, del motivo del cese se dé cuenta en el informe anual de gobierno corporativo”.

Así pues, en España el consejero de una sociedad cotizada que discrepa gravemente de una decisión importante adoptada en contra de su criterio por el Consejo tiene siempre abierta la puerta de la dimisión y, si opta por presentarla, debe dirigir una carta explicativa a sus colegas en la que explique el motivo de su excepcional decisión. La sociedad cotizada, a su vez, queda obligada a

hacer pública la dimisión y explicar sus motivos. En este caso, pues, el “voto discrepante” no queda relegado a un acta confidencial, sino que, al menos en teoría, su significado general debe ser público.

La experiencia enseña, sin embargo, que esas “dimisiones por discrepancia grave” -una de las formas más extremas del “voto discrepante”- no son frecuentes y, cuando se producen, tanto los propios consejeros como las sociedades cotizadas son renuentes a difundir el verdadero motivo de la dimisión, y han tenido tradicionalmente a enmascararlo bajo la socorrida fórmula de que la dimisión obedecía a “motivos personales”. Se manifiesta, pues, aquí, en la práctica, el apego de las sociedades y de los consejeros dimisionarios a las decisiones *per curiam*, en las que solo se revela la decisión colegiada pero no las discrepancias, a pesar de que en esta ocasión es la propia recomendación de buen gobierno corporativo la que invita a que el “voto discrepante” sea sincero y se haga público, ya que podrá alertar a los inversores sobre la potencial irregularidad o carácter cuestionable de la decisión colegiada.

Para combatir ese excesivo apego de las sociedades al secreto de las discrepancias, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) española, tras constatar una divergencia significativa entre el motivo real de una dimisión y el difundido públicamente, ha tomado en ocasiones cartas en el asunto y obligado a la compañía a hacer público el motivo real de una dimisión. Así, en un caso reciente, por exigencia de la CNMV, la sociedad difundió en su Informe Anual de Gobierno Corporativo de 2019 este delicioso extracto del intercambio de mensajes electrónicos entre un consejero dimisionario y el secretario del consejo de administración:

- Consejero dimisionario, en su carta de dimisión: “Creo que lo pertinente por mi parte es presentar la dimisión, [porque se trata de] una operación [de adquisición de otra empresa] sobre la que siempre he tenido dudas. Nuestro consejo no es especialmente proclive a valorar la discrepancia o estimular distintos puntos de vista, llegando incluso a hacerse sentir incómodo al que defiende una posición diferente”.
- Mensaje del secretario del Consejo al consejero dimisionario: “Te confirmo que tomo nota de la indicada dimisión. Lo comunicaremos a la CNMV mediante un Hecho Relevante alegando razones personales”.
- Consejero dimisionario: “Muchas gracias....perfecto”.

4. El efecto disciplinante del potencial voto discrepante

La práctica del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en materia de opiniones discrepantes reviste especial importancia, porque la institución se constituyó a finales del siglo XVIII siguiendo la tradición inglesa de las decisiones *seriatim* -que, como ya se vio, permitía a los jueces disentir abiertamente entre sí sin necesidad siquiera de formular opiniones discrepantes- pero pocos años después, por iniciativa de uno de sus más célebres *chief justices*, el juez John Marshall, abandonó esa práctica y empezó

a hablar con una sola voz. Así, como señala Melvin Urofsky, en el período durante el que Marshall presidió el Tribunal (1801-1835), de las 1.187 sentencias solo 87 fueron acompañadas del algún voto disidente o concurrente, esto es, un 7%, el porcentaje más bajo en la historia del Tribunal.⁵

La experiencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos es también interesante porque, a pesar de la tendencia que se inició durante el mandato del juez Marshall, varios de sus magistrados han destacado cómo la posibilidad del voto discrepante, cuando se utiliza con juicio, puede contribuir a mejorar la calidad de la decisión colegiada.

Así, la magistrada Ruth Bader Ginsburg ha dicho:

“Mi experiencia me enseña que no hay nada mejor que una discrepancia que impresione para que el autor de la opinión de la mayoría refine y clarifique la propuesta que circuló inicialmente. Una ilustración: en el caso del *Virginia Military Institute*, que el Tribunal decidió en 1996, la decisión fue que el que dicha institución prohibiera la admisión de mujeres violaba el principio de igual protección de la Enmienda Catorce. Yo fui la encargada de redactar la opinión del Tribunal. Y la versión final, que se hizo pública, fue mucho mejor que el primero, el segundo y hasta el duodécimo borrador [que tuve que preparar] gracias a la llamada de atención de la discrepancia del magistrado Scalia”.

El propio Antonin Scalia corroboró esa misma experiencia:

“Aunque el hecho rara vez se hace público, el primer borrador de una opinión disidente con frecuencia logra que la mayoría refine su opinión, elimine las afirmaciones más vulnerables y acote la regla que enuncia. Cuando he sido responsable de redactar la opinión del Tribunal en un caso controvertido, nada me da mayor confianza de que la he escrito bien que el hecho de que sea capaz de responder satisfactoriamente (en mi opinión) a todas las acometidas de las opiniones disidentes o concurrentes...Aunque pueda parecer irónico, me parece que un elevado porcentaje de las peores opiniones del Tribunal -en su razonamiento, no en su resultado- fueron unánimes”.

De parecida opinión es el magistrado John Roberts:

“La discrepancia es una parte muy valiosa de nuestro proceso [de decisión]. Muestra la forma de pensar de distintas partes del Tribunal. Muestra que los argumentos se han tenido en cuenta plenamente y resulta útil para quien escribe la opinión de la mayoría, porque tenemos hasta el final un saludable grado de escepticismo sobre lo que vamos a decir”.

⁵ UROFSKY, Melvin, “*Dissent and the Supreme Court. Its Role in the Court’s History and the Nation’s Constitutional Dialogue*”, Pantheon Books, 2015, pg. 47. Las siguientes cuatro citas de magistrados del Tribunal que se harán en este epígrafe proceden de las páginas 17 y 18 de este magnífico libro.

El magistrado Stephen Breyer es acaso quien ilustra las ventajas de las discrepancias de la forma más elocuente:

“Yo escribo una opinión y tú escribes una disidencia. Leo lo que escribes y pienso: ¿Dije yo eso? Dios mío. Tiene razón. Mejor reformulo lo que escribí. Mejor me aseguro de que mi argumento es tan sólido como creía que lo era la primera vez. El impacto de tu discrepancia será, como poco, hacer que escriba una opinión mejor”.

5. La patología de los votos discrepantes

Las opiniones citadas demuestran que las discrepancias, cuando se manifiestan en el momento oportuno y de forma razonada, acrecientan la calidad de las decisiones colegiadas, pues obligan a la mayoría a ponderar los argumentos del discrepante. La posibilidad de que tales discrepancias puedan hacerse públicas será el acicate para que la mayoría tenga un fuerte incentivo para tomárselas en serio. Pero el secreto de su éxito estará en que sean excepcionales y resulten tan persuasivas que la mayoría las atienda y no resulte finalmente preciso formularlas.

Reconozcamos, no obstante, que en el mundo del arbitraje las opiniones discrepantes no son siempre ese instrumento eficaz cuyo anuncio temprano y razonado puede contribuir a mejorar la decisión colegiada y, eventualmente, a que el inicialmente discrepante no tenga necesidad de formularla, incluso aunque exija que el laudo refleje que alguna decisión se adoptó por mayoría, no unanimidad.

En mi experiencia como árbitro, la formulación de votos discrepantes responde a menudo a dos patologías diferentes.

5.1 El discrepante sectario

En este primer caso patológico, el discrepante es un árbitro designado de parte que no obedece a razones y que, tan pronto percibe que sus dos colegas de tribunal mantienen un criterio distinto al suyo y desfavorable para la parte que le designó, y que sus ocasionales halagos al presidente no le permiten ganarse su voluntad, comienza a actuar de mala fe, deja de colaborar lealmente con la mayoría y se traza como objetivo torpedear el laudo. Con frecuencia, este tipo de coárbitro:

- Es “ágrafo” -al menos durante la fase de deliberación del tribunal- y rara vez prepara notas por escrito que expongan con claridad sus argumentos y traten de convencer a la mayoría de que su propio punto de vista es el acertado.
- Es “reactivo”, prefiere guardarse sus cartas y esperar a que sean otros los que expongan sus puntos de vista para poder criticarlos, en vez de exponer con franqueza sus argumentos, si es que los tiene. No anuncia su discrepancia tan pronto constata que no comparte el punto de vista de la mayoría, sino que procurará mantener en silencio los argumentos. Por eso,

en ocasiones solicitará que se le proporcione la versión final del laudo para poder preparar su voto discrepante, como si tuviera encomendada la función de revisión o escrutinio del laudo que los reglamentos normalmente encomiendan a la institución arbitral que administra el procedimiento.

- Se vuelve “tóxico” para el clima de entendimiento y colaboración entre los miembros del tribunal, y no mantiene su discrepancia en un plano puramente intelectual o cognitivo, sino que, tras verse en minoría, empezará a mantener una actitud poco colaboradora e incluso hostil contra los miembros de la mayoría, especialmente con el otro coárbitro.

En casos extremos, el disidente se negará a entregar al presidente del tribunal el texto de su opinión discrepante antes de la firma del laudo y exigirá que la mayoría firme el laudo antes que él su voto discrepante. Llegado a ese punto, al coárbitro discrepante, hasta entonces ágrafo, le nacerá una incontenible vocación literaria que hará que, en ocasiones, ¡su opinión disidente sea más larga que el laudo que critica! A menudo la escribirá como boceto de la acción de anulación que presentará la parte que le designó.

5.2 El presidente indolente.

En ocasiones, sin embargo, la culpa de que el laudo tenga que ir acompañado de una opinión discrepante no la tendrá quien la formula, sino el presidente del tribunal, quien no habrá querido tener presente argumentos válidos del discrepante para mejorar el fundamento -e incluso el sentido- del laudo.

Esa equivocada actitud puede obedecer a muchas razones: puede deberse, tal vez, a falta de tiempo para analizar en detalle y debatir las sugerencias de los coárbitros y a una excesiva prisa por finalizar el laudo; a una afinidad con uno de los coárbitros, que prive al presidente de plena imparcialidad y le haga difícil dar la razón al otro coárbitro, aunque la tenga, cuando ambos coárbitros discrepen; a cierta rigidez mental o reticencia a modificar el propio punto de vista o los acuerdos preliminares alcanzados por el tribunal; al deliberado deseo de que el laudo se pronuncie en cierto sentido, acaso por espíritu salomónico, aunque sea con una base jurídica endeble; al deseo de no incorporar en el texto del laudo argumentos o reflexiones que pudiera entenderse que minan los fundamentos de la decisión; o, en fin, a la falta de conciencia de que el objetivo de un buen presidente debe ser forjar un laudo de calidad, que pondere adecuadamente e integre, cuando esté justificado, los argumentos de todos los miembros del tribunal, no una mera colección de opiniones *seriatim*, en la que junto a la decisión de la mayoría aparezcan los votos discrepantes, o concurrentes, de los árbitros.

5.3 Las asechanzas de la paradoja doctrinal

Es cierto que, en ocasiones, cuando el tribunal tiene que enjuiciar asuntos complejos que encierren varias cuestiones, las mayorías pueden ser distintas respecto a cada una de ellas y dar origen a una posible “paradoja doctrinal” (también conocida como “paradoja de Ostrogorski” o “dilema discursivo”), de forma que el presidente tenga dificultad para alcanzar un fallo que cuente con

una mayoría de votos a su favor y, al mismo tiempo, resulte la consecuencia lógica de unos fundamentos jurídicos que cuenten también con el apoyo de una mayoría de miembros.

Hace años analicé esa posibilidad teórica, bien conocida en Estados Unidos en el ámbito de las decisiones judiciales, pero no fui capaz de aducir ningún laudo arbitral en que la paradoja hubiera aflorado⁶. Con posterioridad, sin embargo, el laudo de 2012 en caso ICSID ARB/05/01 *Daimler v. Argentina* deja traslucir una situación emparentada con esa.⁷ En ese laudo, el tribunal, por mayoría, declaró carecer de jurisdicción, por entender que la cláusula de nación más favorecida contenida en los artículos 3 y 4 del tratado bilateral de inversiones entre Alemania y Argentina no eximia al demandante de haber iniciado antes, según lo dispuesto en su artículo 10, un procedimiento judicial en Argentina y aguardar 18 meses. El laudo contó no solo con el voto discrepante de Charles Brower, coárbitro designado por el demandante, sino también con el voto concurrente de Domingo Bello Janeiro, designado por Argentina, en el que el Sr. Bello Janeiro explicaba por qué su voto era en sentido distinto al que había manifestado sobre la misma cuestión en el caso *Siemens*. Pues bien, el demandante entendió que los argumentos expuestos por el Sr. Bello Janeiro en su voto concurrente eran contradictorios con los del laudo, de suerte que este no se había aprobado por la mayoría exigida por el artículo 48 de las reglas del CIADI. El comité *ad hoc* que conoció de esa acción de anulación rechazó en su interesante decisión la solicitud de anulación, entre otros motivos porque, como señala en sus párrafos 117 y 119, “lo que importa a efectos de conformar una mayoría no es el razonamiento individual de los miembros que forman la mayoría, sino sus votos”.

En el tribunal de *Daimler v. Argentina* no cabe en modo alguno reprochar a su presidente, Pierre-Marie Dupuy, que no analizara con minuciosidad los argumentos del árbitro discrepante, Sr. Brower, pues el análisis del tribunal de la cuestión ocupa 56 páginas del laudo, casi la mitad de su extensión, y su párrafo 279 contiene esta afirmación:

“El juez Brower ha considerado preciso adjuntar una Opinión Disidente en la que discrepa, en términos apasionados, del análisis del Tribunal de la cláusula de Nación Más Favorecida. El Tribunal ha analizado con cuidado todos y cada uno de los puntos suscitados pero ha concluido que no lograr establecer el consentimiento de los Estados Parte Contratantes a someterse a la jurisdicción de un tribunal arbitral internacional en las circunstancias del presente caso. A pesar de este desacuerdo, el tribunal se ha beneficiado mucho del intercambio de puntos de vista que que ha tenido lugar entre sus miembros en el curso del procedimiento. El tribunal expresa su sincero agradecimiento al Juez Brower por la precisión técnica que sus críticas han aportado a este Laudo”.

⁶ CONTHE, Manuel “Majority decisions in complex arbitration cases: the role of issue-by-issue voting”, Spain Arbitration Review nº 8/2010, disponible en <http://manuelconthe.com/wp-content/uploads/2016/09/Majority-decisions-and-issue-by-issue-voting-Spain-Arbitration-Review-2010.pdf>

⁷ Ver *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/05/1.

6. El artículo 48.6 del Reglamento modelo del CEA

Los reglamentos de las instituciones arbitrales no suelen establecer reglas que regulen la deliberación interna en el seno del tribunal. Se suelen limitar a afirmar que el tribunal tomará las decisiones por mayoría y que, excepcionalmente, cuando no sea posible alcanzar esa mayoría, el presidente podrá aprobarlo por sí solo.

Ningún reglamento contiene, por ejemplo -que yo sepa- una regla parecida a la de los artículos 198.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 254.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial españolas, que establecen que “El Presidente podrá acordar que la votación tenga lugar separadamente sobre los distintos pronunciamientos de hecho o de derecho que hayan de hacerse, o sobre parte de la decisión que haya de dictarse” y puede facilitar la superación de un caso de “paradoja doctrinal” si el presidente somete a votación no el fallo final, sino cada una de las premisas en que deba asentarse.

Tampoco suelen contener reglas que regulen la forma de proceder de los árbitros discrepantes e impidan los ocasionales abusos en que incurrir algunos, como se indicó más arriba.

Por eso, resulta especialmente digna de elogio la recomendación que sobre los votos discrepantes se ha incluido en el Reglamento arbitral modelo que recomienda el Club Español de Arbitraje.⁸

La recomendación se contiene en el artículo 48.6 del Reglamento modelo, que establece:

“Una vez redactado un borrador de laudo y alcanzada una decisión por mayoría o por decisión del presidente, todo árbitro podrá expresar su parecer mediante un voto particular. Para ello deberá enviar el texto final de su voto particular a los árbitros que integren la mayoría con al menos siete días de antelación a la fecha fijada por el presidente para someter el laudo a la revisión de la Corte. No se admitirán votos particulares con posterioridad a dicho plazo. A la vista del voto o votos particulares, los árbitros que integran la mayoría, o en su caso el presidente, podrán reconsiderar su decisión o motivar en el laudo su desacuerdo”.

Como puede apreciarse, el precepto prevé que:

- El árbitro discrepante tenga que enviar su opinión discrepante por escrito antes de que el tribunal apruebe, por mayoría, la versión definitiva del laudo.

Esa regla impedirá que, como he visto en algún caso, un árbitro discrepante pretenda, con manifiesta mala fe, que el laudo definitivo sea firmado por la mayoría antes de que el discrepante les de a conocer su opinión discrepante.

⁸ CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS ARBITRALES DEL CLUB ESPAÑOL DEL ARBITRAJE, 2019, disponible en <https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/cbbpp-cea.pdf>

- El presidente del tribunal, al determinar la fecha en que el laudo final deberá ser remitido al examen previo de la institución arbitral, podrá fijar indirectamente el plazo máximo para que el discrepante formule su opinión.

Esa regla impedirá que el árbitro discrepante postergue *sine die* la emisión por el tribunal de su laudo. También impedirá, indirectamente, que, como ha ocurrido en algunos casos patológicos, ¡la opinión discrepante sea más larga que el propio laudo!

Eso fue lo que prácticamente ocurrió en el caso *Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No ARB/06/18, en el que, tras un primer laudo en enero de 2010 de 107 páginas en el que, por mayoría, el presidente del tribunal, Juan Fernández-Armesto, y uno de los coárbitros, Jean Paulsson, establecieron, por mayoría, que el tribunal tenía jurisdicción y procedía iniciar una segunda fase del procedimiento, para cuantificar el daño, el tribunal dictó en marzo de 2011, también por mayoría, un segundo laudo, de otras 107 páginas, que en esta ocasión estuvo acompañado de una opinión discrepante del coárbitro Jürgen Voss de ¡173 páginas!

El párrafo 33 del segundo laudo del tribunal contiene esta elocuente afirmación:

“Como los comentarios en detalle del Dr. Voss sobre la primera decisión no surgieron hasta la deliberación de este laudo final, el Tribunal Arbitral no pudo reaccionar a ellos en su primera decisión. En consecuencia, este laudo final comenzará con una concisa sección que explicará por qué la opinión del Dr. Voss respecto a la primera decisión no ha persuadido al Tribunal”.

Juan Fernández-Armesto no es solo un prestigioso árbitro internacional de dilatada experiencia, que presidió ese tribunal arbitral y muchos otros: también era presidente del Club Español de Arbitraje cuando en 2019 el Club gestó y aprobó su nuevo Código de Buenas Prácticas Arbitrales, del que forma parte el citado Reglamento modelo.

Yo no participé en la redacción del citado Reglamento modelo y no conozco el tenor de sus deliberaciones. Pero dejo a la imaginación del lector deducir a quién debe la comunidad arbitral atribuir el mérito de la elogiada nueva regla contenida en su artículo 48.6, que ojalá sea pronto incorporada a los reglamentos de todas las instituciones arbitrales.

7. Conclusiones

En la historia judicial de los Estados Unidos, las opiniones discrepantes han sido frecuentes, se han visto casi siempre con benignidad y, en ocasiones, han suscitado admiración, como sagaz manifestación profética del criterio que con el tiempo se convertiría en ortodoxia. Una de esas opiniones discrepantes fue la que escribió en 1919 el célebre juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos Oliver Wendell Holmes en el caso *Abrams v. United States*, en el que hizo una encendida defensa del derecho a la libertad de expresión que

consagra la Primera Enmienda y sentó una doctrina que pocos años después el Tribunal Supremo haría suya.⁹

También en los tribunales arbitrales la diversidad de opiniones puede ser una fuerza que contribuya a la calidad de la decisión colegiada, en la medida en que el discrepante, con el amparo del presidente -si no fuera este el discrepante- exponga tan pronto como sea posible, de forma razonada y constructiva, los motivos de su desacuerdo y los restantes árbitros ponderen también de forma desapasionada los argumentos.

Por desgracia, los tribunales arbitrales trabajan a veces bajo la presión del tiempo y los árbitros suelen estar muy ocupados, de suerte que una discrepancia, incluso aunque esté justificada, puede no influir inicialmente en el ánimo de la mayoría, acaso reticente a abordar una cuestión que se consideraba ya resuelta. Por eso, en ocasiones el discrepante de buena fe deberá perseverar e insistir en que sus críticas no han sido adecuadamente respondidas, e incluso advertir -cuando se refieran a un punto importante- que si no lo fueran se sentirá obligado a formular una opinión discrepante sobre ese punto.

En mi opinión, un árbitro discrepante que actúe de buena fe:

1. Deberá mandar a sus colegas, tan pronto advierta que no comparte los argumentos, criterios o jurisprudencia en los que la mayoría basa un acuerdo preliminar sobre una cuestión importante, sin esperar a la redacción del proyecto de laudo, una nota escrita o correo en el que explique, de forma motivada y clara, las razones detalladas (y, si fuera posible, jurisprudencia o estudios doctrinales alternativos) por las que discrepa del criterio mayoritario.
2. Si el envío de esa primera nota no surte efecto -porque ninguno de sus colegas responde a ella o lo hace con argumentos poco convincentes-, deberá reiterarla, pedir que se debata y, en caso necesario, señalar que podrá ser la base de una futura opinión discrepante. Esa previsible discrepancia no deberá mermar su espíritu de colaboración con el tribunal en las restantes cuestiones y no debe ser óbice para que, en ocasiones, el discrepante pueda sugerir mejoras o corrección de los errores que advierta en la formulación del razonamiento del que discrepa.

Esa capacidad para mantener una actitud constructiva como miembro del tribunal a pesar de su discrepancia sobre una cuestión importante dará la medida de la lealtad y profesionalidad del discrepante.

3. No atribuirse la facultad de “examen previo del proyecto de laudo” antes de la emisión del voto discrepante, facultad que los reglamentos arbitrales solo atribuyen a la institución arbitral. Si, a pesar de su temprano anuncio de discrepancia, el proyecto de laudo sigue sin responder a sus preocupaciones, al árbitro discrepante le bastará con integrar en un texto

⁹ HEALY, Thomas, *“The Great Dissent. How Oliver Wendell Holmes Changed his Mind -and Changed the History of Free Speech in America”*, Picador, 2013.

final las notas o mensajes escritos que envió a sus colegas con anterioridad, lo que podrá hacer en cuestión de horas o, como mucho, días.

4. La opinión discrepante deberá ser clara y concisa (como regla aproximada yo diría que una opinión discrepante no patológica no debiera tener una extensión superior a 1/10 del laudo, o incluso menos) y, como muestra de respeto a sus colegas, evitar esos adjetivos y pronunciamientos teóricos rotundos que todos conocemos. El discrepante les deberá aplicar a rajatabla el famoso dicho de Mark Twain: "*When in doubt, strike it out*" ("En caso de duda, táchalo").

Salvo contadas excepciones -entre ellas, casos complejos, que encierren en ocasiones una "paradoja doctrinal"-, la formulación de opiniones discrepantes será reflejo de un fracaso, del que será responsable el árbitro discrepante o, en ocasiones, el presidente del tribunal. El verdadero éxito del árbitro discrepante se producirá cuando, guiado por la buena fe, anuncie de forma temprana los motivos de su discrepancia y, llegado el momento de la aprobación del laudo, no sienta necesidad de formularla.

El secreto de una discrepancia transitoria será la verdadera medida de su éxito.