

LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES ARBITRALES

Volumen 45 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

La motivación de las decisiones arbitrales

**CENTRO DE
ARBITRAJE**



**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**



Universidad Católica
San Pablo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES ARBITRALES

© Gino Rivas Caso
gino.rivas@pucp.pe

© ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe

© UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO
Urb. Campiña Paisajista S/N Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600 Anexo 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe

Primera edición, noviembre 2017
Tiraje: 300 ejemplares
Fecha de publicación: noviembre 2017

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Henry Revett n.º 220, Santiago de Surco, Lima

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o
parcialmente, sin permiso expreso del autor.*

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º

ISBN:
Impreso en el Perú - Printed in Peru

Il n'y a pas de vérité. Tout est affaire de perception.
Gustave Flaubert

ABREVIATURAS Y SIGLAS

APP	Asociaciones público-privadas.
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.
LA	Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje.
LGA	Ley n.º 26572, Ley General de Arbitraje.
LCE	Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado.
LMU	Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional.
OSCE	Organismo Supervisor de la Ley de Contrataciones del Estado.
RLCE	Reglamento de la Ley n.º 30225, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
TC	Tribunal Constitucional.

ÍNDICE

	Página
Nota del editor	1

Capítulo I

Clasificaciones, definiciones y presupuestos necesarios

1. Introducción
2. El arbitraje
 - 2.1. Conflicto, mecanismos de solución y arbitraje
 - 2.2. El acuerdo de arbitrar. El convenio arbitral
 - 2.2.1. Definición y alcances
 - 2.2.2. La separabilidad del convenio arbitral
 - 2.2.3. Los efectos del convenio arbitral
 - 2.3. Arbitraje, reconocimiento y jurisdicción
 - 2.4. Materia arbitrable
 - 2.5. La competencia de los árbitros
 - 2.5.1. Presupuesto necesario: ¿qué es el fondo de la controversia?
 - 2.5.2. Competencia exclusiva sobre la resolución del fondo del asunto
 - 2.5.3. Competencia sobre su propia competencia: kompetenz-kompetenz
 - 2.6. Las decisiones arbitrales
 - 2.6.1. Decisiones arbitrales sobre la resolución del fondo
 - 2.6.2. Decisiones arbitrales sobre la propia competencia del tribunal arbitral
 - 2.6.3. Decisiones arbitrales sobre otros temas significativos y sobre incidencias procedimentales

- 2.7. La impugnación del arbitraje: vías y límites
 - 2.7.1. El amparo arbitral
 - 2.7.2. La anulación del laudo
 - 2.7.2.1. Definición
 - 2.7.2.2. Límite: la resolución del fondo de la controversia
- 2.8. Tipos de arbitraje
 - 2.8.1. Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia
 - 2.8.2. Arbitraje entre particulares y arbitraje con componente público
 - 2.8.2.1. Arbitraje clásico: el arbitraje entre particulares
 - 2.8.2.2. Arbitraje con componente público
 - 2.8.2.3.
 - 2.8.3. Arbitraje comercial y arbitraje de inversiones
 - 2.8.4. Arbitraje doméstico y arbitraje internacional
- 3. La motivación
 - 3.1. Introducción. La motivación en sentido lato
 - 3.2. La motivación jurídicamente relevante
 - 3.3. El derecho a una decisión motivada
 - 3.3.1. El derecho a una decisión motivada de la autoridad estatal
 - 3.3.2. El derecho a una decisión motivada bajo las normas civiles de obligaciones
 - 3.3.3. La estructura y alcance de la motivación en el marco del derecho a una decisión motivada
 - 3.3.3.1. El discurso como exteriorización de la motivación. Concepto base del derecho a la motivación
 - 3.3.3.2. El derecho a la motivación y su impacto en las razones empleadas como motivación
 - 3.3.3.3. La naturaleza «subjetiva» de la motivación. El problema de determinar supuestos de motivación que afecten el derecho a una decisión motivada

3.3.3.4. El derecho a la motivación y sus consecuencias en la decisión

4. Síntesis
5. Hoja de ruta y delimitación del estudio

Capítulo II

La motivación en la argumentación jurídica y en el proceso judicial

1. Introducción
2. La motivación desde la teoría de la argumentación jurídica
 - 2.1. La teoría de la argumentación jurídica en la resolución de casos. Aspectos generales
 - 2.2. Silogismo jurídico, premisas, justificación interna y justificación externa
 - 2.2.1. Justificación interna
 - 2.2.2. Justificación externa
 - 2.3. Defectos en la justificación interna y/o externa: precisiones relevantes
 - 2.4. El contenido específico del derecho a la motivación en la resolución de problemas jurídicos de acuerdo a la teoría de la argumentación jurídica
3. La motivación desde el derecho procesal
 - 3.1. Definición y naturaleza del derecho a la debida motivación judicial
 - 3.2. El contenido del derecho a la debida motivación judicial a la luz de la teoría de la argumentación jurídica
 - 3.3. Razón de ser: las funciones que dan forma al deber de motivación judicial
 - 3.3.1. Función general de proscripción de la arbitrariedad estatal
 - 3.3.2. Función endoprocesal
 - 3.3.3. Función extraprocesal

- 3.4. La tutela especial: protección constitucional del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales
 - 3.4.1. Límite a la tutela constitucional del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales
 - 3.4.1.1. La prohibición de realizar un nuevo examen del fondo. Alcance real
 - 3.4.1.2. Tutela constitucional = ingreso (indirecto y parcial) a la resolución del fondo
 - 3.4.2. El análisis «externo» de la motivación. Ámbito específico de protección del derecho a la debida motivación en los procesos constitucionales
 - 3.4.2.0. Presupuestos esenciales: configuración de supuestos según cada pretensión y materialidad
 - 3.4.2.1. Inexistencia de motivación/motivación aparente
 - 3.4.2.2. Motivación insuficiente
 - 3.4.2.3. Falta de motivación interna en el razonamiento
 - 3.4.2.4. Deficiencias en la motivación interna; justificación de premisas
 - 3.4.2.5. Motivación sustancialmente incongruente
 - 3.4.2.6. Motivaciones cualificadas
 - 3.4.3. Categorización de los supuestos de protección de la debida motivación judicial según la teoría de argumentación jurídica
 - 3.4.3.1. Ausencia de motivación
 - 3.4.3.2. Motivación con defectos en la justificación interna
 - 3.4.3.3. Motivación con defectos en la justificación externa

4. Síntesis

Capítulo III

La motivación en el arbitraje. Naturaleza, contenido y función

1. Introducción
2. La naturaleza de la motivación en el arbitraje
 - 2.1. La motivación en el arbitraje: prestación en el marco de una relación crediticia
 - 2.2. El marco legal de la motivación en el arbitraje
 - 2.3. Calificación de la prestación de motivar las decisiones arbitrales desde el derecho de las obligaciones
 - 2.4. La prestación de motivar: fuente convencional y fuente legal
 - 2.4.1. Regla general: no hay obligación de motivar las decisiones arbitrales
 - 2.4.2. Obligación legal de motivar decisiones arbitrales contenidas en resoluciones distintas a laudos
 - 2.4.3. Obligación de motivar decisiones arbitrales contenidas en laudos
 - 2.4.4. Sobre la ausencia de obligación de motivar para decisiones sobre la competencia del tribunal arbitral y sobre otros temas sensibles
 - 2.5. La imposición de una «debida motivación» para el arbitraje. Impacto (nulo) en la naturaleza de la motivación
3. El contenido de la motivación en el arbitraje
 - 3.1. Recordatorio necesario: por regla general no hay obligación de motivar las decisiones arbitrales
 - 3.2. Contenido mínimo intangible: motivación = exposición de razones objetivas
 - 3.3. Contenido de la motivación cuando hay obligación de motivar
 - 3.3.1. Punto de partida: contenido predeterminado o intangible según la fuente de la obligación de motivar

- 3.3.2. Contenido común: motivación = exposición de hechos, derecho aplicable y silogismo jurídico
 - 3.3.2.1. Fundamentos del contenido común
 - 3.3.2.2. Silogismo jurídico y la no necesidad de exponer una justificación externa
- 3.3.3. Contenido de la motivación en las decisiones sobre la resolución del fondo del asunto
 - 3.3.3.1. Criterios para la resolución del fondo de la controversia. Disposiciones específicas y orden de prioridad
 - 3.3.3.2. El contenido de la motivación en el laudo arbitral de derecho
 - 3.3.3.3. El contenido de la motivación en el laudo arbitral de conciencia
- 3.3.4. Contenido de la motivación en las decisiones sobre aspectos distintos a la resolución del fondo del asunto
 - 3.3.4.1. Aplicabilidad del silogismo jurídico a todo tipo de decisiones
 - 3.3.4.2. Precisiones adicionales en los supuestos específicos de obligación legal de motivar
 - 3.3.4.3. El contenido de la motivación en las decisiones que modifican decisiones previas (reconsideración)
 - 3.3.4.4. El contenido de la motivación en las decisiones de prescindir de prueba admitida
- 3.4. La imposición de una «debida motivación» para el arbitraje. Impacto en el contenido de la motivación arbitral
 - 3.4.1. Alcance de la imposición de la debida motivación. ¿Qué decisiones arbitrales se ven afectadas?
 - 3.4.2. El contenido de la «debida motivación» en las decisiones arbitrales. Incorporación de justificación externa
- 4. La función de la motivación en el arbitraje

- 4.1. Función base: satisfacción del interés de los acreedores (las partes)
- 4.2. Las funciones específicas de la motivación
 - 4.2.1. Funciones específicas de la motivación para las partes
 - 4.2.2. ¿Por qué los árbitros motivan sus decisiones aun en los casos en que no están obligados a hacerlo?
Función específica para los árbitros
- 4.3. La imposición de una «debida motivación» para el arbitraje. Impacto en la función del derecho a la motivación arbitral
- 5. Derecho a la motivación en el arbitraje ≠ derecho a la debida motivación judicial
 - 5.1. Diferencia por la naturaleza, contenido y funciones de la motivación
 - 5.2. Un último aspecto a considerar: juez natural *vs.* árbitro designado
- 6. Síntesis

Capítulo IV

El control estatal de la motivación de las decisiones arbitrales. Generalidades

- 1. Introducción
- 2. La tutela judicial del derecho a la debida motivación del laudo
 - 2.1. Presupuestos necesarios
 - 2.1.1. Antesala I: Laudo = decisiones sobre la resolución del fondo del asunto
 - 2.1.2. Antesala II: La imposibilidad de recurrir a la tutela judicial ordinaria de incumplimiento de obligaciones, o a la tutela constitucional extraordinaria
 - 2.1.2.1. Imposibilidad de acudir a la tutela ordinaria de incumplimiento de obligaciones

- 2.1.2.2. Imposibilidad de acudir a la tutela constitucional extraordinaria
- 2.2. La anulación del laudo como vía para tutelar el derecho a la «debida» motivación del laudo. Estado del arte
 - 2.2.1. Trayecto histórico de la respuesta judicial sobre el tema
 - 2.2.1.1. Período inicial (2001-2006). Inclinación a favor del no control de la motivación
 - 2.2.1.2. Segundo período (2006-2008). Autohabilitación de la judicatura para examinar el fondo del laudo
 - 2.2.1.3. Período actual (2008-2017)
 - 2.2.2. Causales de la Ley de Arbitraje empleadas por los tribunales para sustentar la anulación de laudos por afectación al derecho a la motivación
 - 2.2.3. Fundamentos de la anulación de laudos por afectación al derecho a la debida motivación
- 2.3. Anomalías de la motivación que generan la anulación del laudo
 - 2.3.1. Categorización
 - 2.3.1.1. Ausencia absoluta de motivación
 - 2.3.1.2. Motivación con defectos lógicos
 - 2.3.1.3. Motivación con defectos de insuficiencia
 - 2.3.2. La necesaria materialidad de la anomalía
- 2.4. Alcance y consecuencias procedimentales de la anulación del laudo por afectación al derecho a la motivación
 - 2.4.1. Alcance extensivo de la afectación. Anulación parcial o total del laudo
 - 2.4.2. Consecuencias de la anulación del laudo en el procedimiento arbitral
- 2.5. ¿Qué gana la parte que logra la anulación del laudo por defectos en su motivación?
 - 2.5.1. Posibilidad de un resultado distinto si el laudo se anuló por un defecto lógico

- 2.5.2. Posibilidad de un resultado distinto si el laudo se anuló por un defecto de insuficiencia
- 2.6. Legitimidad de la tutela judicial del derecho a la debida motivación de los laudos
 - 2.6.1. Evaluación judicial de la «debida» motivación = afectación a la competencia exclusiva de los árbitros para la resolución del fondo
 - 2.6.2. Evaluación judicial de la motivación «a secas» (motivación inexistente) = tutela legítima
 - 2.6.3. Tutela ideal: la evaluación judicial de la motivación según cómo la definan las partes
 - 2.6.4. Breve excurso: la imposibilidad de extender todas las garantías del debido proceso al arbitraje
- 2.7. Estadísticas sobre información empírica
- 3. La tutela judicial del derecho a la motivación de decisiones arbitrales distintas a las de resolución del fondo
 - 3.1. Antesala: tutela judicial de la motivación innecesaria para decisiones sobre la competencia del tribunal arbitral y sobre la incorporación de partes no signatarias
 - 3.2. Regla general: ausencia de tutela judicial para el derecho a la motivación
 - 3.3. La tutela judicial del derecho a la motivación en supuestos de obligación legal de motivar
 - 3.3.1. El caso de las decisiones de prescindir de prueba admitida
 - 3.3.2. El caso de las decisiones de reconsideración
 - 3.4. La tutela judicial del derecho a la motivación en supuestos de obligación convencional de motivar
- 4. El control administrativo-registral de la motivación: la inscripción de laudos arbitrales con efectos registrales para partes no signatarias
 - 4.1. Contexto histórico
 - 4.2. Análisis del artículo 56.3 de la Ley de Arbitraje
 - 4.2.1. Estructura de la disposición

- 4.2.2. Naturaleza de la disposición
- 4.2.3. Alcance de la disposición
- 4.3. Ámbito del control administrativo-registral
 - 4.3.1. ¿Qué entender por decisión motivada «de manera expresa»?
 - 4.3.2. ¿Es subsanable una observación registral relativa a que la motivación no se hizo «de manera expresa»?
- 4.4. Evaluación crítica del artículo 56.3 de la Ley de Arbitraje
 - 4.4.1. Cuestionamiento al examen de la motivación
 - 4.4.2. Cuestionamiento al alcance intensivo
- 5. Síntesis

Capítulo V

La motivación en el arbitraje entre particulares

- 1. Introducción
- 2. La naturaleza flexible del derecho a la motivación en el arbitraje entre particulares. Implicancias
 - 2.1. Presupuesto necesario: ¿por qué el análisis se limita sólo al arbitraje entre particulares?
 - 2.2. La libertad de las partes para configurar el contenido de la obligación de motivar
 - 2.3. La configuración del contenido de la obligación de motivar el laudo por los particulares
 - 2.3.1. Límites a la configuración del contenido de la obligación de motivar
 - 2.3.1.1. La observancia del contenido mínimo intangible
 - 2.3.1.2. La naturaleza accesoria de la obligación (prestación) de motivar el laudo y sus consecuencias
 - 2.3.2. ¿Qué pueden las partes configurar de la motivación?

- 2.3.3. La configuración de la obligación de motivar en su dimensión formal
- 2.3.4. La configuración de la obligación de motivar en su dimensión material
 - 2.3.4.1. Configuración general del nivel de rigurosidad de la motivación (justificación interna/externa)
 - 2.3.4.2. Establecimiento de lineamientos específicos para la motivación
- 2.3.5. Riesgos y problemas de regular el contenido de la obligación de motivar
- 2.4. La configuración del contenido de la obligación de motivar otras decisiones arbitrales
- 2.5. Momento en que se puede regular el contenido de la obligación de motivar
- 3. El impacto de la regulación de la motivación del laudo en ésta como causal de anulación
 - 3.1. Premisa base: ¿qué buscan las partes con la motivación del laudo?
 - 3.2. Regulación del examen judicial del laudo a través de la configuración del contenido de la motivación
 - 3.2.1. Pacto de ausencia de obligación de motivar el laudo
 - 3.2.2. Pacto de obligación de motivar + sin examen judicial de la motivación
 - 3.2.2.1. Esquema general
 - 3.2.2.2. ¿Pueden las partes acordar prohibir a los tribunales judiciales examinar la motivación?
 - 3.2.3. Pacto de obligación de motivar + examen judicial de la motivación
 - 3.2.3.1. Examen judicial de la validez lógica de la motivación
 - 3.2.3.2. Examen judicial de la suficiencia de la motivación

- 3.2.3.3. Examen judicial de la validez lógica + suficiencia de la motivación
- 3.2.4. Legitimidad del examen judicial de la motivación sustentado en el pacto de las partes
- 3.3. Advertencias necesarias y consideraciones finales
- 4. Síntesis

Capítulo VI

La motivación en el arbitraje con componente público

- 1. Introducción
- 2. Las funciones de la motivación en el arbitraje con componente público
 - 2.1. Punto de partida: componente público vs. confidencialidad
 - 2.2. ¿Función «extraprocesal» de la motivación arbitral?
 - 2.3. Función social de la motivación arbitral
 - 2.3.1. Interés legítimo y derecho de acceso a la información pública
 - 2.3.2. Función social. Concepto y objetivos específicos
- 3. Naturaleza del derecho a la motivación en el arbitraje con componente público
 - 3.1. El derecho a la motivación en el arbitraje con componente público. Un derecho no disponible
 - 3.2. ¿Qué decisiones arbitrales deben estar obligatoriamente motivadas?
 - 3.2.1. Lo que es: obligatoriedad de la motivación limitada a laudos de sólo un régimen de arbitraje con componente público
 - 3.2.2. Lo que debería ser: obligatoriedad de motivación de las decisiones sobre jurisdicción y sobre resolución de la controversia

4. El contenido indisponible del derecho a la motivación en el arbitraje con componente público
5. El examen judicial de protección del derecho a la debida motivación en los laudos de arbitrajes domésticos con componente público
6. Síntesis

Conclusiones

Bibliografía

NOTA DEL EDITOR

Hace unos meses, Gino Rivas Caso me pidió leer una obra que había escrito sobre arbitraje. Le prometí hacerlo lo antes posible y, en efecto, luego de terminar otros compromisos académicos, la empecé a leer un sábado y la terminé de leer al día siguiente.

La obra me pareció extraordinaria, por varias razones y así se lo hice saber a Gino el lunes, cuando lo llamé y le dije que la *Biblioteca de Arbitraje* estaría muy gustosa de acoger su libro dentro de los próximos volúmenes a publicar en lo que resta del 2017. Conozco a Gino desde hace algunos años, ya que fue practicante de mi Estudio de abogados mientras realizaba sus estudios en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Gino siempre se caracterizó por tener las ideas muy claras, tanto en lo académico como en lo profesional, habiendo destacado en su paso por nuestra firma legal. Me dio mucho gusto saber de él, muy poco tiempo después de haber terminado la Facultad y, precisamente, enterarme de que había escrito el libro que hoy presento.

Además, me causó satisfacción saber que dentro de las áreas profesionales a las cuales se dedica, se encuentra el arbitraje, materia en la que dio sus primeros pasos cuando trabajó con nosotros.

El libro de Gino trata acerca de la motivación de las decisiones arbitrales y constituye un estudio a profundidad acerca de una materia muy compleja, en la que evidentemente existe variedad de opiniones y criterios dentro de la doctrina y de la jurisprudencia nacional y extranjera.

La motivación de las decisiones arbitrales es una materia que ha suscitado polémica en diversos congresos de arbitraje realizados en nuestro país, además de que sobre ella se han escrito diversos artículos y monografías.

Si se me pidiera resumir en pocas palabras cuál sería para mí el principal valor de la obra de Gino Rivas Caso, podría decir que consiste en una impecable claridad de conceptos; en una invariable línea de pensamiento que atraviesa la obra, de principio a fin, bajo la idea de respetar y hacer respetar los fueros arbitrales, en estricto apego a la Constitución y a la Ley de Arbitraje. Más allá de poder coincidir o discrepar con los puntos de vista expresados por el autor, queda claro que su obra es el mejor dique de contención que el medio académico peruano ha producido con respecto al intervencionismo de los tribunales ordinarios en anulaciones de laudos relacionadas con una supuesta defectuosa motivación.

La lectura de la obra que comento dejará en los lectores, con meridiana claridad, la convicción de que el autor, independientemente de sus preferencias ideológicas, llega a estas sólidas conclusiones con el empleo impecable de los métodos de interpretación que el derecho otorga, tanto en lo que respecta a la Constitución política de 1993, como a la Ley de Arbitraje del 2008.

Al culminar de leer este libro, probablemente muchos de ustedes tendrán una cierta sensación de impotencia, básicamente derivada del hecho de que los tribunales de la jurisdicción ordinaria cuando conocen los recursos de anulación de los laudos, no necesariamente aplican aquellas teorías y conceptos que corresponden a la propia naturaleza del arbitraje, pues en no pocos casos la jurisprudencia de las cortes superiores se aleja del arbitraje y se acerca mucho más a los conceptos clásicos del derecho procesal civil y a distorsionadas interpretaciones del derecho constitucional y procesal constitucional.

Con esto no estamos diciendo que el arbitraje sea un área del derecho que deba permanecer aislada de las demás ni, mucho menos, que el arbitraje sea ajeno a la teoría del derecho constitucional.

Lo que queremos expresar es que estas otras áreas del derecho y, en especial, el derecho constitucional, deben calibrar al arbitraje en su real dimensión, de modo tal que se le entienda como un área especial del derecho en la cual, a diferencia de muchas otras, reina la voluntad de las partes; y ellas, cuando pactan un convenio arbitral buscan, precisamente, tomar distancia de una serie de conceptos instalados históricamente en estas otras áreas del derecho.

No estamos diciendo con esto que el arbitraje implique que las partes o los árbitros puedan actuar contra preceptos de carácter imperativo, pero bien le haría al derecho constitucional y al derecho procesal entender, de una vez por todas, que el arbitraje es una especie diferente, si se quiere, un animal raro y, como tal, no puede ser apreciado dentro de la óptica del resto de especies.

Esto es lo que intenta plasmar en su obra Gino Rivas Caso y seguro que lo logra. El autor cumple su cometido a cabalidad y ahora corresponde al medio jurídico peruano analizar, sin apasionamiento, estas doctrinas, a efectos de poder asimilarlas en favor de la libertad de las partes, del arbitraje y de la buena salud de la que deben gozar la administración de justicia privada y su ulterior control judicial.

Reitero mis felicitaciones a Gino Rivas Caso, por haber escrito una obra tan buena y tan útil, la misma que es presentada, con orgullo, por la *Biblioteca de Arbitraje* de nuestro Estudio.

Lima, septiembre del 2017
Mario Castillo Freyre*

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com.

CAPÍTULO I

CLASIFICACIONES, DEFINICIONES Y PRESUPUESTOS NECESARIOS

1. INTRODUCCIÓN

Una lectura del título de este trabajo —*La motivación de las decisiones arbitrales*— permite fácilmente inferir que son dos los temas involucrados: la motivación, en tanto fenómeno jurídico merecedor de estudio; y el arbitraje, como *contexto específico* al que se ciñe el estudio de la motivación. Entender ambos conceptos es indispensable para aprehender de forma correcta el desarrollo del presente libro.

Este capítulo tiene por objetivo presentar un estado de la cuestión de ambos conceptos. Primero, haremos un estudio general sobre (i) el arbitraje; y luego pasaremos a hacer lo mismo para (ii) la motivación.

2. EL ARBITRAJE

Una presentación adecuada de un concepto tan complejo como el arbitraje requiere una correcta estructuración del contenido a exponer. Por lo tanto, seguiremos el siguiente esquema:

- El arbitraje y su definición a la luz de los mecanismos de solución.
- El acuerdo de arbitrar. El convenio arbitral.
- El reconocimiento y jurisdiccionalización del arbitraje en nuestro ordenamiento jurídico.
- Las materias que pueden someterse a arbitraje.

- La competencia de los árbitros sobre el fondo y sobre su propia competencia.
- La impugnación judicial del arbitraje.
- Los «tipos» de arbitraje.

A continuación, una breve exposición de cada uno de dichos puntos.

2.1. Conflicto, mecanismos de solución y arbitraje

Es impensable hablar de arbitraje sin antes hablar de conflictos.¹ Estos últimos son inherentes al ser humano,² y estarán presentes mientras exista en el universo cuando menos un sólo ser vivo inteligente.³ El conflicto se presenta en diversos niveles,⁴ que van desde los conflictos intrapersonales —es decir, el conflicto que puede tener uno consigo mismo— hasta los megaconflictos de alcance mundial.

Aterrizando, es el conflicto *interpersonal* el que nos interesa para nuestro estudio. En palabras del maestro Carnelutti:

Pero la hipótesis que presenta mayor importancia, hasta el punto de constituir la circunstancia elemental del fenómeno jurídico, es la del conflicto entre intereses de dos personas distintas. La importancia de esta hipótesis emana del peligro de la solución *violenta*. Cuando dos hombres que tienen hambre se encuentran ante un pedazo de pan, es probable, ya que no seguro, que cada uno de ellos intente tomarlo por la fuerza.⁵

¹ En realidad, ningún mecanismo de solución de conflictos existiría si, justamente, no hubiesen conflictos.

² MUÑOZ, Francisco A. *La paz imperfecta*. Granada: Servicio de publicaciones de la Universidad de Granada, 2001; PARIS ALBERT, Sonia. *Filosofía de los conflictos. Una teoría para su transformación pacífica*. Barcelona: Icaria, 2009; entre muchos otros.

³ El conflicto es inherente al raciocinio y a la conciencia del ser.

⁴ GALTUNG, Johan. *Solving Conflicts: A Peace Research Perspective*. Honolulu: University of Hawaii Press, 1989.

⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires: Uteha, 1944, p. 17.

Frente a los conflictos interpersonales, aparecen diversos mecanismos para su solución. Los que pueden clasificarse según si se trata de mecanismos de autotutela, tales como la agresión, el duelo, etc.; de autocomposición, tales como la negociación, la mediación, o la conciliación; o de heterocomposición, donde la doctrina ubica al arbitraje.⁶

El arbitraje, hoy, es un mecanismo de heterocomposición,⁷ y heterocomposición implica que la solución del conflicto viene dada por un

⁶ ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. Navarra: Aranzadi, 2001, p. 72; GÓMEZ COLOMER, Juan. *Derecho Jurisdiccional*. Barcelona: Bosch, 1995, vol. II, p. 843; entre otros.

⁷ La heterocomposición implica una decisión, expedida por tercero, vinculante. Este carácter de vinculante no puede provenir más que del poder de ejecución del Estado. Es decir, definir al arbitraje como un mecanismo heterocompositivo implica aceptar que éste involucra necesariamente la presencia del Estado para garantizar el cumplimiento de la decisión.

No parece, empero, que el arbitraje, entendido de forma lata, involucre necesariamente la presencia del poder estatal para su existencia. A nivel histórico, el arbitraje se ha desempeñado y funcionado sin necesidad de la *coertio* y *executio* del Estado, siendo que el carácter «vinculante» radicaba en la presión que podía ejercer la sociedad o parte de ésta, como la clásica condena del ostracismo por parte del gremio para aquel comerciante que no cumpliera con la decisión proveniente del arbitraje (BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «¿Es un arbitraje un juicio?». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (dir). *El arbitraje en el Perú y el mundo*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, p. 146). En nuestra opinión, sería bastante difícil afirmar que, mientras no había coerción estatal, no podía hablarse de arbitraje, o que sólo se trataba de un «protoarbitraje».

La realidad de las cosas está en que el arbitraje puede manifestarse como función heterocompositiva o como función autocompositiva. El arbitraje será heterocompositivo cuando el carácter vinculante de la decisión tenga como respaldo al poder de ejecución del Estado. Por otro lado, el arbitraje será autocompositivo (como en efecto lo fue en anteriores etapas históricas) cuando el carácter vinculante de la decisión no radique en el soporte estatal (ausencia de dicho soporte), sino más bien sólo en el compromiso voluntario de las partes de cumplir con la misma, en su honorabilidad; e incluso si no son intrínsecamente honorables, como señala Mance, los pares, la industria o la presión regulatoria pueden «obligarlas» a cumplir con la decisión arbitral, sin necesidad que

tercero, siendo ésta *vinculante* para los agentes involucrados. Una de las características del arbitraje es, pues, que las partes están obligadas a cumplir la decisión de los árbitros.

Precisada ya su naturaleza heterocompositiva, la primera característica a destacar del arbitraje está en que, en líneas generales, los agentes involucrados en el conflicto deciden de forma *voluntaria* seguir la vía del arbitraje. Luego, otra característica —consecuencia lógica de la anterior— que distingue al arbitraje del clásico mecanismo de heterocomposición (el proceso judicial) se encuentra en la *selección de los juzgadores*. No hay «juez natural» en el arbitraje. En síntesis, las partes someten voluntariamente su conflicto a la decisión de un tercero.⁸

El arbitraje es, pues, un mecanismo de solución de controversias en el que la solución es vinculante y proviene de tercero(s) elegido(s) por las partes. Así, según Jan Paulsson: «La idea de arbitraje es la de una resolución vinculante de controversias aceptada con serenidad por aquellos que asumirán sus consecuencias debido a su especial confianza en los decisores elegidos».⁹

intervenga la ley (MANCE, Jonathan. «Arbitration. A Law unto itself?». Ponencia en la *30th Annual Lecture organized by The School of International Arbitration and Freshfields Bruckhaus Deringer*. Ponencia disponible en: <http://www.freshfields.com/uploadedFiles/SiteWide/Knowledge/Arbitration%20-%20a%20law%20unto%20itself.pdf>).

⁸ BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El arbitraje en el derecho privado*. México D.F.: Imprenta Universitaria, 1963, p. 21; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ YZAGA. *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Puente, 1994, p. 39.

⁹ PAULSSON, Jan. *The Idea of Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 1. Traducción libre del siguiente texto: «The idea of arbitration is that of binding resolution of disputes accepted with serenity by those who bear its consequences because of their special trust in chosen decision-makers».

2.2. El acuerdo de arbitrar. El convenio arbitral

2.2.1. Definición y alcances

El acuerdo de las partes para arbitrar se plasma en el convenio arbitral. Este convenio es un contrato y constituye una relación jurídica entre las partes, consistente en su sometimiento al mecanismo del arbitraje. El mismo se configura por dos elementos:

- Elemento *subjetivo*. Aquí nos referimos a la vinculación efectiva de los agentes involucrados. El convenio arbitral debe identificar de manera clara quiénes son los sujetos que están sometién-dose a la vía del arbitraje.
- Elemento *objetivo*. La institución del arbitraje, en tanto mecanismo de solución de conflictos, requiere de un *conflicto* que resolver. En esa línea, cuando las partes celebran un convenio arbitral, para que éste tenga una eficacia real es necesario que aquéllas indiquen qué controversias o disputas seguirán la vía arbitral.

Ahora bien, estas controversias pueden ser *actuales* o *eventuales*. En el primer caso, las partes tienen ya una disputa actual, y deciden que resolverán la misma mediante arbitraje. En el segundo caso, las partes no tienen ningún conflicto, pero proyectan que ante alguna eventual controversia que pueda surgir, la misma será resuelta mediante arbitraje.

En ambos casos, el convenio arbitral delimita qué controversias seguirán la vía arbitral. Así por ejemplo, si dos partes celebran un contrato de suministro, éstas pueden acordar también que cualquier diferencia que surja respecto a la ejecución del contrato será resuelta en el arbitraje.

Para finalizar: es perfectamente posible que determinadas controversias entre dos agentes sigan la vía arbitral, y otras controversias entre esos dos mismos agentes sigan la vía judicial. Siguiendo el ejemplo anterior, si

el convenio arbitral se limita a cubrir controversias relativas a la ejecución del suministro, entonces si surgen problemas relativos a la ejecución y a la validez del contrato, los problemas relativos a la ejecución serán resueltos por árbitros, mientras que los problemas sobre validez del contrato estarán a cargo de los tribunales judiciales.¹⁰

2.2.2. La separabilidad del convenio arbitral

Según vimos, el convenio arbitral es un contrato; y el mismo puede darse ante conflictos eventuales. Pues bien, en la práctica comercial lo usual es que los agentes celebren contratos y que inserten en éstos al convenio arbitral. El convenio arbitral pasa a adquirir entonces la forma de una cláusula arbitral.

Ahora, aun cuando el convenio arbitral tome la forma de cláusula arbitral, en la práctica arbitral se tiene éste se mantiene como un contrato distinto e independiente al contrato en el que se encuentra «insertado». Esto es lo que se conoce como la separabilidad de la cláusula arbitral, reconocida en el artículo 16(1)¹¹ de la Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, LMU) y en el artículo 41.2¹² de la Ley de Arbitraje (en adelante, LA).

¹⁰ Naturalmente, las partes podrían pactar extender el convenio arbitral hasta las controversias relativas a la validez o nulidad del contrato.

¹¹ Artículo 16.- Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia «1) [...] A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato [...]».

¹² Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral. «[...]»

2. El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste [...]».

La separabilidad de la cláusula arbitral es muy importante para lograr que controversias relativas a la validez y/o eficacia del contrato en el que se insertó la cláusula arbitral puedan ser resueltas por los árbitros. Debido a este principio, los vicios que pudiera tener el contrato principal no alcanzan necesariamente al convenio arbitral. Dicha separación es esencial, porque en caso contrario el arbitraje sería una vía ilusoria. En efecto:

- 1) Imaginemos que no hubiese separabilidad de la cláusula arbitral.
- 2) En un caso concreto, las partes acuerdan que las controversias relativas a la validez y/o eficacia del contrato comercial que las vincula serán resueltos mediante arbitraje. Este acuerdo se plasma en una cláusula arbitral insertada al contrato comercial celebrado entre las partes.
- 3) Una de las partes considera que el contrato comercial es nulo porque supuestamente la firma del representante de la contraparte ha sido falsificada.
- 4) Dado que no hay separabilidad de la cláusula arbitral; ésta también se vería afectada por la supuesta nulidad del contrato comercial. En esa línea, la parte que considera que el contrato comercial es nulo, debería recurrir a los tribunales judiciales a pedir la nulidad. Y es que, de no haber separabilidad de la cláusula arbitral, recurrir a arbitraje en este caso sería una contradicción, puesto que hacerlo implicaría afirmar que el convenio arbitral es válido, cuando justamente se está alegando que todo el contrato es inválido (firma falsificada).

En términos simples, gracias a la separabilidad de la cláusula arbitral, el hecho de que un contrato pueda ser inválido no afecta a la cláusula arbitral insertada en el mismo. Por lo tanto, la vía arbitral se mantiene como vinculante para las partes involucradas.

2.2.3. Los efectos del convenio arbitral

El convenio arbitral genera dos efectos principales: un efecto negativo y un efecto positivo.¹³

- Efecto positivo. El convenio arbitral representa, ya señalamos, el sometimiento de las partes al arbitraje como mecanismo de solución de controversias. Pues bien, el efecto positivo consiste en dicho sometimiento. En específico, se constituye para las partes una obligación de no hacer, consistente en no recurrir a los tribunales judiciales en caso surja una disputa entre ellas.
- Efecto negativo. El convenio arbitral genera la incompetencia de los tribunales judiciales para conocer aquellas controversias que estén dentro del ámbito de extensión objetiva del convenio arbitral. En otras palabras, los jueces deben abstenerse de abocarse a intervenir en determinados conflictos cuando para éstos las partes acordaron que la resolución se daría mediante arbitraje.

2.3. Arbitraje, reconocimiento y jurisdicción

Según señalamos, en la actualidad el arbitraje se constituye como un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos. Sus decisiones son *vinculantes*, lo que significa que el Estado presta su poder de ejecución para garantizar el cumplimiento de los laudos arbitrales. Este reconocimiento, por cierto, no es gratuito ni ilimitado. En el Perú, el Estado reconoce al arbitraje como jurisdicción, con todo lo que ello significa.

De acuerdo al artículo 139.¹⁴ de la Constitución, es un principio de la función jurisdiccional su unidad y exclusividad, siendo imposible que

¹³ CABALLOL ANGELATS, Lluís. *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*. Barcelona: Bosch, 1997.

¹⁴ «Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
“1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional

haya jurisdicción independiente alguna, con la salvedad de la militar y la arbitral. Es decir, nuestra Constitución reconoce al arbitraje como un sistema *privado* de administración de justicia, una *jurisdicción privada*,¹⁵ paralela a la jurisdicción estatal, lo que significa la potestad del justiciable para decidir si acude a una u a otra.

Pues bien, ¿qué significa que el arbitraje sea jurisdicción? Jurisdicción, a falta de definición alguna por nuestra Constitución, proviene de las locuciones latinas *ius dicere* o *ius ditio*, lo que significa «decir derecho» o «imponerlo». Sobre esa definición, existen diversas posturas en cuanto al alcance y contenido del concepto de jurisdicción.¹⁶

Sea como fuere, para bien¹⁷ o para mal,¹⁸ el arbitraje es jurisdicción. Lo cierto es que al asignarle la etiqueta de jurisdicción, nuestro ordenamiento jurídico impone al arbitraje el cumplimiento y respeto de las garantías, derechos y deberes que conforman el debido proceso. Así:

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral».

¹⁵ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9.

¹⁶ Para un resumen de las principales posiciones, ver LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, pp. 38-45.

¹⁷ PALACIOS PAREJA, Enrique. «La motivación de los laudos y el recurso de anulación». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2007, n.º 4, pp. 327-342; LÓPEZ FLORES, Luciano. «¿Magistratura arbitral en el Perú? El paradigma de un "Poder Judicial privado" de necesaria implementación». En *Actualidad Civil*. Lima, 2015, n.º 14, pp. 314-331, entre otros.

¹⁸ DE JESÚS O., Alfredo. «La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina». En MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y Carlos PIZARRO WILSON (coords.). *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*. Santiago: Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2008, pp. 213-260; CANTUARÍAS SALAVERRY, Fernando y José Luis REPETTO. «La naturaleza jurídica del arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos en camino». En *Revista Forseti*. Lima, 2014, n.º 1, pp. 97-110; MONROY PALACIOS, Juan José. «Arbitraje, jurisdicción y proceso». En *Revista peruana de derecho procesal*. Lima, 2008, n.º 10, pp. 141-151, entre otros.

Asimismo, la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso.¹⁹

Por si no quedase claro, en el conocido caso de la Minera María Julia el Tribunal Constitucional ha llegado a señalar que, entre otras causales, «el control constitucional de las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral procede cuando ésta vulnera o amenaza cualquiera de los aspectos que formal o materialmente integran la llamada tutela procesal efectiva [...]».²⁰ No cabe duda, pues, de que para nuestro ordenamiento jurídico conceptos como «tutela procesal efectiva» o «debido proceso» deben ser aplicados al arbitraje.

Sin embargo, no podemos evitar señalar desde ya que pretender que en el arbitraje se apliquen todos los derechos y principios del debido proceso *judicial*, como si se estuviese ante un tribunal estatal, resulta equivocado e inviable. Basta señalar, como ejemplo, que un derecho de la función jurisdiccional, según el artículo 139.6²¹ de la Constitución, es la pluralidad de instancia; pero el mismo no puede aplicarse al arbitraje sin mutilar y desnaturalizar a esta institución.²² El arbitraje tiene

¹⁹ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9.

²⁰ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 0142-2011-PA/TC, fundamento 7.

²¹ Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
«[...]»

6. La pluralidad de instancia.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral».

²² La LA establece en su artículo 59.1 que «todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento». No es posible, pues, que exista hoy en el Perú arbitraje con instancias plurales.

un procedimiento específico y cuenta con garantías determinadas, sólo que no pueden equipararse al debido proceso judicial, con todas las garantías y derechos que éste implica.

Asimismo, fruto de la jurisdiccionalización²³ del arbitraje, muchos de los conceptos inmanentes al debido proceso, como la debida motivación, son extrapolados y calcados al arbitraje. Esto, como veremos *in extenso* más adelante, resulta erróneo, toda vez que la motivación en el arbitraje responde a circunstancias diferentes.

2.4. *Materia arbitrable*

El arbitraje, tanto en su procedimiento como en la decisión final que pone fin a la controversia, se ve legitimado por la voluntariedad y disposición de las partes, por la confianza que tienen los particulares en este mecanismo y en el resultado que generará el mismo.

Pero, la voluntad de las partes en nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra exenta de límites. Y es que claro, «[s]i una persona —en su esfera de libertad y autonomía de voluntad— puede renunciar a un derecho propio, parece un principio natural que pueda también entregar la suerte de su derecho a la decisión de un particular que le inspire confianza».²⁴ Sin embargo, no todos los derechos son renunciables, y así tampoco todas las controversias pueden someterse a arbitraje.

²³ Ya desde el año 2009 se advertía de este fenómeno en el arbitraje peruano. Ver: FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «Elementos configuradores de la justicia arbitral». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá, n.º 11, julio-diciembre de 2009, p. 169.

Para el arbitraje internacional, *vid.* REYMOND, Claude. «Une réflexion fondamentale sur l'arbitrage. La théorie de l'arbitrage de Bruno Oppetit». En *Revue de l'arbitrage*. Paris, n.º 1, 2000, pp. 3-8; DERAIS, Yves. «Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale». En *Journal du Droit International*. Paris, n.º 4, octubre-diciembre de 1993, pp. 829-855.

²⁴ CAIVANO, Roque J. *Negociación, conciliación y arbitraje*. Lima: Apenac, 1998, p. 228.

¿Si un ladrón y la víctima que sufrió el robo someten la controversia a un tercero éste podrá —además de la indemnización por el hecho— sancionar con cárcel el ilícito penal acaecido? Suponiendo que el tercero lo hiciese, ¿tal decisión es vinculante?

La respuesta a este ejemplo es negativa. Los particulares, en principio, sólo pueden someter ante árbitros aquellas controversias en las que estén en juego derechos *disponibles*. En caso contrario, entra en acción la jurisdicción estatal: «El control constitucional opera cuando a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha decidirse tienen carácter indisponible (derechos fundamentales, temas penales, etc.)».²⁵

Y decimos «en principio» porque, según el artículo 2.1²⁶ de la LA, la materia arbitrable se conforma por (i) materia de libre disposición (derechos disponibles) y (ii) otras materias establecidas por ley, o por tratados o acuerdos internacionales. Para el caso peruano, termina siendo la ley la que en última instancia decide qué materias son de «libre disposición».²⁷

En cualquier caso, es prácticamente imposible ensayar un listado de aquellas materias específicas que pueden llevarse a arbitraje.²⁸ De igual manera, dicha tarea también escapa al objetivo del presente trabajo. Lo principal aquí está en que es la ley la que determina lo que se puede someter a arbitraje, aun cuando tal institución se ha concebido y desarrollado *pensando* en resolver controversias entre particulares sobre derechos disponibles.

²⁵ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 0142-2011-PA/TC, fundamento 7.

²⁶ Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.

«1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen».

²⁷ CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado: La verdadera reforma de la justicia*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores. *Biblioteca de Arbitraje*, 2006, vol. 1, p. 76.

²⁸ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ YZAGA. *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*. *Ob. cit.*, pp. 189-190.

2.5. *La competencia de los árbitros*

El sometimiento de un problema en específico a un tribunal arbitral designado implica la asignación, que hacen las partes, de *exclusiva* competencia a éste para la solución del fondo de la controversia.

Esta asignación de competencia se manifiesta en (i) el principio de *kompetenz-kompetenz*, que involucra la competencia del tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia en cuanto al fondo del asunto; y (ii) la plena y exclusiva competencia de los árbitros para resolver el fondo de la discusión.

Ahora bien, a efectos de entender de manera integral la competencia de los árbitros sobre la resolución del fondo de la controversia, consideramos pertinente analizar lo siguiente:

- El significado de «fondo del asunto» en el arbitraje.
- La competencia exclusiva de los árbitros para la resolución del fondo. Esto incluirá la separación de dos tareas distintas: resolver el fondo y determinar el fondo.
- La competencia de los árbitros sobre su propia competencia. *kompetenz-kompetenz*.

2.5.1. *Presupuesto necesario: ¿qué es el «fondo de la controversia»?*

En el arbitraje, el fondo de la controversia puede definirse a grandes rasgos —sin ánimo de caer en tautologías— como el conflicto que deben resolver los árbitros. El conflicto material que tienen las partes se integra en el arbitraje como el fondo del asunto. Por cierto, el nacimiento y procedimiento del arbitraje tiene razón de ser en tal problema: el arbitraje existe en la búsqueda de asignar una respuesta a la controversia; y, por regla general, las actuaciones arbitrales culminarán una vez se resuelva el mismo.

El fondo de la controversia, a mayor precisión, puede definirse de la siguiente manera:

- Es una *disputa*. Las partes acuden al arbitraje para resolver una cuestión conflictiva, consistente en la diferencia de posiciones respecto a un tema específico. El carácter litigioso es esencial para el arbitraje, toda vez que si no hay diferencias, entonces, no habría nada que resolver.²⁹

- Es una disputa *material*. No toda diferencia que las partes tengan durante el arbitraje forma parte del fondo de la controversia. En realidad, los temas controvertidos pueden ser de dos tipos:
 - Cuestiones formales. Problemas acaecidos durante el desarrollo del procedimiento arbitral, o relativos al cuestionamiento del propio arbitraje como medio para resolver la controversia sustancial. Ejemplos típicos de problemas formales son los relativos a la validez y eficacia de la jurisdicción arbitral.³⁰ Así, una discusión sobre la nulidad del convenio arbitral constituye un asunto formal, y por lo tanto ajeno al fondo del asunto.

En el caso específico de Perú, el artículo 41.1³¹ de la LA establece que son cuestiones formales aquéllas cuya dilu-

²⁹ Alan REDFERN; Martin HUNTER; Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006, 4p. 352.

³⁰ *Vid.* Artículo 16(3) de la Ley Modelo Uncitral sobre arbitraje comercial internacional.

³¹ Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral
«1.1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya

cidación «impida entrar en el fondo de la controversia». Sobre ello, la LA establece expresamente que las cuestiones relativas a la validez y eficacia del convenio arbitral constituyen cuestiones de forma.

Los problemas formales que se dan dentro del arbitraje pueden versar sobre diferentes aspectos: (i) cuestiones procedimentales respecto a la fijación y/o interpretación de reglas relativas a la presentación, admisión y actuación de pruebas; (ii) cuestiones relativas a la remoción o recusación de árbitros; (iii) impugnaciones contra el arbitraje; etc.

- Cuestiones sustanciales (materiales). Aquí se encuentra el fondo de la controversia. La materialidad del problema significa que éste no se debe a o deriva del arbitraje, sino que en realidad preexiste a éste y lo trasciende.

Vale precisar que cuestiones relativas a la prescripción de la acción o caducidad del derecho que se reclama, consideradas defensas de forma por el derecho procesal,³² deben ser consideradas, en el arbitraje, como aspectos que pertenecen al fondo de la controversia.³³

estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales».

³² MONROY GÁLVEZ, Juan. «Las excepciones en el Código Procesal Civil peruano». En *Thémis*. Lima, 1994, n.º 27, p. 121.

³³ En primer lugar, la propia concepción de la prescripción y caducidad como defensas formales constituye un error en nuestro sistema de derecho procesal civil. Así, en España se diferencia entre excepciones procesal y excepciones materiales (artículo 405 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española); siendo que estas últimas afectan el fondo de la controversia. En esa línea, cuestiones como la prescripción y la caducidad son consideradas excepciones materiales.

- Es una disputa material *jurídica y/o fáctica*. El fondo de la controversia versa sobre una cuestión problemática en cuanto a pretensiones jurídicas y/o asuntos técnicos.³⁴ Las partes, entonces, tienen una divergencia en cuanto a (i) lo que sucedió (hechos) y/o (ii) las consecuencias de lo que sucedió (el derecho aplicable).

- Es una disputa material jurídica y/o fáctica *cuya resolución ha sido lícitamente asignada a los árbitros*. En materia arbitral, hablar del fondo de la controversia presupone que los problemas que conforman dicho concepto son pasibles de ser resueltos por los árbitros.

Este fondo de la controversia se concretiza a través de las pretensiones que las partes planteen a los árbitros. Las pretensiones conforman el fondo de la controversia para cada caso específico; y permiten dilucidar qué materias están en discusión en el arbitraje (ej., temas contractuales, extracontractuales, daños, seguros, etc.).

En síntesis, el fondo se constituye como una disputa material que tienen las partes, manifiesto en posiciones contrapuestas, en cuanto a hechos y/o derecho sobre una situación concreta; problema material que ha sido delegado a los árbitros para su resolución. Este fondo de la controversia se manifiesta a través de las pretensiones (materiales) que las partes planteen a los árbitros.

2.5.2. Competencia exclusiva sobre la resolución del fondo del asunto

En este apartado, analizaremos tres temas distintos: (i) la justificación

³⁴ GONZÁLES DE COSSÍO, Francisco. «Naturaleza Jurídica del Arbitraje. Un ejercicio del balance químico». En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. México D.F., 2008, vol. VIII, p. 518.

El autor refiere que sea la controversia jurídica o técnica, ello no modifica la naturaleza del arbitraje.

y el alcance de la competencia exclusiva para resolver el fondo; (ii) la excepción a esta competencia exclusiva; y (iii) el fundamento de la competencia exclusiva en el Perú.

Justificación y alcance

Cuando dos partes llevan ante terceros particulares un conflicto y solicitan que éstos pongan fin al mismo, es evidente que dicho encargo genera efectos para la jurisdicción ordinaria. Según vimos al momento de evaluar los efectos del convenio arbitral, éste genera la incompetencia de los tribunales nacionales para conocer aquellas controversias que están dentro del ámbito del convenio arbitral.

Así, al llevar una controversia a arbitraje, se genera una competencia exclusiva para el tribunal arbitral sobre la resolución del conflicto. Este sentido «exclusivo» involucra que ninguna otra autoridad puede abocarse a resolver la controversia que ya se encuentra bajo competencia del Tribunal Arbitral. En otras palabras, «[s]i las partes acuerdan someter su controversia a arbitraje, otorgan competencia al tribunal arbitral para determinar la controversia. En consecuencia, los juzgados y tribunales de los Estados no tendrán competencia para decidir sobre la controversia, [...] salvo que las partes revocaran el acuerdo de arbitraje».³⁵

La exclusividad de la competencia del tribunal arbitral deriva en que, por ejemplo, no pueda una misma controversia ventilarse en un arbitraje y en un proceso judicial, o que no pueda apelarse ante los tribunales el laudo arbitral. Esto obedece, en última instancia, a la voluntad de las partes. Veamos:

³⁵ CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL (Ed.). *Arbitraje y solución alternativa de controversias. Cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales*. San José: Centro de Comercio Internacional, 2005, p. 73.

Y la razón de esta incompetencia [se refiere a la incompetencia judicial] es muy sencilla. Porque las partes, cuando permitidas por la ley, renunciaron a la jurisdicción del Estado y apostaron por el arbitraje para resolver una controversia, lo hicieron en la lógica de que, por las razones que fueren, los magistrados judiciales no resolvieran su pendencia. Sustrajeron de este modo, el fondo de lo reclamado, la *litis* misma, de la competencia judicial.³⁶

Nuestro ordenamiento jurídico es particularmente vocal en cuanto a este punto. No sólo existe una disposición abierta y directa que deja constancia de la exclusiva competencia de las partes sobre el fondo del asunto (artículo 40³⁷ de la LA), sino que nuestra norma también prohíbe a los jueces ingresar, so pretexto de atender una acción de anulación de laudo, al fondo del asunto (artículo 62.2³⁸ de la LA). Esto último resulta particularmente importante para el caso de la motivación, como se verá más adelante.

Excepción a la competencia exclusiva para resolver el fondo: apelación ante tribunales judiciales

Es importante precisar que la competencia exclusiva para solucionar el fondo tiene un supuesto de excepción: el pacto de las partes que establece

³⁶ CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado: La verdadera reforma de la justicia*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2006, vol. I, pp. 198-199.

³⁷ Artículo 40.- Competencia del tribunal arbitral.

«El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas».

³⁸ Artículo 62.- Recurso de anulación.

«[...]»

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral».

la posibilidad de interponer contra el laudo un recurso de apelación ante tribunales judiciales estatales.

Si bien el sentido clásico del arbitraje nos hace pensar en una decisión final y vinculante expedida por los árbitros, dicho esquema puede ser modificado por las partes. Si las partes pactan que el laudo puede ser apelado ante tribunales judiciales, es evidente que los árbitros carecen de competencia exclusiva para resolver el fondo del asunto. El laudo podrá ser apelado y ello derivará en que los tribunales estatales tengan competencia para resolver y poner fin a la controversia.

Ahora bien, la existencia o no de esta excepción dependerá de si el ordenamiento jurídico sede del arbitraje concibe que las partes puedan someter el laudo a apelación. Para un arbitraje con sede en Perú, parece difícil afirmar que las partes pueden pactar un recurso de apelación contra el laudo en el que la segunda instancia sea un tribunal judicial.³⁹

Fundamento en el Perú de la competencia exclusiva: la función jurisdiccional del arbitraje

Para finalizar, en nuestro país la competencia exclusiva sobre el fondo de la controversia es considerada consecuencia de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje.⁴⁰ Así, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

³⁹ En específico, el artículo 59.2 de la LA establece que el laudo genera efectos de cosa juzgada. Por otro lado, la anterior norma, la Ley n.º 26572, Ley General de Arbitraje reconocía en su artículo 60 la potestad de las partes de pactar un recurso de apelación ante tribunales nacionales. En esa línea, al no acoger tal recurso, la actual LA sólo concibe a la anulación del laudo como única vía de impugnación (SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana (DL n.º 1071)». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2008, n.º 7, p. 88). En general, una lectura sistemática a la LA permite afirmar que ésta no concibe que las partes puedan apelar ante los tribunales judiciales el laudo.

⁴⁰ En nuestra opinión, no es necesario investir de carácter jurisdiccional al arbitraje para que éste vea validado su núcleo por el ordenamiento jurídico. El arbitraje se erige como un mecanismo de administración de justicia convenido por las partes; y en tanto el ordenamiento jurídico reconozca a los particulares la capacidad para

11. La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2º inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139º de la propia Constitución.⁴¹

14. Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1º de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria.⁴²

En síntesis, la competencia de los árbitros para resolver el fondo del asunto es —salvo que las partes hubiesen pactado un recurso de apelación ante tribunales nacionales— exclusiva. Ningún otro órgano puede irrogarse tal potestad. La causa última de esto radica en la decisión de las partes, quienes otorgan competencia a los árbitros, y vetan a los jueces para ingresar a resolver la misma. Sin perjuicio de ello, en nuestro ordenamiento jurídico tal competencia se deriva del carácter jurisdiccional del arbitraje.

2.5.3. Competencia sobre su propia competencia: kompetenz-kompetenz

El principio de *kompetenz-kompetenz* se refiere a la competencia de los árbitros para resolver acerca de su propia competencia sobre la controversia. Se trata de un principio universal para el arbitraje, reconocido en

celebrar contratos, el arbitraje debería poder existir y desarrollarse sin necesidad de asignarle etiquetas o títulos adicionales.

⁴¹ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento 11.

⁴² Sentencia del TC sobre el expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento 14.

el artículo 16(1)⁴³ de la LMU, y en el artículo 41.1⁴⁴ de la LA.

La presencia de este principio es crítica para el arbitraje, ya que «de lo contrario el más débil cuestionamiento al arbitraje abortaría las actuaciones, y las partes de acuerdos enteramente legítimos de arbitraje serían lanzadas a las cortes judiciales cuando ello es exactamente contrario a su acuerdo».⁴⁵ Sin *kompetenz-kompetenz*, el pacto de evitar los tribunales judiciales y recurrir al fuero arbitral resultaría ilusorio e impracticable.

En la práctica, no es inusual que alguna de las partes se oponga al desarrollo del arbitraje alegando que no corresponde dicha vía para la controversia. Así, el objetante podría señalar que el convenio arbitral es nulo, que la controversia que se pretende resolver no constituye materia arbitrable, etc. Frente a tales cuestionamientos, es el propio tribunal arbitral el que puede evaluar dichas cuestiones, y definir así si cuentan con la competencia para resolver la controversia.

⁴³ Artículo 16.- Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia «1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *3ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria».

⁴⁴ Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral. «1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales».

⁴⁵ PAULSSON, Jan. *The Idea of Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 1. Traducción libre del siguiente texto:

«Otherwise the most feeble challenge would abort the proceedings, and parties to entirely legitimate arbitration agreement would be thrown into the courts when that is exactly contrary to their bargain».

Ahora bien, esta competencia del tribunal arbitral no es exclusiva. El principio de *kompetenz-kompetenz* otorga a los árbitros la primera palabra para definir respecto a si son competentes para conocer la controversia o no, pero ésta no es la única palabra. En realidad, existe un control *ex post* a cargo de los tribunales nacionales; a solicitud de alguna de las partes los tribunales nacionales pueden intervenir una vez finalizado el arbitraje y verificar, bajo sus criterios, si el tribunal arbitral contaba con competencia.

Entonces, las impugnaciones contra la competencia del tribunal arbitral son absueltas primero por el propio tribunal arbitral. El principio de *kompetenz-kompetenz* garantiza con ello que el arbitraje prosiga sus actuaciones de manera ordinaria. Inclusive, frente a tales cuestionamientos el tribunal arbitral cuenta con plena libertad para decidir el momento de resolverlo. Así, el artículo 41.4⁴⁶ de la LA —y en sentido similar el artículo 16(3)⁴⁷ de la LMU— consigna que los árbitros pueden reservar la resolución de los cuestionamientos a su competencia hasta la emisión del propio laudo, asegurando así la continuación de las actuaciones arbitrales sin interferencia judicial.

⁴⁶ «Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

[...]

4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo».

⁴⁷ «Artículo 16.- Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia

[...]

3) El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 6 que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo».

2.6. *Las decisiones arbitrales*

La decisión arbitral se configura como aquella disposición establecida por el tribunal arbitral en el marco del arbitraje. Ésta no es idéntica a una resolución arbitral. En realidad, las resoluciones arbitrales *contienen* a las decisiones arbitrales, puesto que a través de ellas se logra comunicar a las partes —y a otros sujetos involucrados, como los peritos, cuando correspondiese— lo que el tribunal ha decidido sobre tal o cual aspecto enlazado al arbitraje.⁴⁸

Por ejemplo, una resolución arbitral que admite determinados medios probatorios, programa fecha de audiencia de actuación de pruebas y dispone el cierre de la etapa de instrucción, contiene tres decisiones arbitrales distintas. Las resoluciones, entonces, son las envolturas que encierran a las decisiones arbitrales.

A nuestro juicio, hay dos tipos de decisiones arbitrales: (i) decisiones sobre la resolución del fondo y (ii) decisiones sobre la propia competencia del tribunal arbitral; y (iii) decisiones sobre incidencias procedimentales y otros temas variados.

2.6.1. *Decisiones arbitrales sobre la resolución del fondo*

Las decisiones sobre el fondo son aquellas mediante las cuales el tribunal arbitral resuelve la controversia específica que se llevó al arbitraje. Esto es, aquellas decisiones arbitrales que presentan la respuesta al problema jurídico que las partes han llevado a los árbitros.

⁴⁸ Ahora bien, las resoluciones arbitrales, entendidas éstas como los documentos que se remiten a las partes, no son la única vía de comunicar las decisiones del árbitro. No siempre las decisiones arbitrales se comunican vía escrita, es posible que en algunos casos las decisiones se comuniquen vía oral (ej., la decisión de expulsar a un perito de parte de la audiencia de pruebas).

Estas decisiones no se encuentran sólo en (i) laudos,⁴⁹ sino también en (ii) medidas cautelares. Estas últimas contienen un pronunciamiento preliminar sobre el fondo; la medida cautelar dentro del arbitraje es igual a la judicial, en el sentido de que implica un *prejuzgamiento* de la materia controvertida.⁵⁰ Este prejuzgamiento implica presentar una respuesta no final a la controversia materia de análisis.

Por su importancia para este trabajo, un análisis *in extenso* de las decisiones sobre el fondo se hará en un apartado específico del Capítulo III.

2.6.2. Decisiones arbitrales sobre la propia competencia del tribunal arbitral

Las decisiones arbitrales sobre la propia competencia del tribunal arbitral giran en torno a la validez de la relación *jurídico-arbitral*. En concreto, tenemos aquí a las decisiones sobre (i) cuestiones relativas a la validez del convenio arbitral; sobre (ii) cuestiones relativas a si la controversia está dentro del ámbito del convenio; sobre (iii) defensas previas, que son defensas que no cuestionan las pretensiones y se limitan a requerir el cumplimiento de un acto previo; sobre (iv) incorporación de partes no signatarias,⁵¹ tema enlazado a la competencia *subjetiva* del tribunal arbitral; y sobre (v) excepciones —salvo las de prescripción y caducidad—,⁵²

⁴⁹ El laudo, por cierto, no siempre resuelve sólo el tema de fondo. No es inusual que aspectos formales, como excepciones o defensa previas opuestas, sean resueltas en el laudo. En tales casos, el laudo contendrá tanto decisiones sobre el fondo como decisiones sobre aspectos formales.

⁵⁰ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «Apuntes sobre las medidas cautelares en el sistema arbitral peruano». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2008, n.º 7, p. 129.

⁵¹ Nuestra LA reconoce expresamente esto.

«Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos».

⁵² Las excepciones sobre prescripción y caducidad constituyen temas enlazados a la resolución del fondo de la controversia. *Vid. supra* nota 33.

que son defensas que, de forma perentoria o dilatoria, inhabilitan la continuación del procedimiento arbitral.

Estos temas, sin duda alguna, son ajenos al fondo del asunto. Basta ver lo que señala nuestra LA para demostrar ello. En específico, veamos el artículo 41 de la norma:

Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras **cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia**. (El énfasis es nuestro).

El artículo 41 se refiere a las excepciones, objeciones y cualquier otro mecanismo que impida la continuación del arbitraje como aspectos que impiden «entrar en el fondo de la controversia». Sobre ello, tales temas son ajenos a la resolución del fondo, conformándose como cuestiones de forma.

2.6.3. Decisiones arbitrales sobre otros temas significativos y sobre incidencias procedimentales

Si uno participa en un arbitraje, notará que los árbitros no sólo expiden decisiones sobre la resolución del fondo o sobre su propia competencia. A lo largo de un procedimiento arbitral, los árbitros expiden decisiones respecto a cuestiones de diversa índole. A continuación, una lista referencial:

- Decisiones frente a solicitudes de recusación o remoción de árbitros. El arbitraje, ya señalamos, se sustenta en la confianza de las partes respecto a los juzgadores; por lo tanto, la conformidad de éstas con los árbitros designados es vital. Pues bien, en casos en que el tribunal arbitral sea colegiado, es éste el que se encarga de resolver cuestiones relativas a (i) dudas sobre la imparcialidad (recusación) del árbitro; y a (ii) circunstancias que impiden al árbitro actuar, o ausencia de ejercicio de sus funciones (remoción). Esto se encuentra

regulado en los artículos 29⁵³ y 30⁵⁴ de nuestra LA; y en los artículos 13⁵⁵ y 14(1)⁵⁶ de la LMU.

⁵³ «Artículo 29.- Procedimiento de recusación.

2. A falta de acuerdo o de reglamento arbitral aplicable, se aplicarán las siguientes reglas:

[...]

ii) Tratándose de un tribunal arbitral conformado por más de un árbitro, resuelven la recusación los demás árbitros por mayoría absoluta, sin el voto del recusado. En caso de empate, resuelve el presidente del tribunal arbitral, a menos que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve la institución arbitral que hubiese efectuado su nombramiento o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme al inciso d y e del artículo 23».

⁵⁴ «Artículo 30.- Remoción.

1. Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo entre las partes sobre la remoción y no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo o no se encuentran sometidos a un reglamento arbitral, se procederá según lo dispuesto en el artículo 29. Esta decisión es definitiva e inimpugnable. Sin perjuicio de ello, cualquier árbitro puede ser removido de su cargo mediante acuerdo de las partes».

⁵⁵ «Artículo 13.- Procedimiento de recusación

[...]

2) A falta de tal acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la constitución del tribunal arbitral o de cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo 2) del artículo 12, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre ésta.

3) Si no prosperase la recusación incoada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o en los términos del párrafo 2) del presente artículo, la parte recusante podrá pedir, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de la decisión por la que se rechaza la recusación, al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6, que decida sobre la procedencia de la recusación, decisión que será inapelable; mientras esa petición esté pendiente, el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, podrán proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo».

⁵⁶ «Artículo 14.- Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones

1) Cuando un árbitro se vea impedido de jure o de facto en el ejercicio de sus funciones o por otros motivos no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. De lo contrario, si subsiste un desacuerdo respecto a cualquiera de esos motivos, cualquiera de las partes podrá solicitar del tribunal u otra autoridad competente conforme al

- Decisiones sobre la presentación, admisión y actuación de pruebas. Según el artículo 43.1⁵⁷ de la LA, el tribunal arbitral determina de manera exclusiva la admisión, actuación y valor de las pruebas. Si bien la valoración de las pruebas y los hechos que éstas acreditan se encuentran en el marco la competencia exclusiva de los árbitros para resolver el fondo, los pasos anteriores a dicha valoración quedan fuera del ámbito de resolución del fondo.

En tal sentido, los árbitros deciden cómo y cuándo se presentan, admiten y actúan las pruebas en atención a la potestad que tienen para dirigir el procedimiento. Naturalmente, esto se hace en observancia del marco procedimental establecido por las partes (ej., a través del establecimiento de un reglamento arbitral aplicable).

- Decisiones procedimentales en sentido estricto. Durante el desarrollo del procedimiento, es común que las partes viertan declaraciones de diferente tipo (ej., «téngase presente sobre pretensión subordinada del demandado», «precisiones sobre la diferencia entre informe y pericia», etc.). Frente a tales declaraciones, lo ordinario está en que el tribunal arbitral tenga por recibidas las mismas, y disponga su traslado a la contraparte, a efectos de que pueda manifestar todo lo que considere pertinente a sus intereses. Pues bien, esta decisión de comunicar a una parte lo declarado por otra es el ejemplo por excelencia de decisión de simple trámite procedimental.

artículo 6 una decisión que declare la cesación del mandato, decisión que será inapelable».

⁵⁷ «Artículo 43.- Pruebas

1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios».

Las decisiones procedimentales en sentido estricto no son más que aquellas disposiciones rutinarias que se toman a lo largo del procedimiento para la tramitación del mismo.

- Decisiones de programación. Decisiones que fijan fechas y/o plazos para el desarrollo de determinadas actuaciones (ej., fechas de audiencias, plazo para presentar la demanda).

2.7. La impugnación del arbitraje: vías y límites

La institución del arbitraje no está exenta de control judicial en el Perú. No obstante, este control se da para supuestos específicos, y respetando los límites que se derivan de la esencia del arbitraje. El control se da a través de dos vías distintas:

- El proceso constitucional de amparo, según lo establecido en el precedente vinculante de la Sentencia sobre el expediente n.º 00142-2011-PA/TC.
- La acción de anulación de laudo, regulada en los artículos 62 y siguientes de la LA.

2.7.1. El amparo arbitral

Breve reseña histórica

En progresión histórica, el amparo, como vía constitucional de tutela de derechos constitucionales (distintos al de la libertad)⁵⁸ afectados en el contexto arbitral siguió un tracto caracterizado por diferentes etapas. Según Álvarez Miranda y Muñoz Hernández, tales etapas fueron las siguientes:⁵⁹

⁵⁸ Artículo 37 del Código Procesal Constitucional.

⁵⁹ ÁLVAREZ MIRANDA, ERNESTO y GONZALO MUÑOZ HERNÁNDEZ. «La jurisdicción arbitral en el Perú: el rol del Tribunal Constitucional en la salvaguarda de un

- Reconocimiento del amparo contra arbitraje (1999-2006). El amparo arbitral inicia con el caso de Pesquera Rodga S.A. (expediente n.º 0189-1999-AA/TC).

El razonamiento del Tribunal Constitucional era el siguiente: si el amparo podía proceder contra resoluciones de la jurisdicción militar, no había razón o justificación alguna para que no sucediese lo mismo en el caso de resoluciones provenientes de la jurisdicción arbitral.⁶⁰ El ámbito de control aquí pasaba por detectar resoluciones arbitrales «irregulares», en las que no había observación del debido proceso o de la tutela jurisdiccional efectiva.⁶¹

- Afianzamiento y delimitación del ámbito de control constitucional (2006-2008). Este período inicia con el importante caso del hábeas corpus planteado por Fernando Cantuarias Salaverry (expediente n.º 6167-2005-PHC/TC). En tal caso se resaltó que

fueron arbitral ajeno a intromisiones judiciales». En *Arbitraje y Constitución*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores. *Biblioteca de Arbitraje*, 2012, vol. XXI, pp. 33-39.

⁶⁰ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 189-99-AA/TC, fundamento 3.

«Que, a este respecto, es un hecho incontrovertible que la posibilidad de cuestionarse por vía del proceso constitucional un laudo arbitral, esto es, una resolución expedida por un tribunal arbitral, no puede considerarse una opción equivocada ni menos inconstitucional, habida cuenta de que si bajo determinadas circunstancias procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto de la jurisdicción ordinaria como contra resoluciones de la jurisdicción militar, como este mismo Colegiado lo ha podido determinar en la *ratio decidendi* de anteriores pronunciamientos, no existe razón alguna (tampoco y mucho menos legal, ya que se trata de derechos constitucionales) que impida el uso del proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral, quedando por precisar, en todo caso, cuáles son las circunstancias o los casos bajo los cuales procede o se habilita semejante cuestionamiento».

⁶¹ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 189-99-AA/TC, fundamento 4.

el arbitraje, en tanto jurisdicción, no estaba exenta de instituciones como el debido proceso.⁶²

El punto de partida, entonces, estaba en que la afectación al debido proceso o a la tutela jurisdiccional efectiva habilita la tutela constitucional. En específico, durante este período se establecieron un conjunto de reglas que, en teoría, establecían el límite del alcance del control constitucional.⁶³

- Etapa de ausencia de uniformidad en la línea jurisprudencial (2008-2011). Durante esta etapa, se expidieron diferentes pronunciamientos que generaron inseguridad e incertidumbre respecto del alcance del control constitucional. El Tribunal Constitucional «contravino su propio precedente, retrocediendo todo lo avanzado en la lucha por la autonomía del arbitraje y por la no interferencia de los tribunales ordinarios en el análisis de cuestiones de fondo».⁶⁴

Así, en el caso Codisa (expediente n.º 05311-2007-PA/TC) el demandante reclamó por la aplicación de un decreto ley derogado y la no valoración de determinadas pruebas. Aun cuando en un caso anterior (expediente n.º 04195-2006-AA/TC) se señalaba que tales reclamos no podían ventilarse en arbitraje —es obvio que tales aspectos forman parte de las cuestiones de fondo reservadas al tribunal arbitral—, en el caso Codisa el Tribunal Constitucional declaró procedente la demanda y evaluó tales temas.

⁶² Sentencia del TC sobre el expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9.

⁶³ Sentencias del TC sobre los expedientes n.º 04972-2006-PA/TC y n.º 04195-2006-PA/TC.

⁶⁴ SABROSO MINAYA, Rita. «¿Un gran paso hacia la autonomía del arbitraje? El nuevo precedente del Tribunal Constitucional». En *Arbitraje y Constitución*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores. *Biblioteca de Arbitraje*, 2012, vol. XXI, pp. 276.

De otro lado, en el caso Ivesur (expediente n.º 02851-2010-PA/TC) el Tribunal Constitucional contempló que un supuesto excepcional no comprendido en las causales de anulación de la anterior norma de arbitraje, la Ley n.º 26572, Ley General de Arbitraje, derivaba en que no sea exigible el seguimiento de las vías previas respectivas. Ello iba contra lo establecido en un caso anterior (expediente n.º 04195-2006-AA/TC).

El caso Ivesur fue particularmente muy criticado,⁶⁵ y el Tribunal Constitucional consideró necesario establecer reglas fijas sobre el tema que garanticen seguridad y predictibilidad jurídica. Así, todo ello se plasmó en el caso de la Sociedad Minera María Julia (expediente n.º 00142-2011-PA/TC), cuya sentencia constituye precedente vinculante.

Delimitación actual del amparo arbitral

En el caso María Julia, el Tribunal Constitucional opta por establecer sólo tres supuestos específicos de procedencia del amparo contra arbitrajes. A contrario, cualquier otro supuesto materia de reclamo por vía de amparo deberá ser declarado improcedente. Así:

Supuestos de procedencia del amparo arbitral

21. No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5, inciso 2) del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
- b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

⁶⁵ ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. «Notas sobre la actividad arbitral a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano». En *Arbitraje y Constitución*. «Biblioteca de Arbitraje» Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2012, vol. XXI, p. 145.

c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071.⁶⁶

Los supuestos de procedencia son los siguientes: (i) la afectación directa a precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional; (ii) el ejercicio de control difuso, por parte de los árbitros, sobre normas que el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial ha declarado constitucional; y (iii) reclamo de un tercero ajeno al arbitraje sustentado en la afectación a sus derechos constitucionales. A contrario, cualquier otro supuesto será declarado como improcedente.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso María Julia estableció que la anulación del laudo (y su apelación también, puesto que ésta se encontraba contemplada en la anterior norma de arbitraje, Ley n.º 26572) constituía una «vía procedimental específica».⁶⁷ Observemos:

El **recurso de anulación** previsto en el Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los **recursos de apelación y anulación** para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26572) constituyen *vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales*, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5º, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la presente sentencia.⁶⁸

En síntesis, el amparo contra arbitrajes procede sólo en tres supuestos. En cualquier otro caso, la acción de amparo deberá ser declarada improcedente.

⁶⁶ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 00142-2011-PA/TC, fundamento 21.

⁶⁷ Como veremos en el siguiente apartado, esto ha derivado en que, a nivel judicial, se entienda que se han generado nuevas causales de anulación de laudo.

⁶⁸ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 00142-2011-PA/TC, fundamento 20.

2.7.2. *La anulación del laudo*

2.7.2.1. *Definición*

El mecanismo de impugnación de arbitrajes por excelencia es el de anulación del laudo. A través del mismo, se busca la invalidez del laudo arbitral sustentada en determinadas anomalías acaecidas en (i) el propio laudo; o en (ii) el procedimiento arbitral.

Nuestro ordenamiento concibe al recurso de anulación del laudo como la única vía específica⁶⁹ para supervisar al arbitraje. Ahora bien, el objeto de «supervisión» depende de la visión que se tenga sobre el arbitraje. Bajo una posición contractualista, se supervisa el respeto al acuerdo de las partes a arbitrar;⁷⁰ bajo una posición que parte del arbitraje como jurisdicción, el recurso de anulación verifica el respeto a las garantías jurisdiccionales fundamentales.⁷¹

Sea como fuere, las causales específicas de anulación dependerán, en última instancia, de lo que regulen las normas de cada ordenamiento específico. Para tener una idea general, la LMU concibe, en su artículo 34(2),⁷²

⁶⁹ Según vimos, el amparo constituye una vía residual procedente sólo en tres supuestos específicos.

⁷⁰ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «El dilema del huevo y la gallina: el carácter contractual del recurso de anulación». En *Derecho y Sociedad*. Lima, 2012, n.º 38, pp. 17-31.

⁷¹ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «De la interrelación a la interferencia judicial en los procesos arbitrales: límites de su actuación». En *Thémis*. Lima, 2007, n.º 53, pp. 91-104.

⁷² Artículo 34.- La petición de nulidad como único recurso contra el laudo arbitral «[...]»

2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:

a) La parte que interpone la petición pruebe:

i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera

a la anulación del laudo como respuesta frente a un acuerdo arbitral inválido, violaciones a derechos de las partes en el procedimiento, cuestiones relativas a la competencia de los árbitros, incumplimiento de disposiciones procedimentales convencionales, y violación al orden público.

En el caso peruano, las causales de anulación constituyen una lista cerrada determinadas por la ley. Veamos el artículo 63.1 de la LA:

Artículo 63.- Causales de anulación.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.

b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

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 la que

indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o

- ii) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o
 - iii) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o
 - iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley; o
- b) El tribunal compruebe:
- i) Que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
 - ii) Que el laudo es contrario al orden público de este Estado».

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.

d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.

f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.

g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

La naturaleza «cerrada» de las causales se desprende de la parte inicial del artículo, que señala que el laudo sólo podrá ser anulado por tales supuestos. No obstante, en realidad las causales de los literales b. y c. del citado artículo 63.1 tienen, ciertamente, una redacción muy genérica, y ello ha generado problemas.

En primer lugar, la propia LA estableció en una disposición complementaria que la acción de anulación de laudo podía emplearse para la tutela de derechos constitucionales. Observemos:

DUODÉCIMA.- Acciones de garantía.

Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.

Luego, esta disposición normativa se ve reforzada por un precedente vinculante del Tribunal Constitucional. En efecto, según expresamos en el apartado anterior, la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el expediente n.º 00142-2011-PA/TC estableció que la anulación

de laudo constituía una vía satisfactoria para la tutela de derechos constitucionales.

¿Por dónde se materializaría esta tutela de derechos fundamentales como causal de anulación de laudo? Como veremos en el Capítulo iv, esto se da a través de diferentes causales del artículo 63.1 de la LA. La jurisprudencia actual nos devela que ésta se da a través de las causales de los literales b. y c. del artículo 63.1 de la LA.⁷³ En síntesis, la anulación del laudo procede por diferentes causales establecidas en una lista cerrada, no obstante algunas de ellas permiten un amplio margen de actuación.

2.7.2.2. *Límite: la resolución del fondo de la controversia*

La autonomía e independencia del arbitraje para la solución de un conflicto derivan en que la intervención judicial de supervisión a dicha institución deba ser mínima.⁷⁴ Como bien señaló Michael Hwang para el arbitraje internacional —aunque plenamente aplicable para el arbitraje en general—, «las cortes deben supervisar con un toque ligero, pero asistir con mano dura».⁷⁵

Pues bien, la doctrina en mayoría concuerda respecto a un límite del examen judicial de anulación: el examen de *cómo se resolvió* la controversia. Según expusimos en el numeral anterior, la decisión del tribunal arbitral que resuelve el fondo es inquestionable, y nadie puede irrogarse la competencia para modificarla o «rectificarla». Veamos:

[...] el recurso de anulación, cuyo sustento es la configuración de determinados vicios en el procedimiento o en el propio laudo [...]. Es

⁷³ Ver 2.2.2. del Capítulo iv.

⁷⁴ Por contraste, la intervención judicial para la ejecución o materialización del arbitraje debe ser fuerte y vocal.

⁷⁵ HWANG, Michael. «Commercial courts and international arbitration—competitors or partners?». En *Arbitration International*. Oxford, n.º 31, 2015, p. 194. Traducción libre de: «Courts should supervise with a light touch, but assist with a strong hand».

pertinente indicar que —contrariamente a lo que viene ocurriendo— en ningún caso la revisión que se realice por esta vía [recurso de anulación de laudo arbitral] debe implicar un análisis del contenido del laudo, es decir, el recurso de anulación no conlleva la posibilidad de emitir una decisión en sentido diverso al establecido en la *vía arbitral*; en estricto, la revisión no versará sobre el fondo de lo resuelto, sino que se limitará a verificar la validez formal y del procedimiento en el que el laudo ha sido dictado.⁷⁶

De igual forma, cabe también tener en cuenta lo señalado por Caivano:

Para resolver la nulidad de un laudo arbitral carecen de eficacia los argumentos encaminados a demostrar su injusticia, porque el objeto procesal de la jurisdicción judicial que se abre con el recurso de anulación es diferente de la que se origina en la apelación. Los jueces sólo tienen la facultad de revisar la decisión arbitral en cuanto a su justicia cuando se recurre ante ellos por vía de apelación, recurso que abre la instancia con amplitud para ello. Pero, cuando se le somete exclusivamente la cuestión relativa a la validez, no puede entrar a considerar el modo en que la controversia ha sido resuelta.⁷⁷

Y es que debe quedar claro que la acción de anulación del laudo no es una vía ordinaria de apelación, por la que se pueda cuestionar ante las cortes nacionales la decisión de los árbitros. El laudo arbitral, según el artículo 59.1⁷⁸ de la LA es firme y no susceptible de apelación.

Más aún, de la lectura del anteriormente citado artículo 63 de la LA no se observa causal alguna de anulación que permita inferir que puede cuestionarse la manera cómo los árbitros resolvieron el caso. El control

⁷⁶ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «De la interrelación a la interferencia judicial en los procesos arbitrales: límites de su actuación». *Ob. cit.*, p. 100.

⁷⁷ CAIVANO, Roque J. *Negociación, conciliación y arbitraje*. Lima: Apenac, 1998, p. 304.

⁷⁸ «Artículo 59.- Efectos del laudo.

1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes».

judicial sobre el arbitraje, entonces, tiene como límite a la competencia exclusiva de los árbitros para resolver el fondo de la controversia.

2.8. Tipos de arbitraje

Existen muchas formas de clasificar y diferenciar los tipos de arbitraje. A continuación, presentaremos las siguientes formas de clasificación:

- Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia
- Arbitraje entre particulares y arbitraje con componente público
- Arbitraje comercial y arbitraje de inversiones
- Arbitraje doméstico y arbitraje internacional

Las clasificaciones señaladas no se han elegido de manera arbitraria. Ello se debe a que (i) este trabajo se centra en el arbitraje comercial, por lo que es conveniente diferenciarlo del arbitraje de inversiones; y (ii) la motivación puede variar en su contenido y naturaleza según el tipo específico de arbitraje de que se trate.

2.8.1. Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia

El arbitraje, desde sus orígenes, siempre ha tenido vocación de administrar justicia. Ésta es la razón por la que no podía concebirse un arbitraje en el cual el árbitro decidiese en función a preferencias subjetivas, al mero arbitrio o a la aleatoriedad. En otras palabras, en los orígenes del arbitraje, ante la necesidad de decidir de manera objetiva y ante la falta de normas legales suficientes, el árbitro decidía según sus criterios de justicia. A este arbitraje lo podemos denominar «de conciencia».

En progresión histórica, no obstante, el arbitraje tendió en algunos casos a dejar de lado el criterio «de justicia» para pasar a resolver los conflictos aplicando las normas legales disponibles.⁷⁹ El arbitraje, entonces,

⁷⁹ SÓLOGUREN CALMET, Hugo y Luis Miguel PURIZAGA VÉRTIZ. «Arbitraje de conciencia, ¿en qué casos y para qué fines?». En *Ius et Ratio*. Lima, año 2, n.º 1,

puede ser considerado como uno «de derecho». De dicha ambivalencia, apareció la cuestión de entender al arbitraje como (i) una forma diferente de juicio —más rápido y con juzgadores privados—; o como (ii) una institución dirigida a procurar paz.⁸⁰

El arbitraje, entonces, pasa a dividirse según *qué* se utiliza para resolver la controversia. Así:

- De un lado, en el arbitraje de conciencia, los árbitros pueden resolver empleando principios y reglas de justicia que ellos consideren óptimos para lograr que, en el caso concreto, se resuelva la controversia con justicia y equidad.
- De otro lado, en el arbitraje de derecho, los árbitros aplican las mismas normas que emplean los jueces en las cortes ordinarias: las leyes del ordenamiento jurídico.

En tal sentido, las partes pueden elegir si el arbitraje será de derecho o de conciencia. En realidad, puede decirse que las partes *deben* decidir si el arbitraje es de derecho o de conciencia. El arbitraje es un mecanismo de *administración de justicia*,⁸¹ por lo que si las partes dispusieran que los árbitros resuelvan sobre otros criterios (ej., sobre qué parte muestre las mejores dotes de oratoria), estaríamos dejando el campo del arbitraje, y pasando al campo de una transacción sujeta a criterios exógenos a las partes.⁸²

2014, pp. 31-32.

⁸⁰ ISAACS, Nathan. «Two views of Commercial Arbitration». En *Harvard Law Review*. Cambridge (MA), vol. 4, n.º 7, 1927, p. 931.

⁸¹ CAVALLI, María Cristina y Liliana Graciela QUINTEROS AVELLANEDA. *Introducción a la gestión no adversarial de conflictos*. Madrid: Reus, 2010, entre otros.

⁸² Tal mecanismo, por cierto, no estaría prohibido por nuestro ordenamiento jurídico. Como referencia, nuestro Código Civil, en su artículo 1311, regula incluso supuestos de transacción en los que la cuestión controvertida se dirime por medio del azar. Si las partes pueden resolver una controversia según el resultado de lanzar una moneda, no parece viable descartar que puedan hacerlo ciñéndose a

A nivel internacional, tanto el arbitraje de derecho como el arbitraje de conciencia (mejor conocido como *amicable arbitration* o arbitraje *ex aequo et bono*) son instituciones vigentes. Como referencia, la LMU consigna, en su artículo 28,⁸³ la libertad de las partes para decidir qué normas se aplicarán para la controversia. En el caso peruano, nuestro ordenamiento jurídico —artículo 57⁸⁴ de la LA— reconoce a ambos tipos de arbitraje; y, por regla general, permite que las partes puedan elegir entre uno y otro.

Según vemos, esta clasificación se hace de acuerdo a los criterios que debe/puede emplear el tribunal arbitral para resolver la controversia. Es evidente que tales criterios se materializarán en el discurso de motivación de la decisión, por lo que este aspecto resulta pertinente también

una decisión arbitraria/subjetiva de un tercero.

⁸³ «Artículo 28.- Normas aplicables al fondo del litigio

1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

3) El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así».

⁸⁴ «Artículo 57.- Normas aplicables al fondo de la controversia.

1. En el arbitraje nacional, el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia, de acuerdo a derecho.

2. En el arbitraje internacional, el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, el tribunal arbitral aplicará las que estime apropiadas.

3. En cualquiera de los supuestos previstos en los numerales 1 y 2 de este artículo, el tribunal arbitral decidirá en equidad o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente para ello».

para la motivación. Esto se verá con mayor detalle al momento de exponer el concepto de motivación dentro de las decisiones arbitrales sobre el fondo de la controversia —capítulo III—.

2.8.2. Arbitraje entre particulares y arbitraje con componente público

La concepción estándar del arbitraje, entendido como un mecanismo de solución de controversias voluntario y entre privados, ha cedido ante nuevas tendencias. En el Perú, el arbitraje no se limita a particulares, siendo posible que el Estado también participe en ellos; y tampoco se puede descartar la existencia de cierto tinte «obligatorio» en algunos arbitrajes —arbitrajes sobre contratación pública—.

Podemos diferenciar entre arbitrajes en los que (i) sólo participan particulares y arbitrajes en los que (ii) existe un componente público, entendido éste como la participación del Estado como parte. La distinción es pertinente porque, como advirtió ya Wong Abad,⁸⁵ el arbitraje en general, y la motivación en especial, varía en sus caracteres según si participa o no el Estado en el procedimiento arbitral.

2.8.2.1. Arbitraje clásico: el arbitraje entre particulares

Al hablar de arbitraje «clásico», nos referimos al supuesto por excelencia del arbitraje: la solución de una controversia entre dos particulares. Arbitrajes en los que las partes son sujetos netamente particulares, por lo que no hay un interés —al menos no directo— estatal de por medio. Esta figura encuadra dentro de la concepción original y clásica del arbitraje, entendido como un mecanismo de para resolver disputas (comerciales) entre privados.

⁸⁵ WONG ABAD, Julio Martín. *Sobre la naturaleza de la motivación en los laudos arbitrales*. Correo electrónico de fecha 28 de marzo de 2016.

2.8.2.2. Arbitraje con componente público

Definición y características

Por arbitraje «con componente público» nos referimos a aquellos casos en los que el Estado es parte en un arbitraje. Para el caso peruano, que el Estado pueda ser parte en un arbitraje está reconocido en el artículo 4 de la LA:

Artículo 4.- Arbitraje del Estado peruano.

1. Para los efectos de este decreto legislativo, la referencia a Estado Peruano comprende el gobierno nacional, los gobiernos regionales, los gobiernos locales y sus respectivas dependencias, así como las personas jurídicas de derecho público, las empresas estatales de derecho público, de derecho privado o de economía mixta y las personas jurídicas de derecho privado que ejerzan función estatal por ley, delegación, concesión o autorización del Estado.
2. Las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional.
3. El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país.
4. El Estado puede también someter a arbitraje internacional, dentro o fuera del país, las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país.
5. En caso de actividades financieras, el arbitraje podrá desarrollarse dentro o fuera del país, inclusive con extranjeros domiciliados en el país.

Una lectura del artículo permite destacar tres cosas en cuanto a la participación del Estado peruano en arbitrajes: (i) se hace una definición bastante extensa de lo que significa «Estado», incluyéndose no sólo al gobierno, sino a empresas estatales e incluso personas jurídicas de derecho privado que ejercen alguna función estatal; (ii) se habilita al Estado a someter a arbitraje, nacional o internacional las controversias que se

origen de los contratos que haya celebrado con particulares nacionales o extranjeros; y (iii) pueden existir arbitrajes entre entidades estatales, es decir, arbitrajes en los que no hay particular alguno como parte.

Según señalamos, el Estado peruano puede acceder a la vía arbitral para resolver sus controversias. Esta regla establecida en el citado artículo 4 de la LA constituye, vale redundar, la habilitación del Estado para arbitrar. Sobre dicha habilitación, nuestro ordenamiento ha establecido diferentes formas de sometimiento del Estado al arbitraje. Así, debemos diferenciar entre:

- Supuesto en los que el Estado puede elegir libremente entre seguir la vía judicial o arbitral. Ésta es la regla general. La habilitación expresa para que una entidad estatal pueda llevar su controversia a arbitraje se encuentra en el ya citado artículo 4.3 de la LA.
- Supuestos en los que el Estado se ha *auto-obligado*⁸⁶ a seguir la vía arbitral, viéndose impedido de someter su controversia a

⁸⁶ No estamos afirmando que el arbitraje sea obligatorio. Pero, es evidente que existe un cierto «tinte obligatorio» cuando el Estado, *ex ante*, renuncia para ciertas materias a la vía judicial ordinaria y se impone la obligación de pactar cláusulas arbitrales. Pero como es evidente, tal decisión radica de la propia voluntad legislativa del Estado. Por otro lado, no podría alegarse que la contraparte particular se encuentra obligada a arbitrar, toda vez que, aun cuando el Estado establece como «innegociable» la existencia de una cláusula arbitral, nadie puede obligar al particular a firmar el contrato que contiene la cláusula arbitral. Es decisión de éste el aceptar tales condiciones o no.

Para mayor información, *vid.* CASTILLO FREYRE, Mario; y Rita SABROSO MINAYA. *El arbitraje en la contratación pública*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores. *Biblioteca de Arbitraje*, vol. VII, 2009, pp. 21-30; KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en los contratos del Estado: el arbitraje de derecho». En *Ius et Praxis*. Lima, 2003, n.º 34, pp. 67-79; ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. «Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra». En *Advocatus*. Lima, 2007, n.º 16, pp. 181-199;

los tribunales nacionales. Esto se da cuando el propio ordenamiento jurídico obliga al Estado a establecer, en determinadas relaciones contractuales, una cláusula arbitral, siendo ineludible esta última.

En otras palabras, existen materias en las que el Estado puede decidir entre seguir la vía judicial o arbitral; y materias en las que se ha establecido la autoexigencia de seguir la vía arbitral para resolver las controversias. De manera referencial, presentamos los siguientes casos:

- Materias en las que el Estado puede elegir entre la vía judicial o arbitral:
 - Controversias derivadas de la expropiación de propiedades. El artículo 35⁸⁷ del Decreto Legislativo n.º 1192, Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles, establece que el «sujeto pasivo» (el expropiado) puede reclamar sobre determinados aspectos de la expropiación tanto en la vía judicial como en la arbitral. En caso aquél haya elegido la vía arbitral, el «sujeto activo» (la entidad estatal) puede consentir o rechazar seguir tal vía.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «El arbitraje con el Estado en la nueva Ley Arbitral y en el régimen especial de contratación con el Estado». En *Actualidad Jurídica*. Lima, 2008, n.º 177, pp. 19-29; LATORRE BOZA, Derik. «El arbitraje en la contratación pública». En *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, vol. v, 2007, pp. 281-295.

⁸⁷ «Artículo 35.- Vía arbitral

En caso el sujeto pasivo decida ejercer su derecho en vía arbitral, son de aplicación las reglas del arbitraje en el presente título, siendo de aplicación supletoria el Decreto Legislativo n.º 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje.

El sujeto activo puede oponerse a acudir al arbitraje dentro del plazo máximo de diez días hábiles de recibida la comunicación del sujeto pasivo. En caso de no manifestar expresamente su negativa, dentro del plazo señalado, se entiende que el sujeto activo ha aceptado someterse al arbitraje».

- Controversias entre entidades del Sistema Nacional de Salud o entre éstas y sus usuarios. Esto se encuentra reconocido en los artículos 30⁸⁸ y siguientes del Decreto Legislativo n.º 1158, los que establecen la creación y funcionamiento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia Nacional de Salud (Ceconar). Dentro del Sistema Nacional de Salud, cabe precisar, se encuentran entidades públicas como las Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud (Essalud, SIS, etc.).

Cabe precisar que el artículo 33⁸⁹ de la mencionada norma precisa la naturaleza convencional del arbitraje. Por lo tanto, aquí el Estado puede elegir entre seguir la vía arbitral o la judicial.

- En general, cualquier controversia contractual sobre materia disponible en la que no exista impedimento para arbitrar.

⁸⁸ «Artículo 30.- Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia
El Centro de Conciliación y Arbitraje (Ceconar), es un órgano resolutorio que forma parte de la estructura orgánica de la Superintendencia. Cuenta con autonomía técnica y funcional, y es competente para conocer y resolver las controversias que surjan entre los agentes que forman parte del Sistema Nacional de Salud, así como entre éstos y los usuarios de los servicios de salud, a través del establecimiento de mecanismos de conciliación, arbitraje y demás medios alternativos de solución de controversias que se contemplen».

⁸⁹ «Artículo 33.- De la designación del centro de conciliación o arbitraje
Las partes podrán someterse de común acuerdo a la competencia del centro de conciliación o arbitraje del Servicio de Conciliación y Arbitraje en salud que consideren pertinente, ya sea en el propio contrato o una vez suscitada la controversia. El Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia pondrá a disposición de las partes el listado de Centros registrados y especializados en materia de salud.

En caso que las partes hayan acordado el sometimiento a arbitraje y no alcancen un acuerdo sobre el centro competente, se entenderá como centro competente al Ceconar».

- Materias en las que el Estado no puede recurrir a la vía judicial:
 - Controversias sobre contratación pública. Régimen de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado. Según la Ley n.º 30225, las controversias sobre contratos sometidos a tal régimen no pueden recurrir a la vía judicial.⁹⁰
 - Controversias provenientes de contratos de asociaciones público privadas (APP). El artículo 23 del Decreto Legislativo n.º 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, establece que los contratos de APP «deben incluir la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias».
 - Controversias sobre inversiones realizadas por nacionales de otros estados, en aquellos casos en los que la inversión esté cubierta por un tratado de inversión que contemple al arbitraje como única vía para resolver las controversias.

Cabe destacar que, en cada una de estas materias, el Estado ha regulado disposiciones especiales a seguir en el arbitraje respectivo. Es evidente que éstas fueron establecidas debido a la participación del Estado como parte.

⁹⁰ «Artículo 45.- Medios de solución de controversias de la ejecución contractual
45.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. Las controversias sobre la nulidad del contrato sólo pueden ser sometidas a arbitraje.
Las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, siendo sus decisiones vinculantes. El reglamento puede establecer otros medios de solución de controversias».

Para finalizar, los arbitrajes con componente público pueden ser de derecho o de conciencia según el subtipo específico. Por un lado, en los arbitrajes sobre contratación pública el arbitraje no puede ser de conciencia.⁹¹ Por otro, (i) los arbitrajes derivados de APP deben ser de conciencia si la controversia es técnica, pudiendo elegirse entre arbitraje de conciencia o de derecho si la controversia es no técnica;⁹² (ii) los arbitrajes derivados de la expropiación pueden ser de conciencia o de derecho según lo que decidan las partes;⁹³ (iii) los arbitrajes de inversiones ante el Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones (Ciadi) pueden ser, según lo decidan las partes, de derecho o de conciencia.⁹⁴

⁹¹ Ley n.º 30225

«Artículo 45.- Medios de solución de controversias de la ejecución contractual [...]»

45.6. El arbitraje es de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral integrado por tres miembros».

⁹² Decreto Supremo n.º 410-2015-EF, Reglamento del Decreto Legislativo n.º 1224

«Artículo 80.- Cláusulas arbitrales

Las cláusulas arbitrales a ser incluidas en los contratos de Asociación Público Privada se regirán por las siguientes disposiciones:

[...]

c) En caso se distinga entre controversias de naturaleza técnica y no técnica, las primeras serán sometidas a arbitraje de conciencia y las segundas a arbitraje de derecho, pudiendo estas últimas ser sometidas a arbitraje de conciencia cuando ello resulte conveniente».

⁹³ El Decreto Legislativo n.º 1192 no establece nada respecto a si el arbitraje a seguirse debe ser de derecho o de conciencia. En adición a ello, el artículo 35 de dicha norma establece la aplicación supletoria de la LA, por lo que es claro que las partes pueden elegir si el arbitraje sobre controversias derivadas de determinados aspectos de la expropiación será de derecho o de conciencia.

⁹⁴ Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.

«Artículo 42.-

(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

(2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.

¿Qué de especial tienen los arbitrajes con componente público?

¿Qué de importante tiene que el Estado sea parte en un arbitraje? ¿No podría decirse que poco o nada interesa si son particulares o entidades públicas las que hacen uso del mecanismo?

En realidad, la participación del Estado sí involucra un cambio en la regulación del arbitraje en el que se encuentra involucrado. Ya el maestro Santistevan de Noriega señaló que «es necesario un tratamiento diferenciado de los arbitrajes en los que intervienen partes estatales».⁹⁵ Esto se fundamenta en el interés público involucrado. En efecto, cuando el Estado reclama pretensiones o se defiende frente a reclamos de otros, el resultado de tal litigio es de interés para todos los ciudadanos. Este interés público deriva en que el procedimiento sobre el que discurre el litigio deba cumplir garantías determinadas, construyéndose una vía específica.

De manera paralela, cabe tener en cuenta que «[m]ientras más se extiende la arbitrabilidad de los litigios más se incrementa el control sobre el contenido del laudo».⁹⁶ Y en efecto, la extensión de la materia arbitrable hasta la contratación pública al punto de que en ésta sólo puede seguirse la vía arbitral (prohibición de recurrir a los tribunales ordinarios) deriva en que deba haber un mayor control sobre las decisiones en estos arbitrajes, a comparación del que existe para los arbitrajes ordinarios llevados entre privados.

(3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*».

⁹⁵ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «El arbitraje con el Estado». Consulta: 8 de mayo de 2015.

http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitraje_con_el_estado/arbitraje_con_el_estado.asp

⁹⁶ VÁSQUEZ, María Fernanda. «Arbitraje ante el Ciadi: aspectos relevantes y reflexiones sobre su operatividad». En *Revista Derecho de la Empresa*. Santiago de Chile, octubre-diciembre 2006, n.º 8, p. 25.

En conclusión, el arbitraje con componente público equivale a un procedimiento arbitral en el que el Estado participa como parte. El ordenamiento jurídico ha establecido reglas especiales para estos casos. Esto, como veremos más adelante, incide también en la motivación.

2.8.2.3. Arbitraje comercial y arbitraje de inversiones

Dentro del arbitraje internacional, se puede diferenciar entre arbitrajes comerciales internacionales y arbitrajes de inversiones. Esta distinción es muy importante, puesto que el arbitraje comercial y el arbitraje de inversiones constituyen fenómenos muy diferentes, engarzados para esquemas distintos entre sí.

Por un lado, tenemos al arbitraje comercial internacional. En realidad, desde sus orígenes, el arbitraje ha sido preponderantemente empleado para resolver cuestiones comerciales.⁹⁷ El arbitraje «comercial», así, no es más que un arbitraje cuya nota distintiva radica en que versa sobre controversias relativas a las incidencias propias del tráfico mercantil de bienes y servicios.

Este arbitraje comercial, por regla general, involucra sólo a agentes particulares. La controversia entre privados constituye el supuesto por excelencia del arbitraje comercial.

Frente a ello, el arbitraje de inversiones constituye un fenómeno más reciente. Su origen se enmarca como una nueva respuesta a la solución en las controversias entre empresas inversoras y estados anfitriones receptores de la inversión. Antes de la aparición del arbitraje, el inversionista sólo contaba con dos vías para realizar sus reclamos: la vía jurisdiccional interna y la vía de la protección diplomática.⁹⁸ La insuficiencia y problemas de

⁹⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. «Contribución al estudio histórico-jurídico del arbitraje». En *Anuario de Justicia Alternativa*. Barcelona, 2006, n.º 5, pp. 119-144.

⁹⁸ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima:

ambas vías derivaron en que surjan tratados o convenios entre Estados, sobre la inversión de sus particulares, que contenían el compromiso de los Estados de seguir un arbitraje en caso el inversionista considerase que su inversión se había visto afectada por el proceder estatal.

En esencia, a través del arbitraje de inversiones un inversionista puede reclamar a un Estado por cuestiones relativas a la inversión que realizó dentro del estado demandado.⁹⁹ Por ejemplo, las expropiaciones, los tratos inequitativos y desiguales entre el inversionista y empresas nacionales, etc., constituyen supuestos sobre los que la empresa inversionista puede demandar al Estado.

2.8.3. Arbitraje doméstico y arbitraje internacional

La globalización y el consiguiente crecimiento cuantitativo y cualitativo del comercio y de la inversión internacional son fenómenos indiscutibles en la actualidad. Cada día, se celebra un número indeterminado —pero altísimo— de contratos entre agentes de distintas nacionalidades, o que cuyo objeto o consecuencias no se limitan a una circunscripción nacional específica. En tal sentido, constituiría una visión limitada entender a las relaciones comerciales como aquéllas que se dan sólo entre dos agentes de un mismo país, o que versen y afecten exclusivamente elementos de un sólo Estado.

Pero, sea cual sea el «tipo» de relación comercial, es evidente que la misma puede generar conflictos entre los agentes. Se hacen necesarios, en esa línea, mecanismos de solución que puedan resolver tales controversias. Y es aquí donde entra en aparición el arbitraje, el que tanto por

El arbitraje internacional. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007, pp. 555 y ss.

⁹⁹ El concepto de arbitraje de inversiones es más complejo y extenso. No obstante, para este trabajo nos limitaremos a dicha definición básica y esencial.

la comunidad mercantil nacional¹⁰⁰ como por la internacional¹⁰¹ ha sido aceptado como el medio preferente para la solución de conflictos.

Para el arbitraje, es pertinente distinguir entre aquellos casos en los que los elementos y participantes pertenecen exclusivamente a un fuero nacional, de aquellos casos en los que no. Esto se debe a que, en los últimos, la complejidad usualmente es mayor puesto que se hace necesario recurrir al derecho internacional privado para encontrar la ley aplicable a los temas de forma (validez del acuerdo arbitral, procedimiento a seguir) como de fondo (la controversia).¹⁰²

Los criterios o elementos para calificar a un arbitraje como «internacional» son variados: la nacionalidad de los agentes involucrados, sus domicilios, el derecho aplicable al fondo, la sede del arbitraje, etc.¹⁰³ Se hace necesario, así, que se determinen qué criterios son los que diferencian entre arbitraje nacional y arbitraje internacional.

En el Perú, la LA, en su artículo 5, establece los elementos que configuran que un arbitraje tenga el carácter de internacional. Observemos:

Artículo 5.- Arbitraje internacional.

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

- a. Si las partes en un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración de ese convenio, sus domicilios en Estados diferentes.
- b. Si el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios.

¹⁰⁰ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «¿Es un arbitraje un juicio?». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (dir.). *El arbitraje en el Perú y el mundo*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, p. 146.

¹⁰¹ GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. *Arbitraje*. México D.F.: Porrúa, 2004, p. 2.

¹⁰² CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 314.

¹⁰³ GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *El arbitraje internacional*. Lima: Cecosami, 2004, p. 44.

- c. Si el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha, está situado fuera del territorio nacional, tratándose de partes domiciliadas en el Perú.
2. Para efectos de lo dispuesto en el numeral anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral.

Sobre ello, el arbitraje será internacional, bajo el prisma de la norma peruana, cuando (i) las partes tengan domicilios en Estados diferentes; (ii) la sede del arbitraje se ubica en un Estado distinto al del domicilio de las partes; y (iii) el objeto de la controversia o el cumplimiento de las obligaciones de la relación que da pie al arbitraje se encuentra más próxima a otro Estado, en los casos en que las partes domicilien en el Perú.

Por contraste, entonces, será arbitraje nacional aquél que involucre a partes que domicilien, ambas, en el Perú, con sede del arbitraje en nuestro país y que el objeto de la controversia o el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación entre las partes no esté más próxima a otro Estado que al peruano.

En conclusión, el arbitraje (i) es un mecanismo heterocompositivo de solución de conflicto, en el que los árbitros expiden una decisión vinculante para las partes involucradas; (ii) está reconocido como jurisdicción en nuestro ordenamiento jurídico (iii) procede sólo cuando la materia es arbitrable; (iv) involucra competencia de los árbitros sobre su propia competencia; y exclusiva competencia sobre el fondo; (v) involucra decisiones arbitrales sobre el fondo del asunto y sobre aspectos diferentes al fondo (como los del procedimiento); (vi) puede ser cuestionado a través del amparo contra el arbitraje o la anulación del laudo, ambas vías que proceden sólo en supuestos específicos, y que siempre deben respetar la exclusiva competencia de los árbitros sobre el fondo de la controversia; y (vii) puede clasificarse de diferentes maneras: arbitraje de derecho-arbitraje de conciencia, arbitraje entre particulares-arbitraje con componente público, arbitraje doméstico-arbitraje internacional.

3. LA MOTIVACIÓN

3.1. *Introducción. La motivación en sentido lato*

Para entender correctamente el significado de un concepto en un contexto específico —en nuestro caso, el medio arbitral— es importante hacer primero un estudio, cuando menos general, del concepto desde su sentido más lato hasta aterrizar en el sentido que tiene en el contexto específico objetivo. En cuanto a la motivación, esto se puede ilustrar así:

Motivación en sentido lato └ Motivación jurídicamente irrelevante └ Motivación jurídicamente relevante └ Derecho a la motivación └ Derecho a la motivación de una decisión estatal └ Derecho a la motivación de decisiones de la administración └ Derecho a la debida motivación judicial └ Derecho a la motivación en el marco de una relación crediticia └ Derecho a la motivación en el arbitraje

El punto de partida pasa por la definición lingüística base sobre la cual, posteriormente, se construirá el concepto jurídico del término. Según la Real Academia Española, motivar equivale a «dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo».¹⁰⁴ En esa línea, motivación¹⁰⁵ equivale al «conjunto de factores internos o externos que determinan en parte las acciones de una persona», más allá de si tales factores fueron exteriorizados o no.

¹⁰⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE). «Motivar». En *Diccionario de la lengua española*. 22.^a ed. Recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=PwDQ7LY>.

¹⁰⁵ RAE. «Motivación». En *Diccionario de la lengua española*, 22.^a ed. Recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=Pw7w4I0>.

La motivación, en un sentido lato, no es más que el conjunto de razones que *explican* —énfasis en que, por el momento, no estamos usando el verbo «justificar»— determinada acción o decisión. Éste es el concepto mínimo común que irradiará a cualquier definición de motivación según el ámbito o materia específica en que se encuentre.

Pues bien, desde el derecho, sucede que las razones de una acción no necesariamente tienen implicancias jurídicas. Puede distinguirse, entonces, según si la motivación tiene *relevancia jurídica*, o si por el contrario, carece de ella.

Vamos primero por la motivación carente de relevancia jurídica. Se trata de aquellos casos en los que la sustentación de determinado accionar no merece ninguna atención para el ordenamiento jurídico. Esto es, la exposición de las razones de determinada acción o decisión puede (o no) tener repercusión en la dimensión social, pero no tiene impacto alguno para el ámbito jurídico.

Los ejemplos de motivación carente de relevancia jurídica son infinitos: piénsese en el padre que explica a sus hijos el porqué de su castigo, o en el científico que se explyea sobre los indicios que le llevaron a hacer tal o cual experimento. En casos así, las razones resultan irrelevantes para el derecho; siendo que tales motivaciones forman parte de la vida social y nada más.

Por otro lado, está la motivación jurídicamente relevante, la que evaluaremos a continuación.

3.2. La motivación jurídicamente relevante

Al pensar en la motivación jurídicamente relevante, es probable que lo primero que venga a la mente esté en el conocidísimo concepto de la debida motivación judicial. Y en efecto, la debida motivación judicial constituye un supuesto —bastante importante— de motivación jurídicamente relevante.

No obstante, la motivación jurídicamente relevante no se limita a la debida motivación de las resoluciones judiciales, o a ésta + motivación de resoluciones administrativas —la que probablemente fue lo segundo que vino a la mente al pensar en motivación—. La motivación jurídicamente relevante tiene un espectro más amplio, el que merece ser presentado en tanto dicha tarea forma parte del objetivo del presente capítulo.

Veamos el siguiente ejemplo: En un contrato de construcción de obra, las partes pactaron que el pliego inicial del personal técnico ofrecido no puede ser cambiado, salvo que «el cambio obedezca a fuerza mayor debidamente sustentada». En un caso así, es indiscutible que un supuesto de fuerza mayor tiene efectos jurídicos en el cumplimiento de la obligación;¹⁰⁶ pero no sólo ello, la específica «sustentación» —que no es más que la motivación con otro nombre en este caso— también genera efectos jurídicos. No se trata sólo de que se produzca un supuesto de fuerza mayor, sino que el mismo debe ser contado, sustentado y explicado por la parte interesada.

En efecto, la motivación jurídicamente relevante radica en todos aquellos casos en que la motivación tenga una incidencia en alguna parte del conjunto de derechos, obligaciones, instituciones, etc. que conforma nuestro ordenamiento jurídico. Sobre ello, podemos hacer una enumeración referencial, no taxativa, de supuestos en los que la motivación es jurídicamente relevante. Observemos:

- La causa del negocio jurídico. Toda declaración de voluntad implica algún motivo que da pie a la misma. Este motivo es estudiado, en el campo del negocio jurídico, bajo la etiqueta de «causa».

En nuestro ordenamiento jurídico, la causa se encuentra enlazada al concepto de finalidad. Y es aquí donde se hace evidente

¹⁰⁶ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, tomo XI, pp. 603 y ss.; entre muchos otros.

su relevancia jurídica: será nulo aquel acto jurídico que contenga un fin ilícito, de acuerdo al artículo 219.4 del Código Civil.¹⁰⁷ Para dejar fuera de toda duda la presencia de la motivación aquí, observemos lo siguiente:

[...] el acto jurídico es nulo cuando su fin sea ilícito; esta norma hace alusión a la finalidad del acto jurídico, la misma que exige que sea lícito, pues éste no puede servir de instrumento para realizar efectos antisociales, por ende, el legislador quiso eludir a la finalidad del acto como repercusión social y económica del negocio celebrado.¹⁰⁸

El acto jurídico que responda a motivos, que se plasman en la finalidad, ilícitos, no será tolerado por el ordenamiento, el que sanciona tal acto con su nulidad. La motivación aquí es, entonces, jurídicamente relevante.

- La motivación en la realización de ilícitos penales. En el esquema de la teoría del delito, la tipicidad subjetiva se constituye como un elemento necesario para calificar la acción como típica.¹⁰⁹ Así, el denominado dolo en derecho penal involucra la existencia de motivos por los que se realizó el ilícito.¹¹⁰ Esto es jurídicamente relevante, toda vez que la existencia o ausencia de motivación permite diferenciar entre un supuesto de delito por dolo o por culpa (imprudencia).

¹⁰⁷ «Artículo 219.- El acto jurídico es nulo:

[...]

4.- Cuando su fin sea ilícito».

¹⁰⁸ Casación n.º 1011-97-Lima, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema. Publicada en El Peruano de fecha 26 de noviembre de 1998. Consulta: 11 de mayo de 2016.

[http://galvezconsultores.com/pdf-jurisp/Titulo%20Valor%20sin%20credito%20\(no%20es%20nulo\).pdf](http://galvezconsultores.com/pdf-jurisp/Titulo%20Valor%20sin%20credito%20(no%20es%20nulo).pdf).

¹⁰⁹ La doctrina es unánime en este aspecto. Entre muchos otros, *vid.* VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Lima: Grijley, 2006, pp. 353 y ss.

¹¹⁰ Ello, incluso si estos motivos pueden reducirse a fórmulas de clase «lo hice porque quise» (dolo volitivo).

- La motivación como requisito de validez del acto administrativo. El artículo 3.4 de la Ley n.º 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General establece lo siguiente:

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

[...]

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

En ese sentido, un acto administrativo sólo será válido en tanto exista una «motivación» que sustente su contenido y su armonía con el ordenamiento jurídico.

- La debida motivación de las resoluciones judiciales. Ésta se evaluará *in breve* en el capítulo II.
- La motivación como obligación en el marco de relaciones crediticias. Ésta se verá en 1.3.2.
- La motivación de las decisiones arbitrales. Ésta constituye el núcleo y objetivo del presente trabajo, y se desarrollará *in extenso* en los capítulos III y siguientes.

La motivación es, entonces, relevante para el ordenamiento jurídico en diferentes supuestos y escenarios. Observemos que ésta se materializa de diversas maneras: puede aparecer como objeto de un derecho o como elemento que forma parte de la estructura de otras construcciones jurídicas (delito, acto jurídico). El estudio de la motivación varía, entonces, según el esquema jurídico en que aparezca.

Pues bien, para este trabajo, merece especial estudio el concepto de motivación *como derecho*; esto es, una motivación pasible de ser reclamada por sujetos que cuentan con un derecho a su favor para ello. Esto

porque la motivación en el arbitraje se configura como el objeto de un derecho.

3.3. El derecho a una decisión motivada

Según vimos, la motivación jurídicamente relevante involucra diferentes supuestos y casos en los que las razones de un comportamiento o acto concreto —estén exteriorizadas o no— merecen la atención del ordenamiento jurídico. Dentro de tal conjunto, se encuentran casos en los que determinados sujetos pueden reclamar legítimamente a que les sean expuestas estas razones. Es aquí donde se encuentra el derecho a una decisión motivada.

El derecho a la motivación, entonces, puede describirse de la siguiente forma: un sujeto o conjunto de sujetos tienen el derecho a saber las razones por las que un determinado sujeto o entidad ha tomado determinada acción o decisión. Así, se evidencia que la motivación, como el objeto de un derecho, involucra que haya una efectiva expresión de las razones que conforman la motivación de la decisión. El derecho a la motivación, en su núcleo, se satisface con esta expresión de razones.

La existencia de este derecho significa, como contracara, que existe un mandato imperativo, para un sujeto distinto al portador del derecho, de motivar —esto es, exteriorizar la motivación— la decisión o acción adoptada. A continuación, los dos típicos casos de derecho a una decisión motivada:

- El derecho del justiciable a una resolución judicial motivada (debidamente).
- El derecho del administrado a un acto administrado motivado (debidamente).

En estos casos, el ordenamiento jurídico impone al órgano estatal respectivo el *deber* de motivar las decisiones o acciones que toma/reali-

za. Los órganos estatales deben exponer las razones que los llevaron a las decisiones/acciones respectivas.

No obstante, en adición a estos supuestos típicos, también debemos destacar a los supuestos en que el derecho a la motivación nace en virtud del acuerdo entre sujetos, acuerdo mediante el cual se impone a uno la *obligación* de motivar determinada acción o decisión, y a otro el derecho a reclamar por el cumplimiento de tal obligación. Esto es:

- El derecho de un particular a la motivación de una decisión o acción, cuando tal motivación se haya pactado como obligación para otro particular.

Se concluye, entonces, que el derecho a la motivación puede tener un origen (i) *normativo* o (ii) *convencional*. En el primero, es el marco jurídico el que considera necesaria la motivación para determinados casos, consignado así la obligación en la norma respectiva; en el segundo, son las partes las que generan el mandato imperativo de motivar una decisión o acción en particular. Veremos a continuación con mayor detalle ambos casos; y luego de expuestos tales supuestos específicos, procederemos a presentar la estructura y alcance que tiene el derecho a una decisión motivada.

3.3.1. El derecho a una decisión motivada de la autoridad estatal

La transición del estado de naturaleza a un pacto social entre los ciudadanos significa el nacimiento del Estado, que puede definirse como un poder común producto de la suma de las voluntades individuales de los ciudadanos. El Estado tiene el monopolio de poder en la esfera pública, lo que involucra funciones tales como la administración de justicia, la de policía, entre otras.

Uno de los más grandes temores que existe para el ciudadano, en tanto sometido al poder absoluto y monopolizado del Estado, es que éste actúe y

proceda de forma arbitraria. La arbitrariedad no puede ser tolerada, puesto que no podría hablarse de un Estado de derecho si aquélla existiese.¹¹¹

Se hace, pues, necesario que la actuación estatal obedezca a razones objetivas y coherentes, fundadas en los valores y disposiciones establecidas por el marco normativo. ¿Cómo garantizar ello? Simple: estableciendo el deber de expresar tales razones; esto es, su motivación. Así, todos los actos del poder estatal deben contar con una motivación. Esto significa, entonces, que se configura un derecho —que podría considerarse como fundamental— a la motivación de las decisiones estatales.¹¹²

Al hablar de decisiones estatales nos referimos, en específico, a las decisiones de (i) la función judicial; (ii) la función ejecutiva; y (iii) la función legislativa. En cuanto a (i), tenemos que los tribunales están obligados a motivar sus decisiones. Ello se encuentra recogido en el artículo 139.5 de nuestra Constitución. Así:

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

Sobre la debida motivación de las resoluciones judiciales se hará un desarrollo mayor en el Capítulo II.

¹¹¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. «Del Estado de Derecho al Estado Constitucional». En *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 21; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Regímenes políticos contemporáneos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 45; entre muchos otros.

¹¹² OHANIAN HAGOPIAN, Gabriel. «El derecho humano a las decisiones motivadas». En *La justicia uruguaya*. Montevideo, 2004, n.º 130, pp. D-97 y ss.

Respecto a (ii), el artículo 3.4 de la Ley n.º 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General establece a la motivación como un requisito de validez del acto jurídico administrativo. En adición a ello, nuestro Tribunal Constitucional considera a la motivación de los actos administrativos como un principio constitucional (aun cuando no se encuentra expresamente establecido en la Constitución). Así:

[S]e trata de un principio constitucional implícito en la organización del Estado Democrático que se define en los artículos 3 y 43 de la Constitución, como un tipo de Estado contrario a la idea del poder absoluto o arbitrario. En el Estado Constitucional Democrático, el poder público está sometido al Derecho, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración deberá dar cuenta de esta sujeción a fin de despejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la Administración deben contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso.¹¹³

Sobre (iii), tenemos que los proyectos de ley requieren de una exposición de motivos para su presentación y por consiguiente para el ejercicio de la iniciativa legislativa. Esto está consignado en el artículo 75 del Reglamento del Congreso de la República:

Artículo 75.- Las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental. De ser el caso, la fórmula legal respectiva que estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Estos requisitos sólo pueden ser dispensados por motivos excepcionales.

¹¹³ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 2192-2004-AA/TC, fundamento 8.

Este derecho a la motivación, observamos, se extiende a las tres funciones del poder estatal. La motivación, entonces, *legítima* la actuación estatal, al exponer las razones que demuestren que dicha actuación no es arbitraria, sino que obedece a los valores y disposiciones contenidos en nuestro sistema normativo.

Ahora bien, tengamos en cuenta que a través del derecho a la motivación se busca garantizar una suerte de derecho de los ciudadanos a decisiones estatales objetivas y/o «correctas». Este derecho se derivaría del propio concepto de Estado de derecho. Así, podría decirse que el derecho a la motivación, para el ámbito de las decisiones estatales, es importante en función a que a través de él se puede garantizar el respeto a otro derecho, distinto y singular, consistente en que la actuación estatal sea objetiva o «correcta».

En síntesis, la motivación, entendida ésta como derecho a obtener una decisión motivada de la autoridad estatal, tiene como objeto proteger a los ciudadanos, «debe otorgar seguridad jurídica al administrado».¹¹⁴ En última instancia, a través del derecho a una decisión motivada se busca cautelar un derecho sustantivo a una decisión que observe determinados lineamientos propios del Estado de derecho.

3.3.2. El derecho a una decisión motivada bajo las normas civiles de obligaciones

Imaginemos que la Casa de la Literatura Peruana desea hacer un concurso de relatos cortos. Durante la organización del concurso, se evidencia que hay fondos suficientes para contratar a tres renombrados novelistas extranjeros como miembros del jurado encargado de elegir a los primeros puestos del concurso.

¿Qué debería consignar el contrato para los miembros del jurado en el marco del concurso? Primero, que éstos tengan que determinar —

¹¹⁴ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 0090-2004-AA/TC, fundamento 20.

aplicando sus conocimientos y procediendo de forma imparcial, naturalmente— quiénes obtendrán los primeros puestos en el concurso. Pero, no sólo ello, también podría consignarse que los miembros del jurado deban explicar por qué tal o cual participante obtiene el primer, segundo o tercer puesto. En otras palabras, puede acordarse convencionalmente imponer a alguien el deber de motivar una decisión tomada.

Esto significa que el derecho a una decisión motivada puede originarse en el marco de una relación crediticia. La motivación, así entendida, pasa a constituirse como una prestación a cargo del agente deudor. Y como sucede para cualquier otra prestación dentro de una relación crediticia, se somete a la regulación civil asignada por el derecho de las obligaciones.¹¹⁵

Entonces, en el marco de una relación de crédito, la motivación se materializa en (i) una prestación, lo que deriva a su vez en que pueda ser entendida como (ii) un derecho; y (iii) una obligación. En este contexto, es un derecho, porque legitima al acreedor a esperar ver satisfecha la prestación acordada;¹¹⁶ y a reclamar por su ejecución en casos de no cumplimiento.¹¹⁷ Es una obligación, porque el deudor tiene un deber jurídico de cumplir con la prestación consistente en motivar determinada acción/decisión.

¹¹⁵ Código Civil. Libro VI: Las obligaciones.

¹¹⁶ ESCOBAR ROZAS, Freddy. «El derecho subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura». En *Ius et Veritas*. Lima, 1998, n.º 16, pp. 280-298.

¹¹⁷ Código Civil.

«Artículo 1150.- El incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, faculta al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas:

1. Exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.
2. Exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste.
3. Dejar sin efecto la obligación».

La aprehensión de la motivación como prestación objeto de derecho en el marco de una relación crediticia es importante sobremanera. Permite afirmar de forma válida que el derecho a la motivación no es, en todos los casos, «fundamental» o «humano». Por lo tanto, la protección y tutela del derecho a la motivación no en todos los supuestos tendrá la misma extensión. Esto se verá con mayor detalle en el Capítulo III.

3.3.3. La estructura y alcance de la motivación en el marco del derecho a una decisión motivada

En el presente apartado, haremos un breve desarrollo del contenido, esquema y alcance de la motivación entendida como objeto del derecho a una decisión motivada. Los puntos a exponer son los siguientes:

- El concepto base del derecho a la motivación.
- El derecho a la motivación y sus implicancias respecto a las razones que se pueden emplear para sostener una decisión.
- La naturaleza subjetiva de la motivación.
- La relación entre la motivación y la decisión que sostiene.

Cabe resaltar que el desarrollo aquí presentado se configura como el marco general del derecho a la motivación. Sobre dicho marco general, se construye un contenido específico según el ámbito en el que se encuentre el derecho a la motivación (ámbito judicial, ámbito de los actos administrativos, ámbito del arbitraje, etc.).

3.3.3.1. El discurso como exteriorización de la motivación. Concepto base del derecho a la motivación

El derecho a la motivación involucra la exteriorización de las razones que derivaron en determinada decisión. Esta exteriorización se presenta en el discurso. En efecto, es necesario diferenciar entre los motivos de una decisión y la expresión de los mismos. Así, el discurso, como exteriorización de la motivación, es «el conjunto de proposiciones vinculadas entre sí e inser-

tadas en un mismo contexto que es identificable de manera autónoma». ¹¹⁸ El discurso, pues, no es más que la expresión (sea verbal, escrita o por otro medio) de los motivos que derivaron en la decisión. No obstante, el discurso tiene una importancia primordial: sirve como *delimitador* de motivos.

Frente a una decisión tomada, uno puede proyectar un sinfín de motivos que dieron pie a la misma. El discurso pone un límite a ello puesto que a través de él el decisor sustenta su decisión sólo en las razones exteriorizadas, ¹¹⁹ siendo irrelevante cualquier motivo adicional no consignado en el mencionado discurso. Se trata, pues, de un discurso *finito*. ¹²⁰

Un ejemplo: una decisión se sustenta, en la mente del decisor, en dos razones, pero éste decide motivar su decisión sólo en una de dichas razones. Pues bien, si la razón exteriorizada resulta irrelevante y ajena al tema en discusión, poco o nada importará que exista otra razón —aun cuando fuese sólida e indiscutible— si es que no ha sido exteriorizada. La supuesta motivación, en dicho caso, se deberá considerar inexistente, y por lo tanto significará una afectación al derecho a la motivación.

La satisfacción o afectación del derecho a la motivación se determina a través del discurso. Esto es indiscutible, toda vez que la transmisibilidad de los motivos que derivaron en la decisión dependerá del discurso y su inteligibilidad. Si el discurso no puede transmitir ¹²¹ los mencionados motivos, será evidente que se está frente a una afectación al derecho a la motivación.

¹¹⁸ TARUFFO, Michele *La motivación de la sentencia civil*. Traducción de Lorenzo Córdova Vianello. México D.F.: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 16.

¹¹⁹ Esta exteriorización, no obstante, no debe confundirse con una presentación expresa. Las razones pueden estar expresa o implícitamente presentes en el discurso.

¹²⁰ TARUFFO, Michele *La motivación de la sentencia civil*. *Ob. cit.*, p. 16.

¹²¹ Tema distinto es el de que los motivos sean efectivamente transmitidos. Esto último está, en realidad, dentro del ámbito del derecho a una notificación.

No obstante, la situación no es idéntica en el otro extremo. Un discurso que logre efectivamente transmitir los motivos de una decisión garantiza sólo el concepto «base» del derecho a la motivación. Esto lo decimos porque el derecho a la motivación requiere la efectiva transmisión de los motivos, pero —casi siempre— no se limita a ésta.

En síntesis, un discurso que verdaderamente pueda transmitir las razones —finitas— que contiene y que derivaron en la decisión constituye el primer paso para satisfacer el derecho a la motivación. Éste es el concepto base del derecho a la motivación

3.3.3.2. El derecho a la motivación y su impacto en las razones empleadas como motivación

En el punto anterior expresamos que el derecho a la motivación involucra, en un primer nivel, un discurso que pueda hacer transmisión efectiva de las razones que derivaron en la decisión. No obstante, sobre dicha definición base se establecen requisitos adicionales que pasan a formar parte del derecho a la motivación. En la práctica, el derecho a la motivación incide en la exposición de las razones que motivan a la decisión, estableciendo filtros, requisitos y parámetros para aquélla.

Es claro que cuando se configura el derecho a exigir la presentación de la motivación de una decisión determinada se está construyendo un mecanismo que permite *controlar* el ámbito de libertad del decisor.¹²² El derecho a una decisión motivada permite establecer parámetros y exigencias a las razones a emplear para sostener la decisión.

¿Qué pasa si un decisor motiva su decisión señalando que tomó la misma porque ésta beneficia a su menor hijo? En este caso, el discurso transmite efectivamente la razón que derivó en la decisión, por lo que

¹²² Tema distinto es si ésta fue la intención al originar el derecho a la motivación, o si, efectivamente, se realiza el control mencionado.

se está satisfaciendo a lo que llamamos concepto base del derecho a la motivación.

No obstante, si el mencionado decisor es un juez y la decisión constituye la parte resolutive de una sentencia, es evidente que tal motivación vulnera el derecho a la motivación en ese caso. ¿Por qué? Porque en sede judicial el derecho a la motivación no se limita a la transmisión de las razones de la decisión, el justiciable tiene derecho a una *debida* motivación, y esta última impide que la decisión pueda sustentarse en cualquier clase de razón, impidiendo, en específico, que pueda sustentarse una sentencia en el hecho de que la misma favorece a un familiar del juez.

El derecho a la motivación puede involucrar, así, requerimientos o censuras para las razones que conforman la motivación de la decisión. Ésta, en realidad, es la regla general, toda vez que el sentido común dicta que es difícil concebir que se construya un derecho a la motivación para que igual el decisor pueda motivar su decisión sin límite o requerimiento alguno a las razones que emplee.¹²³

La motivación, entonces, debe cumplir dos requisitos para garantizar la satisfacción del derecho a la motivación:

¹²³ No obstante, no se puede descartar que tal supuesto pueda darse en la realidad. Supongamos que una empresa contrata a una *fashion blogger* para que ésta elija cuál es, entre diez prendas distintas, el vestido más bonito, consignando que ésta debe motivar la decisión (y sin establecer requisito alguno para la decisión). Si la *fashion blogger* escoge uno de los vestidos y motiva su decisión alegando que el escogido es el que le gusta más de todos, no habría mucho más que hacer. Evidentemente, la motivación podría haber sido más desarrollada, e incluso se podrían haber expuesto criterios objetivos, pero es bastante claro que no se vulnera el derecho a la motivación. La *fashion blogger* fue contratada justamente por su talento para definir lo que más gusta; y si a ella tal vestido le gusta más, es probable que, para los fines de la empresa contratante, ese sea el más bonito.

- La efectiva transmisión de las razones que derivaron en la decisión.
- Las razones que la conforman deben cumplir con los filtros, requerimientos y parámetros que se hubiesen establecido.

En caso no se cumpla uno o ambos requisitos, el derecho a la motivación se verá afectado.

3.3.3.3. La naturaleza «subjetiva» de la motivación. El problema de determinar supuestos de motivación que afecten el derecho a una decisión motivada

Según señalamos, el derecho a la motivación no se respeta cuando el discurso no transmite las razones de la decisión, o cuando dichas razones no cumplen con los requisitos y parámetros establecidos para ellas. Así las cosas, parece bastante fácil determinar cuándo se vulnera el derecho a la motivación y cuándo no.

No obstante, en la práctica determinar si una motivación (i) cumple con transmitir las razones de la decisión; y/o (ii) cumple con los requisitos establecidos para las razones es bastante difícil. Esto radica en el nivel de subjetividad involucrado.

Si se trata de cumplir con construir veinte sillas, es fácil determinar cuándo se cumple o no con ello. Si se construyen sólo quince, se tiene que la tarea ha sido incompleta; y si se construyen veinte, pero con tres patas cada una, se tiene que la tarea ha sido realizada de manera deficiente. En este caso, es evidente que existen diferentes parámetros objetivos que permiten definir si existe una ejecución correcta de la tarea.

De otro lado, si se encarga a Mondrian la elaboración de un cuadro que represente la cúspide del arte abstracto, es bastante difícil determinar si el cuadro logrará tal objetivo. ¿Cómo determinar objetivamente

si el cuadro destila belleza cuando el parámetro —belleza— tiene una fuerte carga subjetiva en su definición?

En esa línea, determinar si la motivación es, por ejemplo, «suficiente» o «correcta» se asemeja mucho más al segundo ejemplo que al primero. El concepto de motivación se completa, en cabeza de cada uno, por la propia valoración subjetiva que tenemos del mismo. Lo que para unos constituye un discurso impoluto y clarísimo, para otros puede representar uno de naturaleza confusa.

En este punto, incluso hay que tener en cuenta que la propia «cultura jurídica» puede influenciar en lo que se considera una motivación suficiente. Así, para el caso de los laudos arbitrales, «la doctrina, conformada por la práctica arbitral, ha hecho especial hincapié en distinguir los laudos anglosajones de los latinos. Los primeros son lacónicos y escuetos a diferencia de los otros, extensos y motivados».¹²⁴

El grado de subjetividad es tal que incluso las personas pueden diferir respecto a si en un caso concreto hay o no hay motivación, una distinción que a nivel teórico debería ser fácil. No puede equipararse, entonces, construir una silla a construir una decisión motivada.

No estamos afirmando que la motivación constituya una «caja negra»,¹²⁵ respecto de la cual nada se pueda determinar o saber. A nuestro juicio, es factible establecer determinadas pautas, para la motivación, en las que pueda haber un grado considerable de consenso respecto a sus alcances. Aun así, es claro que los parámetros subjetivos del revisor

¹²⁴ ROCA AYMAR, José Luis. *El arbitraje en la contratación internacional*. Madrid: ESIC Editorial, 1994, p. 126.

¹²⁵ En Psicología, la escuela conductista consideraba al cerebro una «caja negra», un elemento inexplorable, el que no era susceptible de ser estudiado, delimitado o definido. Lo que se debía estudiar era lo que salía y lo que entraba de dicha caja negra.

Vid. SKINNER, B.F. *The behavior of organisms*. New York: Appleton-Century-Crofts, 1938; entre otros.

juegan un papel preponderante al momento de determinar si la motivación no es deficiente o inexistente.

3.3.3.4. El derecho a la motivación y sus consecuencias en la decisión

Dejemos de lado por un momento el problema relativo a la detección de una motivación defectuosa. Supongamos que estamos en un caso concreto de indiscutible motivación defectuosa. Es decir, ¿qué pasa si el discurso no transmite las razones de la decisión? ¿Qué pasa si las razones de la decisión no cumplen con los requisitos que les fueron establecidos? En otras palabras, ¿qué pasa si el derecho a la motivación no se ve satisfecho?

La primera consecuencia es bastante fácil, y se deduce del propio concepto de «derecho a la motivación»: el portador del derecho puede, por regla general, reclamar la satisfacción de su derecho, solicitando que se expida un nuevo discurso que corrija los defectos del anterior.

Pero, ¿qué sucede con la decisión sostenida en un discurso que vulnere el derecho a la motivación? ¿Si los cimientos (la motivación) colapsan, la construcción (la decisión) cae? La respuesta no es la misma para todos los casos en los que se configura un derecho a la motivación.

Dejando de lado los supuestos en los que el derecho a la motivación se origina dentro de una relación crediticia (motivación como prestación),¹²⁶ podemos referencialmente tomar en cuenta lo que sucede en

¹²⁶ La libertad de las partes para configurar las obligaciones dentro de la relación crediticia deriva en que el incumplimiento de la prestación de motivar la decisión pueda tener un sinnúmero de consecuencias. Así, las partes podrían pactar que una de ellas está obligada a servir como perito y asignar el valor a un inmueble, así como a motivar el valor. No obstante, las partes pueden haber pactado que, en caso de no cumplir con la prestación de motivar, el deudor deberá pagar una cláusula penal, no viéndose afectada en absoluto la decisión (el valor) por el hecho de que no haya una motivación que la fundamente.

los casos de las resoluciones judiciales¹²⁷ y los actos administrativos. Esto, empero, también es extensible a los casos de derecho a la motivación como parte de una relación crediticia, siempre que las partes lo dispongan de esa manera.

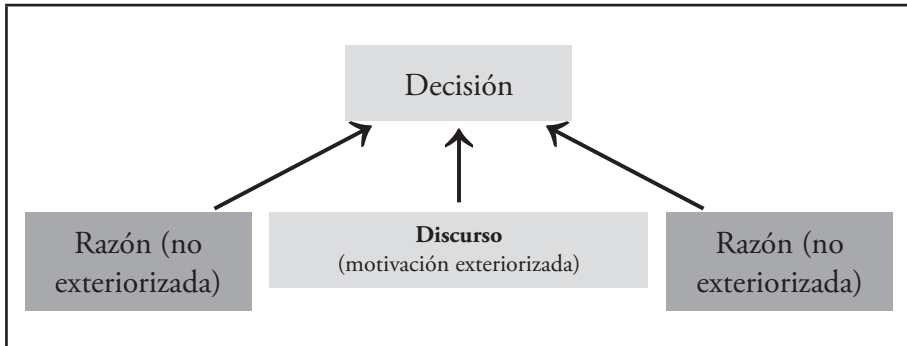
En ambos supuestos, la motivación se constituye como un requisito de *validez* del acto jurídico que lo contiene. Así es, el acto jurídico procesal materializado en resoluciones (salvo las de mero trámite) y el acto administrativo requieren a la motivación para ser válidos y por consiguiente expedir efectos jurídicos.¹²⁸ Estos efectos jurídicos no son más que la materialización de la decisión contenida en el acto.

Por lo tanto, si el discurso no satisface el derecho a la motivación, la decisión se verá afectada por cuanto ésta no se materializará en la realidad. Esto, por cierto, no significa que la decisión deba necesariamente modificarse.

En primer lugar, si el derecho a la motivación se ve vulnerado porque el discurso no transmite las razones de la decisión, bastará un replanteamiento del discurso. En adición a ello, si las razones presentadas no cumplen con los requisitos establecidos para satisfacer adecuadamente el derecho a la motivación, la decisión puede mantenerse, sólo que deberán cambiarse las razones que la sostienen. Recordemos aquí que las razones que pueden sustentar una decisión son indeterminables. Esto último puede ilustrarse de la siguiente manera:

¹²⁷ Nos referimos sólo a los autos y sentencias, toda vez que los decretos, según el artículo 121 del Código Procesal Civil, carecen de exigencia de motivación.

¹²⁸ Para el acto administrativo, la motivación como requisito para su validez se encuentra en el artículo 3.4 de la Ley n.º 27444. Para el acto jurídico procesal materializado en resoluciones (salvo las de mero trámite), la motivación como requisito de validez se encuentra en el artículo 121 del Código Procesal Civil.



La decisión, entonces, ve afectada su materialización en la realidad en casos de vulneración al derecho a la motivación. No obstante, reiteramos que ello no implica que necesariamente tal decisión sea errada o que deba modificarse. Esto es particularmente importante para entender, más adelante, qué se busca y qué se obtiene al solicitar la anulación del laudo por defectos en su motivación.

En conclusión, el derecho a la motivación involucra (i) la existencia de un discurso capaz de transmitir las razones que sostienen la decisión; (ii) requerimientos, parámetros y filtros adicionales para las razones a emplear, según el ámbito específico en el que se encuentre el derecho a la motivación; (iii) una preponderante carga de subjetividad al momento de definir qué motivación satisface el derecho a la motivación, y qué motivación la vulnera; y (iv) la posibilidad de bloquear los efectos de la decisión en la realidad, a través del cuestionamiento de su motivación.

4. SÍNTESIS

El presente capítulo se enfocó en (i) el arbitraje; y (ii) la motivación en términos generales.

- 1) El arbitraje se configura como un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos. Se diferencia de otros mecanismos de solución de conflictos por el hecho de que en éste las partes eligen

a los encargados de resolver la controversia. El arbitraje es, entonces, un mecanismo mediante el cual terceros, designados por las partes, resuelven un conflicto, siendo tal resolución de carácter vinculante.

- 2) En el Perú, el ordenamiento jurídico ha asignado al arbitraje carácter jurisdiccional. Ello implica que tal institución se ve investida con las garantías propias de cualquier mecanismo jurisdiccional: tutela efectiva y debido proceso. Esto, como se verá más adelante, resulta muy importante al momento de analizar el contenido de la motivación en el arbitraje.
- 3) El arbitraje no puede ser empleado para la resolución de cualquier materia. En realidad, el criterio diferenciador se encuentra en la disponibilidad de los derechos involucrados. Si el derecho es disponible, por regla general debería ser arbitrable. Al final, el sistema normativo de cada país define qué es arbitrable y qué no. Para el caso del Perú, la regla general es que los derechos disponibles sean materia arbitrable, pero en última instancia es la ley la que determina el alcance y ámbito de la materia arbitrable.
- 4) El arbitraje involucra la asignación de competencia a los árbitros para la resolución de la controversia. Esto se materializa en (i) la competencia exclusiva sobre el fondo del asunto; y (ii) la competencia del tribunal arbitral para resolver cuestiones sobre su propia competencia (*kompetenz-kompetenz*).

Antes que nada, precisamos que el «fondo de la controversia» se refiere a la disputa material que las partes someten al tribunal arbitral. Se trata de la discusión sobre hechos y/o derecho que tienen las partes en cuanto a un caso concreto.

Sobre ello, la competencia exclusiva sobre el fondo consiste en que ningún otro agente, sea un organismo judicial, administrativo o un particular cualquiera, puede irrogarse la potestad de resolver el conflicto sometido a juicio del tribunal arbitral. El tribunal arbitral es el único que puede resolver la controversia si las partes lo dispusieron así. Derivado de ello, se tiene que cualquier examen judicial que pudiera darse contra el arbitraje (anulación de laudo, amparo) debe respetar estrictamente la exclusividad de la competencia arbitral sobre el fondo.

Por otro lado, la competencia sobre cuestiones relativas a su competencia implica que el tribunal arbitral es el que decide sobre la validez de su constitución y la extensión de sus facultades para la resolución de las controversias que les son sometidas. Esto garantiza que el acuerdo de arbitraje no sea ilusorio, y que el acuerdo de arbitrar no se caiga al primer cuestionamiento contra el mismo. Sin perjuicio de ello, existe un control estatal *ex post* sobre la competencia del tribunal arbitral (el que se materializa a través de la anulación del laudo).

- 5) Otro aspecto importante se encuentra en las decisiones arbitrales. Éstas son aquellas disposiciones que emite el tribunal arbitral en el cumplimiento de la labor que le ha sido asignada. Las decisiones arbitrales, por regla general, se encuentran contenidas en las resoluciones del tribunal arbitral, las que se conforman como el instrumento formal para la transmisión de las primeras.

Las decisiones arbitrales pueden dividirse en dos: Primero, las decisiones arbitrales sobre el fondo, es decir, sobre la solución de la controversia. Éstas se encuentran en las resoluciones cautelares y en los laudos. Segundo, las decisiones arbitrales sobre aspectos diferentes al fondo, es decir, sobre temas jurídico-arbitrales que se dan a lo largo del procedimiento arbitral. Aquí encuadra un haz variado de temas, que van desde aspectos de mero trámite

hasta decisiones sobre la competencia del tribunal arbitral, la admisión de prueba, la incorporación de partes no signatarias, etc.

- 6) El arbitraje no está exento de control judicial. En específico, nuestro sistema concibe dos vías para impugnar al arbitraje: el amparo y la anulación del laudo. En ambos casos, fueron concebidas para tutelar casos específicos y delimitados.

Así, el amparo sólo resultará procedente en los siguientes casos: (i) la afectación directa a precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional; (ii) el ejercicio de control difuso, por parte de los árbitros, sobre normas que el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial ha declarado constitucional; y (iii) reclamo de un tercero ajeno al arbitraje sustentado en la afectación a sus derechos constitucionales.

Por su parte, la anulación del laudo se dirige a cuestionar el laudo sobre la base de anomalías que afectan al arbitraje en general o al laudo en específico. Los supuestos que derivan en la anulación del laudo se encuentran en el artículo 63.1 de la LA. Resaltamos que la anulación del laudo tiene como límite a la resolución del fondo de la controversia; tal tema queda fuera del alcance de los tribunales judiciales que conocen de una demanda de anulación.

- 7) Para finalizar, el arbitraje puede clasificarse de diferentes maneras. Clasificaciones relevantes son las siguientes:
 - Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia. El primero involucra resolver la controversia aplicando las normas del ordenamiento jurídico; el segundo es aquel en el que los árbitros resuelven la controversia bajo el concepto que tienen de equidad y justicia.

- Arbitraje entre privados y arbitraje con componente público. En el primero, los agentes involucrados son particulares. En el segundo, cuando menos una de las partes es una entidad estatal. La distinción es particular, toda vez que la existencia de un componente público en el arbitraje necesariamente impacta en la estructura y contenido de esta última.
 - Arbitraje comercial y arbitraje de inversiones. El arbitraje comercial se aboca a la solución de controversias acaecidas en el tráfico mercantil de bienes y servicios. El arbitraje de inversiones se enmarca sobre controversias relativas a la inversión de particulares extranjeros sobre un Estado determinado, al amparo de un tratado o convenio de inversión (que contiene el compromiso de los Estados de dilucidar tales controversias a través del arbitraje).
 - Arbitraje doméstico y arbitraje internacional. En caso el arbitraje se dé entre partes con domicilios distintos, o la sede esté en un lugar diferente del domicilio de las partes, o el objeto de la controversia o las obligaciones están más estrechas a otro Estado, el arbitraje será internacional. En caso contrario, el arbitraje es doméstico.
- 8) De otro lado, la motivación —en sentido amplio— equivale a la expresión de las razones que derivaron en determinada acción/decisión. Sobre tal definición, es evidente que la motivación no es exclusiva del plano jurídico; por lo que puede clasificarse en función a si es relevante o no para el plano jurídico.
- 9) La motivación jurídicamente relevante es aquella en la que la exteriorización de razones que sostienen una acción/decisión tiene un impacto o incidencia en los derechos, obligaciones o instituciones de nuestro ordenamiento jurídico. En esa línea, el supuesto de importancia para este trabajo está en la motivación como derecho.

- 10) Sobre el derecho a la motivación, puede decirse que significa a la vez el deber/obligación de alguien de expresar las razones de una acción/decisión determinada. Este derecho, por cierto, no se limita a los supuestos clásicos de debida motivación judicial o motivación de resoluciones administrativa, sino que puede incluso originarse en una relación entre privados. En específico, el derecho a la motivación puede originarse en el marco de una relación crediticia, constituyendo la prestación a cargo del deudor por la cual percibirá una contraprestación.
- 11) En cuanto a su contenido base, el derecho a la motivación implica que las razones que derivaron en una decisión/acción puedan ser aprehendidas por el portador del derecho. Sobre esta base, el contenido del derecho a la motivación es «completado» según el contexto en que se ubica.

Así, el derecho a la motivación involucra, en la práctica, el establecimiento de ciertos requisitos, parámetros y/o filtros a las razones que sustenten la decisión. El caso por excelencia está en el derecho a la motivación *debida* de las resoluciones judiciales, siendo que, por ejemplo, una decisión judicial no puede sustentarse en preferencias personales del juez.

- 12) Dos aspectos adicionales merecen ser destacados en cuanto al derecho a la motivación: la subjetividad del concepto y su importancia para la decisión objeto de motivación. En cuanto al primero, sucede que verificar la afectación o no al derecho a la motivación es complejo, debido a la carga subjetiva del concepto. Incluso en su núcleo básico —la transmisibilidad de las razones— es posible encontrar posiciones que difieran respecto de su cumplimiento: lo que para uno puede ser un discurso plenamente comprensible, para otro puede conformarse como un conjunto de palabras sin orden ni sentido.

El segundo aspecto adicional se refiere a la importancia de la motivación para la decisión. Así, la motivación puede configurarse como un requisito de validez de la decisión (ej., una resolución judicial sin motivación es nula). Esto resulta importante porque demuestra que los defectos en la motivación pueden generar —en algunos casos— el descarte de la decisión que fue objeto de motivación.

5. HOJA DE RUTA Y DELIMITACIÓN DEL ESTUDIO

Los conceptos aquí presentados y brevemente desarrollados son necesarios para estudiar de forma adecuada el derecho a la motivación en el ámbito arbitral. Pasamos, ahora, a exponer la manera en que se hará este estudio, así como el ámbito específico del mismo.

El derecho a la motivación en el arbitraje, vamos adelantando, no es de ninguna forma un concepto monolítico para todos los casos. Éste varía según si el arbitraje es (i) de derecho o de conciencia; y (ii) privado o con componente público. Por lo tanto, la manera correcta de estudiar a este derecho pasa por separarlo y diferenciarlo según el arbitraje en que se trate.

Ahora bien, ello no significa que el derecho a la motivación en el arbitraje signifique cosas abismalmente distintas según si el arbitraje es de uno u otro tipo. En primer lugar, existe un concepto base de motivación para la solución de problemas jurídicos, el que se encuentra en el denominado *razonamiento jurídico* de los argumentos.

El razonamiento jurídico, para qué negarlo, ha sido objeto de estudio principalmente desde la teoría de la argumentación jurídica; y el derecho procesal. En tanto proceso judicial y arbitraje constituyen formas de administración de justicia, es pertinente hacer una breve exposición del estudio de la motivación realizado por las mencionadas disciplinas.

En segundo lugar, el derecho a la motivación en el arbitraje tiene cuatro temas relevantes: naturaleza, contenido, funciones y tutela. Éste es el núcleo de nuestro trabajo: el estudio de dichos temas relevantes. Asimismo, el desarrollo irá acompañado de un análisis crítico en función a si la institución del arbitraje se ha visto afectada por la manera cómo está regulada la motivación de las decisiones arbitrales en el Perú.

En este punto, el estudio también se hará en función a las distinciones entre (i) arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia; y (ii) arbitraje entre privados y arbitraje con componente público. Dejamos fuera de este trabajo, por diferentes razones, al arbitraje de inversiones.¹²⁹

En síntesis, nuestro esquema de trabajo es el siguiente:

- Paso previo: análisis de la motivación desde la teoría de la argumentación jurídica y el derecho procesal.
- Desarrollo de (i) naturaleza; (ii) contenido; y (iii) funciones del derecho a la motivación de decisiones arbitrales.
- Desarrollo del control estatal sobre la motivación de decisiones arbitrales. Esto, con énfasis en el supuesto principal: la anulación del laudo por anomalías en su motivación.
- El esquema presentado tendrá cuidado de presentar las diferencias del derecho a la motivación según el tipo de arbitraje en el que se encuentre: arbitraje de derecho o de conciencia; y arbitraje privado o con componente público.

¹²⁹ El arbitraje de inversiones constituye una criatura particular, cuyo tratamiento y análisis debe hacerse en función a criterios y aspectos distintos a los que aplican para el arbitraje «a secas».

CAPÍTULO II

LA MOTIVACIÓN EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y EN EL PROCESO JUDICIAL

1. INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior, denotamos que el derecho a la motivación consiste, en su núcleo, en la transmisibilidad efectiva de las razones que sostienen la decisión, las que conforman un discurso. En adición a ello, y según el ámbito específico, pueden establecerse determinados parámetros, filtros y/o requisitos a las razones que conforman tal discurso.

Ahora bien, cuando la decisión se ubica en el ámbito jurídico y las razones (motivación) que la sostienen también, es evidente que estamos, valga la redundancia, ante un supuesto de argumentación jurídica. Las respuestas de derecho —lo que involucra un discurso— a problemas de derecho constituyen el objeto de estudio de la argumentación jurídica. En esa línea, aparece la teoría de la argumentación jurídica, que se encarga de analizar y entender el *razonamiento jurídico* a emplear en el ejercicio del derecho, lo que involucra naturalmente la resolución de conflictos.

En el ámbito de la resolución de conflictos, la teoría de la argumentación jurídica es empleada, principalmente, por el derecho procesal. Ésta construyó el concepto de debida motivación de las resoluciones judiciales, asignándole aspectos y elementos propios de la estructura del razonamiento objeto de estudio por parte de la teoría de la argumentación jurídica.

El razonamiento jurídico, es claro, no es exclusivo del derecho procesal en materia de resolución de conflictos. Como veremos más

adelante, éste se encuentra también dentro del arbitraje; por lo que es importante entender cuál es su contenido y estructura. No obstante, debemos advertir desde ya que la teoría de la argumentación jurídica, en cuanto a la resolución de casos, ha nacido y ha trabajado sobre una *muestra* judicial. Es decir, muchos de sus conceptos se han explicado o sustentado en función a las exigencias especiales que recaen sobre un juez en el marco de un derecho público (derecho procesal).

De otro lado, el entendimiento de la debida motivación judicial permitiría, luego, evaluar cuán aplicable o asimilable puede resultar ese concepto al arbitraje. En otras palabras, contribuiría mediante su estudio, indirectamente, a delimitar el contenido de la motivación en el arbitraje.

Por todo lo señalado, procederemos primero a evaluar a la motivación desde la teoría de la argumentación jurídica; para luego estudiar el concepto de la debida motivación de resoluciones judiciales.

2. LA MOTIVACIÓN DESDE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La teoría de la argumentación jurídica se encarga de estudiar, vale la redundancia, la argumentación en contextos jurídicos. Uno de estos contextos está —y no sorprende— en la resolución de casos. Casos que, por cierto, no se limitan a aquéllos que son resueltos por jueces, sino que incluso pueden estar a cargo de particulares. Observemos:

Un segundo campo en que se efectúan argumentos jurídicos es el de la aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos, bien sea ésta una actividad que llevan a cabo jueces en sentido estricto, órganos administrativos en el más amplio sentido de la expresión o simples particulares.¹³⁰

¹³⁰ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005 (segunda reimpresión), p. 2.

Así, debe quedar claro que la argumentación jurídica en cuanto a la resolución de casos no es una disciplina exclusiva para los jueces u órganos administrativos. La argumentación jurídica puede ser empleada en la resolución de controversias a cargo de simples particulares, como los árbitros. Al arbitraje, entonces, no le es ajena la teoría de la argumentación jurídica.

Pues bien, ¿cómo se relaciona el concepto de motivación con la teoría de la argumentación jurídica? Primero recordemos que —según señalamos en el Capítulo I— la motivación, como objeto de un derecho (derecho a la motivación), se definía como (i) la efectiva transmisión de las razones que derivaron en la acción/decisión + (ii) requisitos y parámetros adicionales que se estableciesen para el caso o ámbito concreto. Esta definición de motivación como objeto de un derecho es general, esto es, abarca a todos los supuestos de derecho a la motivación.

En el campo específico de la resolución de casos jurídicos, un derecho a la motivación garantizaría (i); es decir, garantizaría la exposición de los argumentos que empleó el decisor para llegar a su decisión. Ahora bien, estos argumentos, que son el *contenido* de la motivación, son objeto de estudio y tratamiento por parte de la teoría de la argumentación jurídica.

La teoría de la argumentación jurídica establece una estructura, elementos y lineamientos para la argumentación en la solución de conflictos jurídicos. Esto, para el caso del derecho a la motivación, podría conformarse como (ii) requisitos y parámetros adicionales para el ámbito concreto del derecho a la motivación en la solución de problemas jurídicos.

Viéndolo desde el lado opuesto, tenemos que, desde la teoría de la argumentación jurídica, la motivación no es más que la exteriorización del razonamiento y argumentos presentados para la resolución de un caso específico. Exteriorización, por cierto, importante sobremanera, toda vez que sin la misma sería inviable hacer un estudio de la argumentación jurídica empleada.

Sobre la estructura y elementos de este razonamiento nos pronunciaremos a continuación. Luego de ello, podremos exponer con precisión cuál es el contenido específico de la motivación dentro del ámbito de solución de conflictos jurídicos.

2.1. La teoría de la argumentación jurídica en la resolución de casos. Aspectos generales

¿Qué parámetros deben cumplir los argumentos jurídicos en la resolución de casos? ¿Cómo se estructura y presenta el *razonamiento* jurídico empleado para resolver una determinada controversia? ¿Cuán importantes son los hechos y las normas? En el ámbito específico de la resolución de casos, la teoría de la argumentación jurídica se ha encargado de proponer respuestas a dichas preguntas.

En primer lugar, es pertinente hacer una breve exposición de la diferencia entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, o en otras palabras, la distinción entre «explicar» y «justificar». Las razones explicativas presentan el procedimiento que se siguió para concluir en la decisión; las razones justificativas presentan cómo es que tal decisión resulta la correcta o es conforme a justicia, permiten, entonces, *valorar* la decisión tomada como «buena» o «mala».¹³¹

Desde la teoría de la argumentación jurídica, lo que importa es la *justificación* de la decisión. En este aspecto, cabe diferenciar entre justificación formal y justificación material, así como el aspecto lógico en ambas:

Aquí, a su vez, cabría hablar de una justificación formal de los argumentos (cuándo un argumento es formalmente correcto) y de una justificación material (cuándo puede considerarse que un argumento, en un campo determinado, resulta aceptable). Ello permitiría distinguir entre la lógica formal o deductiva, por un lado, y lo que

¹³¹ NINO, Carlos S. *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1985, p. 126.

a veces se llama lógica material o informal (en donde se incluirían cosas tales como la tópica o la retórica), por el otro.¹³²

En ese sentido, cabe denotar que la justificación formal se refiere a la validez o corrección según las normas de la lógica, esto es, a la observancia de diferentes principios lógicos formales, como, por ejemplo, los de identidad, tercio excluido y no contradicción. Así, un argumento lógico es aquél en el que la conclusión deriva de las premisas; siendo la primera necesariamente correcta si estas últimas lo son también.¹³³

Pero la lógica formal, si bien necesaria, no es suficiente para determinar que la conclusión sea conforme a justicia. Una conclusión puede ser correcta desde un punto de vista lógico-formal, pero puede ser falsa si es que se tiene que la misma se construye sobre premisas equivocadas. La lógica material tiene por objetivo determinar la corrección de las premisas, a efectos que el examen lógico-formal, y su conclusión, se haga sobre una base contrastada y real. La argumentación jurídica, por cierto, abarca a ambas.

Sobre esta base, podemos proceder a explicar cómo es que se estructura la justificación de las decisiones jurídicas en el marco de la solución de problemas.

2.2. Silogismo jurídico, premisas, justificación interna y justificación externa

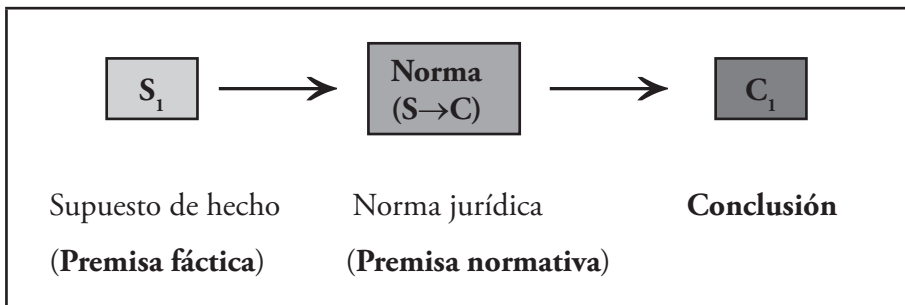
Tenemos, entonces, que el objeto de la teoría de la argumentación jurídica está en la justificación de la decisión. A continuación, presentaremos los elementos que conforman tal justificación cuando se trata de decisiones para la solución de casos jurídicos. Si bien en doctrina no existe una única y mo-

¹³² ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Ob. cit., p. 6.

¹³³ CHÁVEZ NORIEGA, Alejandro. *Introducción a la lógica*. Lima: Amaru, 1984.

nolítica posición,¹³⁴ hay consenso en trabajar sobre un silogismo jurídico, conformado por premisas de dos clases (normativas y fácticas), así como en establecer dos niveles de justificación: (i) justificación interna, y (ii) justificación externa.¹³⁵

En el ámbito de las decisiones para problemas jurídicos, la justificación se evalúa sobre un silogismo que recorre los hechos involucrados y las normas jurídicas aplicables. Así, «el contenido de una decisión está jurídicamente justificado si y sólo si se deriva lógicamente de una norma jurídica «N» y la descripción de ciertos hechos».¹³⁶ Este silogismo jurídico puede graficarse de la siguiente manera:



Observamos que existen tres elementos en el silogismo: la premisa fáctica, la premisa normativa, y la conclusión.

¹³⁴ Vid. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1994; ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra Editores, 2007; ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006; entre otros.

¹³⁵ La clasificación fue realizada por Wróblewski. WRÓBLEWSKI, Jerzy. «Legal decision and its justification». En *Logique et Analyse*. Lovaina, vol. 14, n.º 53-54, 1971, p. 412.

¹³⁶ MORENO, J.J.; P.E. NAVARRO y M.C. REDONDO. «Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial». En *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante, 1992, n.º 11, p. 257.

- Premisa fáctica o menor. Se refiere a los hechos acaecidos, así como la valoración que se hace de los mismos.
- Premisa normativa o mayor. Se refiere a las disposiciones normativas aplicadas sobre el supuesto de hecho específico. En última instancia, la conjunción de disposiciones normativas derivará en una regla de conducta determinada, que abarca un supuesto en abstracto y la consecuencia para el mismo.

La premisa normativa (final) del razonamiento judicial es, en general, una regla de acción que tiene la forma: «si se dan las circunstancias o condiciones de aplicación "X" (un caso genérico), entonces alguien puede, debe o tiene prohibido realizar una determinada acción Y».¹³⁷

Las premisas normativas, por cierto, no se originan sólo en las leyes. Así, estas premisas pueden derivarse también de los usos y costumbres, de lo pactado entre las partes involucradas (el contrato es ley entre las partes), de normas de *soft law*, etc.

- Conclusión. Es el resultado de la conjunción de las premisas descritas. La premisa fáctica se *subsume* en el esquema abstracto de la premisa jurídica, lo que deriva en un resultado final, que constituye el punto concluyente del silogismo. Esta conclusión deriva en la decisión que se toma para resolver el caso.

Sobre esta base, podemos pasar a exponer los conceptos de justificación interna y justificación externa.

¹³⁷ ATIENZA, Manuel. «Razonamiento Jurídico». En FABRA ZAMORA, Jorge Luis y Verónica RODRÍGUEZ BLANCO (eds.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, vol. II, p. 1431.

2.2.1. *Justificación interna*

La justificación interna se refiere a la coherencia y validez de la deducción lógica realizada sobre las premisas presentadas. En estricto, constituye una «cuestión de lógica deductiva», un examen lógico-formal a aplicar sobre el silogismo jurídico.¹³⁸ En palabras de Wróblewski:

La justificación interna lidia con la validez de las inferencias provenientes desde determinadas premisas hasta la decisión legal tomada como conclusión de aquéllas. La decisión en cuestión está internamente justificada si las inferencias son válidas y la solidez de las premisas no ha sido probada. En este sentido la justificación interna es una justificación «formal» [...].¹³⁹

Un ejemplo:

- Premisa menor/fáctica: «X» mató a «Y» [S₁]
- Premisa mayor/normativa: El que mata a otro merece cinco años de cárcel.
[S→C]
S = Matar a otra persona
C = Cinco años de cárcel por realizar la acción S
- Conclusión: X merece 5 años de cárcel [C₁].

¹³⁸ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. *Ob. cit.*, p. 26.

¹³⁹ WRÓBLEWSKI, Jerzy. «Legal decision and its justification». *Ob. cit.*, p. 412.

Traducción libre del siguiente texto:

«Internal justification deals with the validity of inferences from given premises to legal decision taken as their conclusion. The decision in question is internally justified if the inferences are valid and the soundness of the premisses is not tested. In this respect internal justification is a “formal” justification [...]».

La lógica deductiva nos permite apreciar la validez de la conclusión. Suponiendo que, sobre las mismas premisas, la conclusión fuese que «X» no merece cárcel, estaríamos frente a un error en la justificación interna, toda vez que ésta no es el resultado de aquéllas.

En este nivel de justificación no se cuestionan la validez de las premisas. Éstas se presumen verdaderas, y sólo se evalúa si la conclusión es un resultado lógico de aquéllas. El examen es, pues, uno lógico-formal.

2.2.2. *Justificación externa*

Según señalamos, la justificación interna versa sobre la validez lógico-formal del silogismo jurídico. Esto, si bien necesario, puede no considerarse suficiente, toda vez que uno podría preguntarse cuál es el sustento de las premisas que se subsumen al silogismo jurídico.

En esa línea, la justificación externa, entonces, aparece para examinar la validez *material* de las premisas sobre las cuales el juzgador construye su decisión; esto es, si dichas premisas están correctamente sustentadas y desarrolladas. Una vez más, siguiendo a Wróblewski:

La justificación externa de una decisión legal examina no sólo la validez de las inferencias, sino también la solidez de las premisas. El amplio ámbito de la justificación externa es requerido especialmente para la paradigmática decisión judicial debido a los altos estándares impuestos para ella.¹⁴⁰

Destacamos aquí, antes que nada, el hecho de que la justificación externa, concebida por Wróblewski, se sustenta en los «altos estándares»

¹⁴⁰ WRÓBLEWSKI, Jerzy. «Legal decision and its justification». *Ob. cit.*, p. 412.

Traducción libre del siguiente texto:

«External justification of legal decision test not only the validity of inferences, but also the soundness of the premises. The wide scope of external justification is required especially by the paradigmatic judicial decision because of the highest standards imposed on it».

impuestos para la decisión *judicial*. Esto será en extremo importante al momento de determinar el alcance y aplicación de esta justificación dentro de una decisión arbitral.

Ahora bien, la «solidez» a la que se refiere Wróblewski (*soundness* en el idioma original) es una propiedad presente sólo si las premisas son verdaderas. En esa línea, la justificación externa garantizaría que (i) las premisas fácticas aplicadas sean ciertas, es decir, que tengan sustento en los hechos que verdaderamente sucedieron en el plano de la realidad; y (ii) las premisas normativas sean «tangibles», es decir, normas existentes y aplicables al caso específico.

En el ejemplo anterior, el razonamiento (justificación interna) parece bastante sólido. No obstante, uno podría preguntarse (i) si «X» realmente mató a «Y» (justificación de la premisa fáctica), por lo que habría que remitirse a las pruebas que acrediten tal hecho; o (ii) si la norma señalada es en verdad la que corresponde ser aplicada (justificación de la premisa normativa). Es decir, podría cuestionar si las premisas que se emplearon para el silogismo son, en realidad, las correctas.

Según MacCormick, los casos difíciles pueden calificarse en cuatro categorías.¹⁴¹ Dos de ellas versan sobre la premisa normativa, y dos sobre la premisa fáctica.

(1) Casos difíciles sobre la premisa normativa

- (1.1) Problema de *relevancia*. Es decir, cuando no quede claro qué norma es la aplicable al caso concreto.
- (1.2) Problema de *interpretación*. En este caso, la cuestión radica en *cómo* aplicar la norma pertinente. Una norma puede permitir más de una lectura, más de una forma de materializarla.

¹⁴¹ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Ob. cit.*

(2) Casos difíciles sobre la premisa fáctica

- (2.1) Problemas de *prueba*. Esto es, cuando el establecimiento de qué sucedió se antoja complicado debido a las pruebas disponibles y a la complejidad de su estudio.¹⁴² Éste es el campo de la teoría de la prueba.
- (2.2) Problemas de *calificación*. Casos en los que se tiene claro cuáles son los hechos sucedidos, pero no queda claro si encuadra dentro del alcance de una norma jurídica determinada. En la práctica, estos problemas son «lógicamente equivalentes» a los de interpretación.¹⁴³

Finalizada ya la exposición de la justificación interna y la justificación externa, podemos hacer presentes algunos aspectos importantes respecto a los defectos en las mismas.

2.3. Defectos en la justificación interna y/o externa: precisiones relevantes

Según observamos, la justificación interna se refiere a la validez lógico-formal del silogismo jurídico que deriva en la decisión sobre una controver-

¹⁴² Debe tenerse en cuenta que «[p]robar algo significa desarrollar un *test* de coherencia narrativa entre un enunciado del pasado como «se cometió el acto x» y una serie de enunciados sobre el presente que son congruentes con el primer enunciado» (GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso J. GARCÍA FIGUEROA. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 171).

¹⁴³ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. *Ob. cit.*, p. 114.

Según Atienza, la distinción entre problemas de interpretación y problemas de calificación se debe a razones procesales judiciales. Esto es cierto, por ejemplo, el recurso de casación sólo concibe evaluar cuestiones de derecho, por lo que la presentación de un problema determinado como uno de interpretación y no de calificación podría permitir su evaluación, mientras que en el caso contrario la solicitud sería declarada improcedente.

sia específica. Por su lado, la justificación externa versa sobre la validez material de las premisas empleadas en el silogismo jurídico. Cabe hacer, sobre ambas justificaciones, algunas precisiones en cuanto a los defectos.

La justificación interna se limita a la validez lógico-formal del silogismo jurídico. En esa línea, los defectos en dicha justificación siempre (i) serán lógico-formales y (ii) recaerán sobre el silogismo. Es decir, sus defectos aparecerán cuando, bajo un análisis a la luz de las reglas de la lógica, el silogismo carezca de sentido lógico.

En cuanto a la justificación externa, ésta se refiere a la validez material de las premisas. No obstante, ello no significa que un defecto en la justificación externa no pueda originarse en un error lógico-formal. Así, resulta pertinente precisar que la justificación externa puede sufrir tres tipos de defectos distintos: justificación externa inexistente, ilógica o «equivocada». Observemos:

- (i) Justificación externa inexistente.¹⁴⁴ Se refiere a aquellos casos en los que el juzgador trae una premisa, mas no explica por qué la misma constituye una de las piedras sobre las que se aplicará el razonamiento.

Ejemplo 1.- inexistencia de justificación de premisa fáctica:

Si un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por «X», pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de «X» en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la

¹⁴⁴ En estricto, esto no constituye un defecto. Si la justificación externa no existe, entonces no hay defecto alguno. Un defecto, en este esquema, se engarza sobre una cosa determinada. La inexistencia de la cosa, entonces, impide hablar de defectos sobre la misma. Sin perjuicio de lo señalado, consideramos que la clasificación presentada resulta adecuada por razones didácticas y de clasificación.

decisión podrán ser enjuiciadas por el juez por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez.¹⁴⁵

Ejemplo 2.- Inexistencia de justificación de premisa normativa: En un litigio relativo a la construcción de una represa encargada por una empresa privada y un gobierno regional, se dispone la aplicación de normativa de contrataciones del estado, sin explicar bajo qué motivo corresponde la aplicación de dicha norma.

Ahora bien, un problema importante aquí está en la determinación de qué premisas deben ser justificadas. En específico, lo que para uno puede ser una premisa clara y fuera de discusión, para otro puede constituir un nudo complejo, en el que se requiere precisar y justificar el contenido de la premisa. La carga de subjetividad al momento de evaluar y detectar supuestos de justificación inexistente es alta. En la práctica, los jueces presumen algunas premisas, incurriendo así en *pronunciamientos implícitos*:

Por ello, las sentencias, cualesquiera, contienen estos pronunciamientos [implícitos]. Una sentencia de nulidad de un contrato por intimidación da por supuesta la capacidad de obrar de ambos litigantes, pero lo más probable es que no la afirme. Una resolución en la que una sociedad anónima reclama a un sujeto el pago de unos servicios, da por supuesto, en general, que la S.A. está válidamente constituida.¹⁴⁶

En síntesis, la justificación externa debe darse para aquellas premisas que, a criterio del juzgador, son de especial importancia para el caso. Es inviable pretender que todas las premisas deberán contar con una sustentación.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 00728-2008-PHC/TC, fundamento 7.

¹⁴⁶ NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier, 2006, p. 191.

¹⁴⁷ Una visión radical de vetar justificaciones «inexistentes» podría derivar en

- (ii) Justificación externa ilógica. Las premisas que el juzgador está empleando pueden adolecer de una justificación ilógica; y es que el examen de lógica formal no es exclusivo de la justificación interna (aunque en ella es el único examen disponible). Entonces:

Justificación externa ilógica formal = Aquellos casos en los que la justificación de determinada premisa resulta ilógica bajo las normas de la lógica formal. Ejemplo:

«Si el contrato es de compraventa, entonces existe una transferencia de propiedad. En el presente caso, el contrato no es de compraventa, sino de donación; por lo tanto, no hay transferencia de propiedad».

La inferencia es inválida, en Lógica —en específico, en el estudio de proposiciones condicionales—¹⁴⁸ es un error señalar que si $P \rightarrow Q$, entonces necesariamente $\sim P \rightarrow \sim Q$.¹⁴⁹

En el presente caso, si P (contrato de compraventa), entonces Q (transferencia de propiedad) es válido (lo que, en el ejemplo, constituye la premisa del juzgador), ello no significa que si es

decisiones justificadas externamente de forma absurda. Así, en un contrato titulado de «compraventa» en el que se señala expresamente que existe una «transferencia» de un bien, sería ridículo señalar que la justificación externa de la premisa fáctica es inexistente porque no se ha explicado cómo es que el contrato de compraventa transfiere la propiedad del bien.

¹⁴⁸ CHÁVEZ NORIEGA, Alejandro. *Introducción a la Lógica*. Lima: Amaru, 1984, p. 60.

¹⁴⁹ TRELLES MONTERO, Oscar; y DIÓGENES ROSALES PAPA. *Introducción a la Lógica*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, p. 68. Esto se puede entender fácilmente de la siguiente manera.

A = Peruano

B = Latinoamericano

$A \rightarrow B$ (Si es peruano, es latinoamericano) = correcto

$\sim A \rightarrow \sim B$ (Si no es peruano, necesariamente no es latinoamericano) = falso, porque

$\sim A$ podría equivaler a ser chileno, argentino o uruguayo. Ser peruano no es condición necesaria para ser latinoamericano.

un contrato distinto a uno de compraventa, necesariamente no habrá transferencia de propiedad ($\neg P \rightarrow \neg Q$). Así, una donación no constituye una compraventa; y, sin embargo, sí involucra transferencia de propiedad.

- (iii) Justificación externa «equivocada». Una decisión que resuelve un problema jurídico concreto puede sustentarse en un silogismo jurídico correcto (justificación interna válida), y sus premisas pueden haber sido exhaustivamente sustentadas, sin caer en defectos lógico-formales o lógico materiales. Sin embargo, no es inusual que uno pueda discrepar de tal decisión, y proponer una distinta alegando que alguna de las premisas establecidas es «errada».

Aquí, denominamos justificación externa «equivocada» a la percepción que puede tener uno respecto a una solución determinada para un caso difícil. Notemos que el concepto es de naturaleza *subjetiva*. La corrección aquí no se entiende en términos absolutos, sino más bien de acuerdo a la posición personal del revisor de turno.

¿Dónde se configuran casos de justificación externa «equivocada»? Pues en los supuestos de casos difíciles. Recordemos que, según MacCormick, éstos se dan cuando hay (i) problemas de relevancia en cuanto a la selección de la norma a aplicar; (ii) problemas de interpretación de la norma ya fijada a aplicar; (iii) problemas de prueba respecto a las premisas fácticas; y (iv) problemas de calificación respecto de en dónde encuadra tal o cual premisa fáctica. En estos casos, es muy usual que una persona pueda diferir de la posición de otra en cuanto a cómo se entienden y aplican las normas o los hechos.

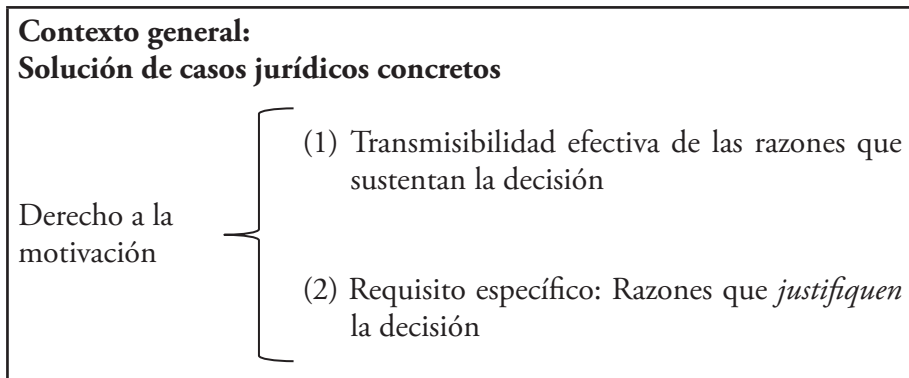
En síntesis, los defectos en la justificación interna son de naturaleza lógico-formal. Por el contrario, en la justificación externa los defectos pueden ser de diverso tipo: la ausencia, la invalidez lógica —formal— y la «incorrección» constituyen defectos en la justificación externa.

En conclusión, la teoría de la argumentación jurídica nos presenta toda una estructura para la justificación de una decisión. En ésta, los aspectos esenciales están en la validez lógica del silogismo jurídico aplicado (justificación interna), y en la fundamentación de las premisas empleadas en el silogismo (justificación externa). Consideramos que este brevísimo resumen de la teoría de argumentación jurídica resulta suficiente para el desarrollo de los siguientes capítulos.

2.4. El contenido específico del derecho a la motivación en la resolución de problemas jurídicos de acuerdo a la teoría de la argumentación jurídica

En los apartados anteriores, hicimos una breve exposición del objeto de estudio de la teoría de la argumentación jurídica en el campo de los problemas jurídicos concretos: la *justificación* de las decisiones que resuelven dichos problemas; en específico, su estructura, elementos y lineamientos. Sobre ello, podemos pasar ahora a ensayar una definición.

Como señalamos en 2., la teoría de la argumentación jurídica establece, respecto a la motivación como objeto de derecho, requisitos y parámetros adicionales. Esto se adiciona al contenido base de la motivación (la efectiva transmisión de las razones que derivaron en la decisión). En específico, entonces, tenemos lo siguiente:



Entonces, de acuerdo a la teoría de la argumentación jurídica, el derecho a la motivación de decisiones que resuelven casos jurídicos pasaría por (i) la transmisibilidad efectiva de las razones que sostienen la decisión —base indispensable del derecho a la motivación en cualquier contexto—; y (ii) el requisito específico de que las razones expuestas *justifiquen* la decisión tomada.

Esta justificación de la decisión, objeto de estudio de la teoría de la argumentación jurídica, es muy importante. Según señalamos en el punto 2, para la teoría de la argumentación jurídica, la motivación es esencial porque implica transmisibilidad de razones, y sólo a través de la transmisión de razones se puede estudiar si una decisión es conforme a justicia, es decir, si está justificada.

En esa línea, desde la teoría de la argumentación jurídica, el derecho a la motivación no se limita a la transmisión de las razones de la decisión. Estas razones deben cumplir con justificar la decisión. En esa línea, es claro que para la teoría de la argumentación jurídica hay un valor supremo de justicia que debe de respetarse y garantizarse; sobre este deber, se podría derivar una suerte de derecho «a una decisión justa», el que sería parte del derecho a la motivación.

Contexto específico:

Solución de casos jurídicos concretos

Derecho a la
motivación

(1) Transmisibilidad efectiva de las razones que sustentan la decisión

(2) Requisito específico: Razones que *justifiquen* la decisión

(Derecho a una decisión sustentada en razones que la justifiquen)

Sea como fuere, la justificación de la decisión pasa, en específico, por el empleo de un silogismo jurídico, el que involucra la determinación de premisas fácticas y normativas. Por lo tanto, el derecho a la motivación, bajo la teoría de la argumentación jurídica y para el contexto de solución de casos jurídicos específicos, se podría definir como el derecho a la transmisibilidad efectiva de razones que justifiquen la decisión mediante el empleo de un silogismo jurídico conformado por la conjunción de premisas fácticas y normativas que derivan en una conclusión lógica. En conclusión:

Contexto específico:

Solución de casos jurídicos concretos

Derecho a la motivación

(1) Transmisibilidad efectiva de las razones que sustentan la decisión

(2) Requisito específico: Razones que *justifiquen* la decisión

(Derecho a una decisión sustentada en razones que la justifiquen)

Justificación requiere silogismo jurídico, que es la aplicación conjunta y lógica de premisas fácticas y normativas para obtener una conclusión (que luego toma forma de decisión)

Derecho a la motivación

Definición: Derecho a la transmisibilidad efectiva de razones que justifiquen la decisión mediante el empleo de un silogismo jurídico conformado por la conjunción de premisas fácticas y normativas que derivan en una conclusión lógica.

3. LA MOTIVACIÓN DESDE EL DERECHO PROCESAL

En el proceso judicial, la motivación se materializa y cobra importancia de diferentes maneras. Así, en líneas generales, la motivación bajo el derecho procesal es:

- Un deber. Es un imperativo que recae sobre los jueces, consistente en elaborar una motivación debida para sus decisiones judiciales. Nuestro ordenamiento reconoce esto en el artículo 12 del Decreto Supremo n.º 017-93-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

Artículo 12.- Motivación de resoluciones

Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan. Esta disposición alcanza a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia que absuelven el grado, en cuyo caso, la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida, no constituye motivación suficiente.

- Un derecho. Derecho cuya titularidad recae en las partes, y legitima a éstas a recibir una decisión judicial debidamente motivada. Como señalamos en el Capítulo I, esto tiene sustento en el artículo 139.5 de la Constitución.

Para este trabajo, consideramos pertinente enfocarnos en los siguientes puntos: Definición, naturaleza, contenido, funciones y tutela. En específico, se evaluará lo siguiente:

- La definición y naturaleza del derecho a la debida motivación judicial.
- El contenido del derecho a la debida motivación judicial a la luz de la teoría de la argumentación jurídica.
- Las funciones que cumple el deber de motivación judicial.

- La tutela en vía constitucional del derecho a la debida motivación en el proceso judicial.

3.1. Definición y naturaleza del derecho a la debida motivación judicial

Definición del derecho a la debida motivación judicial

La debida motivación, como objeto de derecho en el proceso judicial ha sido largamente estudiada por la doctrina. Es el derecho a obtener una exposición de las razones que *justifican* las decisiones judiciales, garantizando así que se administre justicia, y evitando que dichas decisiones sean arbitrarias.¹⁵⁰

En tal sentido, dentro del estudio de la ciencia jurídica procesal la motivación también fue enmarcada en el marco del contexto de justificación. Así:

La justificación o motivación jurídica no se refiere a las causas que han provocado la sentencia, no se refiere, no intenta describir ese iter mental, sino las bases jurídicas en las que se apoya la sentencia. De tal manera que responde a la pregunta de ¿por qué se ha debido tomar la decisión?, la motivación, ¿por qué se toma?, la justificación ¿por qué se debió tomar? Por eso la explicación se refiere al iter previo a la sentencia, mientras que la justificación es un razonamiento a posteriori.¹⁵¹

En esa línea, nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado una definición del derecho a la debida motivación dentro del contexto de justificación. Sobre la base de pronunciamientos anteriores en los que

¹⁵⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984, p. 48.

¹⁵¹ NIETO GARCÍA, Alejandro. *El arte de hacer sentencias o teoría de la resolución judicial*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1998, p. 185.

ya iba delimitando su contenido,¹⁵² la sentencia sobre el expediente n.º 01480-2006-AA/TC señala lo siguiente:

El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, por lo demás, pueden y deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso.¹⁵³

Según el Tribunal Constitucional, el derecho a la debida motivación es el derecho a reclamar la exposición de las justificaciones objetivas —es decir, no podían ser apreciaciones subjetivas o personales— que sustentan las decisiones judiciales.

Estas razones y justificaciones, cabe anotar, deben nacer en (i) el ordenamiento jurídico vigente y (ii) los hechos debidamente acreditados en el proceso; es decir, en premisas fácticas y premisas normativas. Esto se sustenta en el artículo 139.5 de la Constitución el que no define el concepto de motivación, mas establece que ésta involucra, para las resoluciones judiciales, una «mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan».

Naturaleza del derecho a la debida motivación judicial

El derecho a la debida motivación judiciales un derecho (i) fundamental; y por lo tanto (ii) indisponible.

En cuanto a (i), nuestra Constitución reconoce de manera expresa este derecho. Ello se encuentra en el ya varias veces citado y mencionado artículo 139.5 de dicha norma. Este derecho es fundamental porque

¹⁵² Sentencias del TC sobre los expedientes n.º 0791-2002-HC/TC, fundamentos 14 a 16; 1091-2002-HC/TC, fundamentos 17 a 19; 06712-2005-HC/TC, fundamento 10; entre otras.

¹⁵³ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 01480-2006-AA/TC, fundamento 2.

forma parte de los denominados principios y derechos de la función jurisdiccional.

Respecto a (ii), la indisponibilidad del derecho a la debida motivación judicial se deriva de la naturaleza fundamental de dicho derecho. Las personas no pueden renunciar a una resolución judicial debidamente motivada.¹⁵⁴

En resumen, el derecho a la debida motivación es un derecho fundamental indisponible que representa la garantía que tienen los justiciables para conocer las razones que justifican la decisión tomada por los órganos judiciales respectivos.

3.2. El contenido del derecho a la debida motivación judicial a la luz de la teoría de la argumentación jurídica

Hemos definido a la debida motivación judicial como un derecho/deber constitucional que se dirige a asegurar la exteriorización de las razones que *justifiquen* la decisión judicial. Razones que deben construirse sobre (i) el derecho aplicable; y (ii) los hechos acaecidos.

Pues bien, ¿cuál es el contenido de este derecho a la luz de la teoría de la argumentación jurídica? ¿Involucra éste un ámbito de justificación interna y otro de justificación externa?

La respuesta es afirmativa. Para responder dichas preguntas, cabe aquí remitirse al conocido «caso Llamoja»;¹⁵⁵ en éste, el Tribunal Constitucional expuso aquellos supuestos que constituían defectos en la debida motivación judicial. Aun cuando cada uno de dichos supuestos será eva-

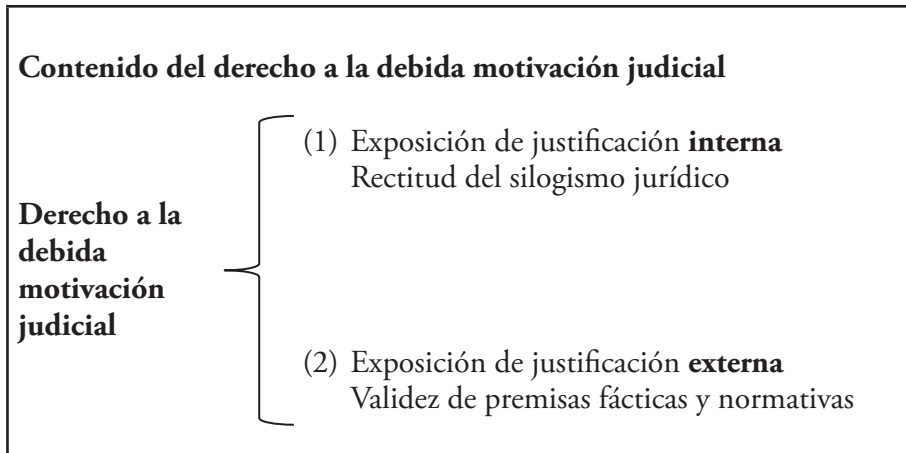
¹⁵⁴ El artículo 12 del Decreto Supremo n.º 017-93-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial consigna que las resoluciones judiciales, salvo las de mero trámite, son motivadas bajo responsabilidad. Es claro que las partes no pueden disponer del deber de motivar de los jueces.

¹⁵⁵ Expediente n.º 00728-2008-PHC/TC.

luado *in extenso* en apartados posteriores, queremos hacer una breve mención aquí de dos supuestos específicos: «falta de motivación interna en el razonamiento» y «deficiencias en la motivación externa; justificación de premisas».

Como veremos a detalle más adelante, «falta de motivación interna en el razonamiento» equivale a defectos en la justificación interna; mientras que «deficiencias en la motivación externa» equivale a (ciertos) defectos en la justificación externa. Sobre ello, es evidente que el contenido del deber de motivación judicial involucra la necesidad de presentar la justificación de una decisión en ambos niveles, interno y externo.

Entonces, el contenido del derecho a la debida motivación judicial incorpora a los lineamientos establecidos por la teoría de la argumentación jurídica para la justificación de decisiones. El derecho a la debida motivación judicial se materializa en la presentación de un discurso que cuente con (i) justificación interna del razonamiento; y (ii) justificación externa de las premisas empleadas.



En síntesis, el derecho a la debida motivación judicial tiene como contenido a la exposición de una justificación de acuerdo a premisas normativas y fácticas, presentando (i) un silogismo jurídico con validez

lógica (justificación interna) y (ii) el sustento de las premisas empleadas en el silogismo (justificación externa).

Sobre este esquema, y como se verá con mayor detalle en el punto 3.4, se construye el ámbito de tutela del derecho a la debida motivación, la que —podemos ir adelantando— no necesariamente habilitará al examen de todos los aspectos que conforman la justificación de la decisión. Antes de ello, corresponde desarrollar las funciones que dan forma y sentido al deber de motivación judicial.

3.3. Razón de ser: las funciones que dan forma al deber de motivación judicial

En el proceso judicial; el deber de motivación judicial no obedece a arbitrariedades. Todo lo contrario, *hay razones* por las que existe, y son éstas razones las que definen y delimitan su contenido. Así:

Pero es importante preguntarse por la lógica interna del sistema allá donde la motivación de las decisiones judiciales es obligatoria. Si se determina cuál es el objetivo de esa imposición [del derecho a la debida motivación], puede entenderse mejor cuál es el alcance que debe tener la motivación, el sentido de que se la dota, así como sus exigencias, a los efectos de cumplir aquel objetivo.¹⁵⁶

Pues bien, estas razones u objetivos equivalen a las funciones que cumple el deber de motivación dentro de un proceso judicial. Las funciones que cumple, para con las partes en especial y la sociedad en general, son las que le dan sentido y justificación al contenido del derecho a la debida motivación judicial. En específico, estas funciones son tres: (i) función general de proscripción de arbitrariedad estatal; (ii) función endoprocesal; y (iii) función extraprocesal.

¹⁵⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. «Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales». En *Isonomía*. México D.F., 2011, n.º 34, p. 96.

3.3.1. *Función general de proscripción de la arbitrariedad estatal*

Esto ya se desarrolló en el punto 3.3.1 del Capítulo I. En síntesis, cualquier decisión o acción tomada por las funciones del Estado (función ejecutiva, función legislativa y función judicial) debe exponer las razones que derivaron en la misma. El fundamento radica en la necesidad de prevenir que el Estado actúe de manera arbitraria o motivado por intereses oscuros e ilegítimos.

3.3.2. *Función endoprocesal*

La función endoprocesal se refiere a los objetivos que cumple el deber de motivación *dentro del proceso*. Las decisiones judiciales motivadas permiten que los agentes involucrados en el mismo puedan aprehender de forma adecuada los argumentos que sostienen dichas decisiones.¹⁵⁷ Esto a su vez permite, al interior del proceso, el ejercicio de otros derechos, como el de defensa.

Así, puede señalarse que el deber de motivación, en su función endoprocesal, se delimita respecto a (i) los justiciables, siendo éstos los agentes involucrados en el proceso; y a (ii) el órgano jurisdiccional de impugnación.

Sobre (i), este deber garantiza el derecho de los justiciables de enterarse de las razones por las que el órgano jurisdiccional tomó la decisión contenida en la sentencia. Esto es especialmente importante para la parte «perdedora», ya que significa «tratar a un ser racional racionalmente, explicándole por medio de razones, por qué se ha llegado a una decisión que afecta negativamente sus intereses».¹⁵⁸ Así:

¹⁵⁷ TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Ob. cit., p. 309.

¹⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra, 2007, p. 299.

En efecto, en un Estado Constitucional las partes de un proceso tienen el derecho de conocer e informarse acerca de las razones y argumentos del fallo, más aún si ven frustradas sus expectativas o peor aún si se perjudica la esfera del ejercicio de sus derechos fundamentales. Este derecho a ser informado de las razones del fallo, no sólo es una cortesía del juzgador, un detalle con las partes. Se trata más bien de un derecho de rango constitucional.¹⁵⁹

Por otro lado, sobre (ii), el deber de motivación garantiza la existencia de un control institucional al interior del propio sistema de justicia,¹⁶⁰ el que se da «por parte de los tribunales de alzada».¹⁶¹ En tal sentido:

Dicho control siempre aparece *ex post*, es decir, luego de la expedición de la resolución judicial correspondiente y luego de la presentación de los medios de impugnación por las partes que se consideran perjudicados por el fallo. Con el control institucional se tiende a salvaguardar la integridad en el ejercicio de la jurisdicción, evitando que se incurra en errores judiciales y en una defectuosa aplicación del derecho si es que el fallo no se somete a un control jerárquico vinculado a la pluralidad de instancias.¹⁶²

La función endoprocesal del deber de motivación respecto a los órganos jurisdiccionales de impugnación permite a éstos realizar un examen adecuado del proceder y razonamiento del juez de grado anterior. Así, el tribunal de alzada puede analizar los agravios y/o vicios denunciados por la parte apelante. En caso de que no hubiese deber de motivación, los

¹⁵⁹ CASTILLO ALVA, José Luis. «Las funciones constitucionales del deber de motivar las decisiones judiciales». En GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (ed.). *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo*. Lima: Grijley, 2014, p. 490.

¹⁶⁰ COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 136.

¹⁶¹ Voto singular de los magistrados Gonzales Ojeda y Alva Orlandini sobre el expediente n.º 1744-2005-PA/TC, fundamento 7.

¹⁶² CASTILLO ALVA, José Luis. «Las funciones constitucionales del deber de motivar las decisiones judiciales». *Ob. cit.*, pp. 498-499.

justiciables se verían imposibilitados de llevar el caso ante el tribunal de grado superior.¹⁶³

Por lo tanto, la función endoprocesal del deber de motivación permite la materialización de diferentes derechos, como los de defensa, impugnación y pluralidad de instancias. A través de ésta, (i) los justiciables pueden concretizar su derecho a la defensa, llevando el caso ante el órgano superior si lo consideran conveniente a su derecho; (ii) los justiciables pueden impugnar la decisión, puesto que sólo sabiendo las razones de la misma pueden conocer los defectos sobre los cuales se sustentará la impugnación; y (iii) se materializa el derecho a la pluralidad de instancia.

3.3.3. *Función extraprocesal*

Según vimos, el deber de motivación judicial cumple un rol dentro del proceso. No obstante, su función no se limita al mismo, sino que lo trasciende y llega a diferentes ámbitos.

Recordemos que el derecho a la motivación de las decisiones estatales en general, se da en el marco de que la arbitrariedad estatal no puede ser tolerada. Las decisiones estatales deben exponer sus razones a efectos de *legitimar* la actuación estatal. Es decir, la motivación no sólo expone la justificación de la decisión, sino que también la legitima ante la sociedad.¹⁶⁴

Así, Igartua señala, respecto a España pero plenamente aplicable para el Perú, que «[e]n nuestro régimen democrático la obligación de motivar se torna en un medio mediante el cual los sujetos u órganos investidos de poder jurisdiccional rinden cuenta de sus decisiones a la fuente de la que

¹⁶³ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 04944-2011-PA/TC, fundamento 33.

¹⁶⁴ BERGHOLTZ, Gunnar. «*Ratio et auctoritas*: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas». En *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante, 1990, n.º 8, p. 81.

deriva su investidura».¹⁶⁵ En esa línea, en votos singulares del Tribunal Constitucional se ha señalado que el deber de motivación supone «una especie de plebiscito permanente en la actuación del juez, que importa no sólo a las partes sino, desde luego, a la sociedad en conjunto».¹⁶⁶

Tenemos, entonces, que la función extraprocesal del deber de motivación pasa por legitimar (i) la investidura de las personas que asumen el rol de jueces. Pero no sólo ello, la función extraprocesal también legitima, a la luz de la Constitución, (ii) las normas que se emplean en la resolución del conflicto. A través del deber de motivación, se da cuenta «de la regularidad del sistema de fuentes respecto de su validez constitucional».¹⁶⁷ Observemos, *in extenso*, lo siguiente:

Las decisiones interpretativas de los jueces sobre las distintas disposiciones del sistema jurídico refrendan, en cada caso, la identidad de las fuentes con la Norma Fundamental. Las razones expresadas para establecer que una ley o un reglamento debe aplicarse válidamente en la solución de un caso, pasa inevitablemente por dar cuenta de la compatibilidad de dichas fuentes normativas con la Constitución. En este sentido, la interpretación judicial del derecho, que es una clásica actividad de justificación o motivación normativa, cumple la función trascendente de verificar la validez de las distintas normas que confluyen en el sistema jurídico. La motivación de las decisiones interpretativas se convierte, de este modo, en un veredicto sobre el sistema jurídico en conjunto, situación que, de nuevo, no sólo importa al reducido auditorio de las partes de un proceso judicial, sino a toda la sociedad.¹⁶⁸

Pero, la función extraprocesal no se limita a ello. El deber de motivación cumple también un rol *informativo* para la ciudadanía. Siguiendo al

¹⁶⁵ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 25.

¹⁶⁶ Voto singular de los magistrados Gonzales Ojeda y Alva Orlandini sobre el expediente n.º 1744-2005-PA/TC, fundamento 8.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

Tribunal Constitucional —en votos singulares—, la motivación debida sirve también como herramienta para la educación de los ciudadanos respecto de sus derechos. Cumple, así, un rol pedagógico.¹⁶⁹ Esta función deriva en que las decisiones deban ser redactadas de forma tal que puedan ser leídas y entendidas por el ciudadano promedio. Ello generará mayor confianza en el sistema jurídico; y a la vez la ciudadanía podrá saber, a grandes rasgos, qué permite y qué prohíbe el sistema jurídico, evitándose así gastos innecesarios de recursos procesales.¹⁷⁰

En términos simples, la función extraprocesal del deber de motivación judicial se dirige a (i) justificar la investidura de los jueces designados para resolver conflictos; (ii) justificar las normas jurídicas aplicadas para la resolución de los casos concretos, con el objeto de validar, de forma integral, el conjunto normativo de nuestro ordenamiento jurídico; y (iii) informar a la ciudadanía respecto de cómo se aplican y funcionan las normas jurídicas que conforman nuestro marco legal.

Reiteramos aquí lo siguiente: el concepto, contenido y delimitación del deber/derecho a la motivación judicial se sustenta en las funciones que ésta cumple. Estas funciones dan forma al concepto, toda vez que éste sirve para lograr materializar el objetivo de aquéllas.

3.4. La tutela especial: protección constitucional del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales

Un aspecto importante en el estudio de la debida motivación judicial radica en su protección en tanto objeto de derecho (derecho a la debida motivación). Así, nuestro ordenamiento jurídico concibe que la tutela del derecho a la debida motivación pueda ser reclamada no sólo por la

¹⁶⁹ Voto singular de los magistrados Gonzales Ojeda y Alva Orlandini sobre el expediente n.º 1744-2005-PA/TC, fundamento 10. El TC, por cierto, diferencia entre función extraprocesal y función pedagógica.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

vía ordinaria,¹⁷¹ sino también en la vía constitucional extraordinaria. Entran a colación aquí el amparo y/o el hábeas corpus, los que por cierto pueden plantearse contra resoluciones judiciales.¹⁷² En específico, tanto el amparo como el hábeas corpus pueden dirigirse contra decisiones judiciales alegando la afectación¹⁷³ al derecho a la debida motivación.

Pues bien, desarrollaremos los siguientes puntos de la tutela constitucional del derecho a la motivación:

- Límites a la tutela constitucional del derecho a la debida motivación.

¹⁷¹ Esto puede darse a través de una pretensión nulificante dentro del recurso de apelación (artículo 176 del Código Procesal Civil). En dicha pretensión, puede alegarse la nulidad de la resolución judicial, dado que la motivación es un requisito de validez para las resoluciones.

¹⁷² Código Procesal Constitucional.

«Artículo 4.- Procedencia respecto de resoluciones judiciales

El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo.

El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal».

¹⁷³ Para el caso del hábeas corpus, según se observa del último párrafo del artículo 4 del Código Procesal Constitucional, debe necesariamente haberse producido una afectación a la libertad, enlazada o concurrente a la afectación al derecho a la debida motivación.

- El alcance de la prohibición de realizar un nuevo examen del fondo.
 - El ingreso (indirecto y parcial) a la resolución del fondo de la controversia.
- Supuestos que delimitan el ámbito de protección del derecho a la debida motivación.
- Categorización de dichos supuestos a la luz de la teoría de la argumentación jurídica.

3.4.1. Límites a la tutela constitucional del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales

La vía especial constitucional implica que un juez nuevo y distinto evaluará la decisión y la motivación de la misma, a efectos de determinar si se produjo una afectación al derecho a la debida motivación. Pues bien, sucede que esta evaluación tiene un radio de actuación limitado y se ciñe sólo a ciertos aspectos de la motivación. En específico, nuestro sistema jurídico ha establecido que la tutela de la debida motivación en sede constitucional no puede significar un nuevo examen o instancia en el que se vuelve a discutir la controversia ya sometida a manos de la judicatura ordinaria. Así:

[L]a tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios.

En tal sentido, en el proceso de amparo, el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden

ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis *externo* de la resolución, a efectos de constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos.¹⁷⁴

La citada sentencia representa la línea de razonamiento del Tribunal Constitucional sobre este tema.¹⁷⁵ De ésta, podemos obtener los siguientes elementos:

- (1) La tutela constitucional de ninguna forma puede significar un nuevo examen de la cuestión de fondo decidida por los jueces ordinarios.
- (2) El análisis de la afectación al derecho a la motivación se hace sobre la lectura de la resolución (es decir, de su motivación) cuestionada.
- (3) El expediente restante, incluyendo naturalmente las pruebas, sólo puede revisarse para contrastar lo señalado en la resolución cuestionada. No puede ser objeto de un nuevo examen.
- (4) La judicatura constitucional no tiene competencia sobre la causa, sólo está habilitada para realizar un análisis «externo» de la resolución cuestionada. Análisis externo que evidencie la racionalidad,

¹⁷⁴ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 01480-2006-AA/TC, fundamento 2.

¹⁷⁵ Cabe precisar que la conocida sentencia del TC sobre el caso «Llamoja» (expediente n.º 00728-2008-PHC/TC) se remite a lo señalado por el mismo órgano colegiado en la sentencia sobre el expediente n.º 01480-2006-AA/TC al momento de precisar los límites a la tutela del derecho a la debida motivación en sede constitucional.

objetividad, independencia e imparcialidad del juez ordinario.
En específico:

- (4.1) Verificar que no haya arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho.
- (4.2) Verificar que no se haya dado una valoración subjetiva o inconsistente de los hechos del caso.

Una lectura rápida de estos elementos evidencia que los mismos están entrelazados, por lo que intentar hacer una evaluación individual de ellos sería ineficiente y contraproducente. Por contraste, nuestro análisis pasará por entender (i) qué alcance tiene la prohibición de realizar un nuevo examen de fondo; y (ii) qué significa e implica un análisis «externo» de la resolución cuestionada.

3.4.1.1. La prohibición de realizar un nuevo examen del fondo. Alcance real

Los jueces constitucionales no pueden realizar un nuevo examen del fondo del asunto. Esta idea se deriva del hecho de que el proceso constitucional «no puede ser un mecanismo donde se vuelva a reproducir una controversia resuelta por las instancias de la jurisdicción ordinaria y que convierta al juez constitucional en una instancia más de tal jurisdicción, pues la resolución de controversias surgidas de la interpretación y aplicación de la ley es de competencia del Poder Judicial».¹⁷⁶ El proceso constitucional, es claro, no es una tercera instancia en la que se puede seguir discutiendo una vez agotadas las instancias de la judicatura ordinaria.

Ahora bien, ¿qué significa «nuevo examen del fondo»? Si tenemos en cuenta que el proceso constitucional no constituye una nueva instancia del proceso, significa que el juez constitucional no puede descartar la respuesta asignada en la resolución cuestionada y su consiguiente motivación; y luego proceder a construir una nueva respuesta, con sus

¹⁷⁶ Sentencia del TC sobre el exp. n.º 03179-2004-AA/TC, fundamento 21.

respectivas razones. Hacer esto último significaría asignar al proceso constitucional el rol de instancia adicional.

Dicho límite, empero, no evita que el juez constitucional pueda (i) ingresar al expediente; es decir, leer y aprehender el problema de fondo; y (ii) resolver indirectamente el problema que constituye el fondo del asunto.

En cuanto a (i), tenemos que se ha habilitado a los jueces constitucionales a acceder a todo el expediente, pudiendo aprehender y evaluar el mismo; aunque tal evaluación sólo puede hacerse para contrastar las conclusiones propias del juez constitucional con las razones que se exponen en la resolución cuestionada.

Respecto a (ii), sucede que la prohibición de construir una nueva respuesta no evita que el juez constitucional pueda, en el marco de la tutela del derecho a la debida motivación, asignar pautas para la resolución del caso. Se interviene así —aunque no de forma total y abierta— en el fondo del asunto. Resaltamos, entonces, que el impedimento de realizar un nuevo examen de fondo se limita a la prohibición de construir desde cero una nueva respuesta para el caso respecto del cual su resolución judicial se ha impugnado.

Esto último significa que, en realidad, por más que el Tribunal Constitucional haya establecido que la tutela en sede constitucional del derecho a la debida motivación no implique un nuevo examen de fondo, sí implica una intervención sobre la resolución del fondo. Veremos esto con más detalle a continuación.

3.4.1.2. Tutela constitucional = ingreso (indirecto y parcial) a la resolución del fondo

Veamos el siguiente ejemplo —no inusual— de la práctica judicial: una resolución judicial que resuelve un caso específico es objeto de una acción de amparo por afectación al derecho a la debida motivación. El

accionante alega que la resolución establece una premisa fáctica determinada aun cuando diferentes pruebas iban en sentido contrario. La afectación al derecho a la debida motivación estaría en que la resolución no explica cómo es que las referidas pruebas no logran invalidar la señalada premisa fáctica.

El juez constitucional considera fundada la demanda, y resuelve declarar nula la resolución judicial impugnada debido a que, bajo su criterio, no se fundamentó debidamente la premisa fáctica ya que habían pruebas sobre las que no se expresó cómo es que impactaban o no en la señalada premisa fáctica. Sobre ello, el juez constitucional resuelve también ordenar al juez ordinario expedir una nueva que tenga «especial cuidado en evaluar las pruebas de fojas A a B, e ilustrar cómo es que las pruebas de fojas A a B resultarían o no suficientes para descartar la premisa fáctica planteada por el demandado en el proceso originario».

En un caso así, ¿hay intervención del juez constitucional sobre el fondo? En sentido estricto, el juez constitucional no está construyendo una nueva respuesta para el caso. No obstante, ¿acaso no interviene sobre una parte del fondo al señalar que determinadas pruebas deben ser evaluadas con mayor cuidado?

Cuando el juez constitucional declara nula la decisión del juez ordinario sobre la base de que tal decisión no evaluó de forma suficiente determinadas pruebas, se está produciendo una intervención *parcial* sobre el fondo. Puede que para el juez ordinario tales pruebas careciesen de mayor relevancia o valor, no obstante sabe que si se mantiene en tal posición y emite una nueva sentencia la misma volverá a ser declarada nula en sede constitucional. El juez ordinario entonces *debe* seguir la pauta establecida por el juez constitucional, siendo obvio que ello implica que este último ha intervenido en la resolución sobre el fondo.

Evaluar y calificar la motivación de la decisión judicial implica necesariamente una intervención (indirecta y parcial) sobre el fondo del asunto

que resuelve la señalada resolución. La respuesta a un problema (decisión judicial) y el problema (fondo) son elementos que se encuentran indiscutiblemente entrelazados, por lo que tocar uno impacta de manera indirecta sobre el otro.

A efectos de ilustrar mejor nuestra posición, recurrimos a la siguiente analogía: En la resolución de problemas matemáticos existen tres elementos: el problema, el proceso de solución —que es la exposición de cómo se resuelve el problema— y la respuesta. Éstos pueden equipararse de la siguiente forma:

Problema matemático	≈ Controversia jurídica
Proceso de solución	≈ Motivación de la resolución judicial
Respuesta	≈ Decisión judicial

Bajo el razonamiento del Tribunal Constitucional, sólo se debería calificar y evaluar el proceso de solución, sin tocar el problema matemático. No obstante, ello es inviable. Calificar el proceso de solución involucra un análisis indirecto del problema matemático. Invalidar el proceso de solución por algún defecto involucra una intervención sobre el problema, porque a la hora de hacer nuevamente el proceso de solución se tendrá que superar el referido defecto, si es que no se quiere que se invalide otra vez la respuesta.

En términos simples, y siguiendo con la analogía del problema matemático, lo que el Tribunal Constitucional busca decir es que se puede evaluar y calificar el procedimiento de respuesta asignado al problema, pero no se puede realizar un nuevo procedimiento de respuesta. Naturalmente, cuando uno califica un procedimiento de respuesta, se está ingresando indirectamente al fondo, puesto que se está señalando de modo implícito de qué manera se debe o no se debe resolver el caso específico.

Ahora bien, la única excepción a esta intervención sobre la resolución del fondo se encuentra en los supuestos en que la decisión judicial carezca

absolutamente de motivación. En casos así, el juez constitucional no lee ni califica el contenido de la decisión. Pero esto no es porque no quiera, sino porque simplemente no existe contenido de la decisión. No se puede examinar o calificar aquello que no existe.

En síntesis, la tutela constitucional del derecho a la debida motivación judicial sí implica una intervención sobre el fondo. La intervención es (i) indirecta, toda vez que se ingresa a la resolución del problema a través de la calificación de la solución hecha por el juez ordinario; y (ii) parcial, puesto que el juez constitucional no puede en ningún caso establecer una nueva decisión. Sin embargo, aun cuando no sea una intervención directa y total, se está produciendo una intervención sobre la resolución del fondo.

3.4.2. El análisis «externo» de la motivación. Ámbito específico de protección del derecho a la debida motivación en los procesos constitucionales

Según observamos, el Tribunal Constitucional establece que el juez constitucional, encargado de la tutela del derecho a la debida motivación de una resolución judicial, sólo puede evaluar de forma *externa* la resolución. Ello, según el Tribunal Constitucional, involucra que las premisas normativas no pueden aplicarse arbitrariamente, y que las premisas fácticas no pueden determinarse de forma subjetiva o inconsistente.

Pues bien, hablar de una evaluación «externa» de la resolución significa diferenciar el contenido de ésta. Así, la motivación de la resolución judicial tendría dos niveles: (i) externo; e (ii) interno. El juez constitucional estaría habilitado sólo para evaluar el primero, mas no el segundo.

Respecto al análisis externo, el Tribunal Constitucional ha precisado cuál es su alcance. El punto de partida es la ya citada sentencia sobre el expediente n.º 01480-2006-AA/TC; de ésta se infiere que el análisis

externo se dirige a impedir aplicaciones arbitrarias o inconsistentes de premisas. Es decir, busca evitar la aplicación de premisas sin sustento, o sustentadas de forma inconsistente.

Sobre dicha base, aparece la sentencia sobre el caso *Llamoja* (expediente n.º 00728-2008-PHC/TC). Ésta establece seis supuestos específicos que constituyen una vulneración al ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la debida motivación. En consecuencia, el análisis «externo» de la motivación se extiende hasta dichos supuestos. Éstos son:

- (a) Inexistencia de motivación/motivación aparente
- (b) Motivación insuficiente
- (c) Falta de motivación interna en el razonamiento
- (d) Deficiencias en la motivación externa
- (e) Motivación sustancialmente incongruente
- (f) Motivaciones cualificadas.

A continuación, un desarrollo de cada uno de dichos supuestos.

3.4.2.0. Presupuestos esenciales: configuración de supuestos según cada pretensión y materialidad

Antes de pasar al análisis de los mencionados supuestos, se hace necesario realizar algunas precisiones respecto del alcance de estos supuestos, así como del hecho de que deben tratarse de defectos «materiales».

Configuración y confluencia de supuestos según cada pretensión/decisión

Anteriormente hemos presentado el esquema que aplica la teoría de la argumentación jurídica para la solución de problemas jurídicos. Expusimos, en específico, que la solución de un problema jurídico pasa por la construcción de un silogismo, conformado éste por premisas y conclusiones.

Pues bien, en un proceso judicial específico el juez no necesariamente resolverá sólo un problema jurídico. Por ejemplo, en un proceso civil puede solicitarse (i) la resolución de un contrato por incumplimiento; y (ii) la indemnización por daños y perjuicios. En tal sentido, el juez deberá resolver dos (2) problemas diferentes, lo que involucra el empleo de dos (2) silogismos jurídicos distintos, cada uno con sus respectivas premisas fácticas¹⁷⁷ y normativas.

¿Cómo saber cuántos problemas (de fondo) tiene el juez que resolver en un proceso específico? Hay varias formas de individualizar los problemas. No obstante, a nuestro juicio, la respuesta más eficiente se encuentra en el número de pretensiones.¹⁷⁸ Cada pretensión se conforma como un problema diferente, aunque no necesariamente desconectada de las otras.

Ahora, debe tenerse en cuenta que los supuestos específicos de protección constitucional de la debida motivación se producen en función a la motivación hecha para cada pretensión. En esa línea, es posible que en una misma pretensión confluyan más de uno de tales supuestos. Un ejemplo:

Primera pretensión: Resolución del contrato por incumplimiento de «B».

¹⁷⁷ Si bien, probablemente, el trasfondo y los hechos del caso sean los mismos para ambos problemas, es indiscutible que las premisas fácticas que aplicará el juez no serán idénticas para ambos. Si bien puede haber cierta base común en tales premisas (ej., se incumplió con las obligaciones del contrato, base sobre la que se solicita tanto la resolución del contrato como el resarcimiento), sobre tal base se añadirán aspectos propios para el problema específico en cuestión (ej., para el problema de la indemnización, se evaluará si hubo un nexo causal).

¹⁷⁸ En el proceso civil, esta forma de clasificación armonizaría con el principio dispositivo. Las partes cuentan con libertad para construir y estructurar la forma en que plantearán su reclamo, por lo que el juez (y cualquier otro operador jurídico) debe seguir y observar dicha forma al momento de resolver.

└ Motivación sufre del supuesto de inexistencia de motivación/motivación aparente.

Segunda pretensión: Declarar que «B» debe indemnizar la suma de US\$ 300,000.00 por los daños generados a «A» debido a su incumplimiento.

└ Motivación sufre de los supuestos de (i) motivación insuficiente y (ii) deficiencias en la motivación externa.

Así, algunos supuestos de protección constitucional del derecho a la debida motivación pueden confluir en una misma pretensión. De igual forma, pretensiones distintas pueden adolecer de supuestos diferentes.

La individualización de la motivación según pretensiones puede ser, a veces, dificultosa. En la práctica judicial, no es inusual que el juez no se tome la molestia de separar la resolución de las controversias por capítulos/numerales, y proceda a resolver todas las pretensiones en un «mismo texto». En esos casos, y según la dificultad de separar la motivación,¹⁷⁹ lo más adecuado podría ser presumir que la misma motivación aplica para todas las pretensiones.

Materialidad

El Tribunal Constitucional ha establecido que en cualquiera de sus seis supuestos de protección constitucional del derecho a la debida motivación, no cualquier error implica la vulneración del ámbito protegido constitucionalmente de dicho derecho. En efecto, «no todo ni cualquier

¹⁷⁹ La casuística nos puede dar ejemplos infinitos: En muchos casos el juez fija las premisas fácticas de manera previa, y recién procede a individualizar la motivación de cada pretensión para el caso de la aplicación del silogismo jurídico. En otros casos se hace inclusive difícil diferenciar si la aplicación del silogismo (el que, en sí, incluso puede ser muy difícil de hallar debido al estilo de redacción) corresponde a una o más pretensiones.

error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales». ¹⁸⁰ Existen, pues, defectos y defectos. Algunos defectos resultarán irrelevantes puesto que no afectarán el derecho a la debida motivación, mientras que otros sí lo harán.

3.4.2.1. *Inexistencia de motivación/motivación aparente*

Respecto a este supuesto, el Tribunal Constitucional ha señalado, de manera literal, lo siguiente:

Inexistencia de motivación o motivación aparente. Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es sólo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque sólo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico. ¹⁸¹

Se trata, entonces, de supuestos en los que no hay motivación, sea que ésta simplemente no existe, o que sólo exista «en apariencia». Así, este supuesto «supone fundamentalmente que no hay explicación sustancial alguna por parte del juzgador respecto a la controversia». ¹⁸² Esta ausencia de motivación es general, y puede encontrarse tanto cuando (i) el juzgador no da cuenta de las razones mínimas que sustentan su decisión; (ii) el juzgador no responde ¹⁸³ a los alegatos y argumentos

¹⁸⁰ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 00896-2009-PHC/TC, fundamento 7.

¹⁸¹ *Ibidem.*

¹⁸² FIGUEROA GUTARRA, Edwin *La exigencia constitucional del deber de motivar*. Lima: Adrus, 2012, p. 160.

¹⁸³ El derecho a la debida motivación «[t]ampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado» (Sentencia del TC sobre el expediente n.º 1230-2002-HC/TC, fundamento 11). Es decir, el

planteados por las partes a lo largo del proceso; o (iii) sólo intenta dar un cumplimiento «formal» al deber de motivar, puesto que se emplean frases sin base fáctica o jurídica.

En realidad, cabe anotar que los casos de (ii) e (iii) constituyen subsupuestos de (i). Esto se debe a que, en cuanto a (ii), en cualquier caso en que el juzgador no absuelva (directa o indirectamente) los argumentos de una parte, la decisión carecerá de las razones mínimas que la sustenten. De igual forma, respecto a (iii), cualquier motivación sobre frases sin sustento implica la ausencia de las razones mínimas sobre las que se construye la decisión.

3.4.2.2. Motivación insuficiente

En cuanto a este supuesto, el Tribunal Constitucional señala que:

La motivación insuficiente. Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la «insuficiencia» de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.¹⁸⁴

Se trata, según observamos, de aquellos casos en los que no se encuentran las razones mínimas indispensables para justificar la deci-

supuesto de inexistencia de motivación/motivación aparente no necesariamente se produce si es que no se absuelve de manera expresa un argumento en específico. Ello se debe a que el razonamiento del juzgador puede, en sí mismo, absolver a más de un argumento, siendo innecesario pronunciarse, por individual, sobre cada uno de ellos.

¹⁸⁴ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 00728-2008-PHC/TC, fundamento 7.

sión tomada. Así, «aquí observamos un problema de gradualidad, es decir, el juez cumple con motivar pero lo hace de modo insuficiente».¹⁸⁵

Una lectura detallada de este supuesto nos permite afirmar que el mismo es bastante similar al de inexistencia de motivación/motivación aparente. Y en efecto, existe similitud ya que la motivación insuficiente implica una ausencia parcial de motivación.

En ese sentido, la diferencia entre el supuesto de 3.4.2.1 y el presente supuesto 3.4.2.2 radica en que el primero se refiere a una ausencia general de motivación. Es decir, a la ausencia total o casi total del discurso lógico que justifica la decisión. Por otro lado, la motivación insuficiente se refiere a aquellos casos en los que existe una ausencia parcial de motivación; eso sí, la ausencia debe ser sobre un punto que es esencial para la controversia que se está resolviendo.

Ilustración: Supongamos que, en un caso de responsabilidad civil, el juez da la razón al demandante y ordena resarcir el daño ocasionado por el demandado. En la sentencia, el juez evalúa y se pronuncia sobre antijuridicidad en el proceder, un nexo causal adecuado, un factor de atribución, pero no argumenta nada en absoluto sobre el daño.

En un caso así, se estaría frente a una motivación insuficiente porque uno de los puntos controvertidos¹⁸⁶ no ha sido materia de pronunciamiento por parte de la judicatura. En términos simples, la motivación «se queda corta».

¹⁸⁵ FIGUEROA GUTARRA, Edwin. *La exigencia constitucional del deber de motivar*. Ob. cit., p. 161.

¹⁸⁶ Debemos recordar aquí que los puntos controvertidos no deberían equivaler a las pretensiones. En realidad, deben servir como guía para que las partes y los juzgadores puedan establecer aquellos nudos controversiales en el conflicto. Vid. PRIORI POSADA, Giovanni. «Del fracaso del proceso por audiencias a la necesidad de regular una auténtica oralidad en el proceso civil peruano». En *Thémis*. Lima, 2010, n.º 58, p. 138.

3.4.2.3. Falta de motivación interna en el razonamiento

El Tribunal Constitucional señala lo siguiente para este supuesto:

Falta de motivación interna del razonamiento. La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.¹⁸⁷

La falta de motivación interna en el razonamiento, observamos, se manifiesta cuando (i) existe invalidez en la inferencia obtenida sobre las premisas establecidas; o (ii) hay incoherencia narrativa, entendida ésta como un discurso carente de ilación lógica.

En cuanto a (i), estamos frente a lo que es denominado, por la teoría de la argumentación jurídica, como justificación interna. No obstante, la etiqueta de «falta de motivación interna en el razonamiento» no se limita a tal supuesto, sino que abarca a (ii), que son casos en los que el discurso es incapaz de transmitir de manera coherente las razones que sustentan la decisión.

¿A qué se refiere (ii)? Pues al contenido base del derecho a la motivación en cualquier escenario: la efectiva transmisibilidad de las razones que sostienen una decisión. Si el discurso no puede ser entendido, el núcleo del derecho a la motivación se ve transgredido.

¹⁸⁷ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 00728-2008-PHC/TC, fundamento 7.

Entonces, bajo la etiqueta de «falta de motivación interna en el razonamiento» se agrupan dos aspectos diferentes:

- El núcleo base del derecho a la motivación en cualquier contexto. Esto es, que el discurso sea inteligible.
- La justificación interna del silogismo jurídico empleado para resolver el caso concreto.

Ilustración:

- (i) Invalidez en la inferencia obtenida sobre premisas establecidas.

Ejemplo 1. Un juzgador plantea el siguiente razonamiento:

Premisa fáctica/menor. «A» destrozó bienes muebles de «B» por un valor probado de US\$ 50,000.00 de manera consciente y voluntaria.

Premisa normativa/mayor. Aquél que por dolo o culpa genera un daño a otro, debe indemnizarlo por el daño generado.

Conclusión. «A» debe pagar, como indemnización, a «B» la suma de US\$ 2'000,000.00.

En este caso, se está vulnerando uno de los principios básicos de la lógica: el principio de no contradicción. No puede haber debida motivación si la decisión afirma una cosa, y luego concluye otra.

- (j) Incoherencia narrativa. Piénsese en aquella decisión que empieza sobre conclusiones determinadas, para luego remitirse a premisas contrarias a las conclusiones arribadas, procediendo después a afirmar nuevas conclusiones.

3.4.2.4. Deficiencias en la motivación externa; justificación de premisas

En este supuesto, el Tribunal Constitucional ha referido que:

Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.
El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los *casos difíciles*, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones. Si un juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por «X», pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de «X» en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez.¹⁸⁸

De la cita, es claro que el Tribunal Constitucional se refiere a la ya evaluada justificación externa. No obstante, no se trata de una mera identidad entre ambos conceptos. Sucede que lo que ha sido denominado por el Tribunal Constitucional como «Deficiencias en la motivación externa; justificación de premisas» se refiere sólo a ciertos casos de defectos en la justificación externa.

En efecto, de la cita presentada observamos que se denuncian los casos en que *no hay* justificación de premisas. Recordemos que pueden ser tres los tipos de defectos en la justificación externa: justificación externa

¹⁸⁸ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 00728-2008-PHC/TC, fundamento 7.

inexistente, ilógica e «incorrecta». De estas tres, entonces, la única que podría ser tutelada en sede constitucional es la primera.

No obstante, en adición a ello la sentencia sobre el expediente n.º 1480-2006-AA/TC rechaza en general a la «inconsistencia». Es decir, se rechazan los errores lógicos. Por lo tanto, es evidente que los supuestos de justificación externa ilógica también estarían abarcados por la tutela constitucional del derecho a la debida motivación.¹⁸⁹

¿Esto significa que uno nunca puede denunciar supuestos de justificación externa «equivocada»? No. Sucede que la lista presentada aquí delimita el ámbito de protección del derecho a la motivación *por parte* de los juzgados constitucionales. Uno puede reclamar por supuestos de justificación externa «equivocada» en una apelación o casación, pero no en un proceso constitucional.

3.4.2.5. Motivación sustancialmente incongruente

Observemos qué señala el Tribunal Constitucional sobre este supuesto:

La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de

¹⁸⁹ En sentido estricto, la sentencia del TC sobre el expediente n.º 01480-2006-AA/TC se limita a rechazar las inconsistencias en las premisas fácticas. No obstante ello, consideramos que la intención del Tribunal Constitucional no era limitar el control de validez lógica sólo a las premisas fácticas, ya que no habría razón alguna para discriminar entre éstas y las normativas. Al hablar de rechazar inconsistencias, lo que se busca en general es evitar errores lógicos, sea en el silogismo jurídico (justificación interna) o en la construcción de premisas (justificación externa) sin importar si éstas son fácticas o normativas.

dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139, *incisos* 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.¹⁹⁰

De acuerdo al principio de congruencia, en el proceso civil el juez debe resolver aquellas cuestiones que son objeto del petitorio presentado por una o ambas partes. Esto se sustenta en el derecho de disposición que tienen las partes sobre la materia controvertida, lo que deriva en que debe haber correlación entre lo resuelto por el juez en sentencia y lo solicitado por las partes en la demanda y reconvenición (si la hubiese).¹⁹¹

En esa línea, la afectación al principio de congruencia se da por resoluciones (i) *citra petita*, esto es, cuando el juez no se pronuncia sobre todos los puntos objeto de controversia; (ii) *extra petita*, cuando se da un exceso *cualitativo* en lo reclamado, por ejemplo; y (iii) *ultra petita*, cuando se da un exceso *cuantitativo* en lo reclamado; por ejemplo, se pide US\$ 50,000.00 de indemnización, y el juez concede el triple.¹⁹²

Observemos que, en un nivel directo, el respeto o afectación del principio de congruencia se puede verificar de una lectura a la parte resolutive de la sentencia. En efecto, basta saber qué decidió el juez para

¹⁹⁰ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 00728-2008-PHC/TC, fundamento 7.

¹⁹¹ LOUTAYF RANEA, Roberto G. *et. al. Principio dispositivo*. Buenos Aires: Astrea, 2014, p. 16.

¹⁹² PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Milán: Jovene Edit, 2006, 5.ª ed., pp. 198 y ss.

determinar si la decisión se limitó a lo establecido por las partes, o si incurre en supuesto de *citra petita*, *extra petita* o *ultra petita*.

Pues bien, de acuerdo al Tribunal Constitucional, no sólo las decisiones judiciales pueden ser incongruentes. Así, también podrían serlo las motivaciones que sostienen dichas decisiones, lo cual generaría un defecto en la motivación pasible de ser tutelado.

Reiteramos, el razonamiento es el siguiente: si las pretensiones deben ser resueltas según los términos en que fueron planteadas, la motivación también debe observar tales términos. En tal sentido, para el Tribunal Constitucional, se produce una motivación sustancialmente incongruente cuando (i) la decisión —y su motivación—¹⁹³ se desvía del debate procesal planteado por las partes, lo que genera indefensión (incongruencia activa); o (ii) se dejan incontestadas¹⁹⁴ las pretensiones (incongruencia omisiva).

Si bien el Tribunal Constitucional hace referencia, al momento de desarrollar la incongruencia omisiva, a que este supuesto se extiende a pretensiones en plural, es posible individualizarla en función a cada pretensión. Así, es posible que la motivación sustancialmente incongruente se limite a la motivación de sólo una pretensión, siendo que en las otras no se configure la misma.

¹⁹³ A nuestro juicio, lo que el Tribunal Constitucional quería proteger con el supuesto de motivación incongruente activa son aquellos casos en los que las partes plantean ciertos argumentos para la respuesta a la controversia; no obstante el juez se va por otros argumentos, y por lo tanto su respuesta genera indefensión a una o ambas partes.

¹⁹⁴ La falta de contestación de pretensiones aquí debe entenderse no como el supuesto de una resolución *citra petita* (aquella que no resuelve todas las pretensiones), sino más bien en el sentido de que en la motivación no hay pronunciamiento sobre una o más pretensiones. Esto, porque la frase «incontestadas (sic) las pretensiones» debe interpretarse de acuerdo al tema materia de desarrollo: motivación sustancialmente incongruente.

Para finalizar, el Tribunal Constitucional ha precisado que debe tratarse de un incumplimiento «total» de esta obligación. Es decir, que sea indiscutible que no hubo contestación de la pretensión (incongruencia omisiva) o que se produzca una desviación indubitable del debate procesal (incongruencia activa).¹⁹⁵

3.4.2.6. *Motivaciones cualificadas*

Según el Tribunal Constitucional:

Motivaciones cualificadas.- Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del juez o tribunal.¹⁹⁶

Así, observamos que el Tribunal Constitucional se refiere a aquellos casos en los que, por la relevancia de la materia, derechos o sujetos involucrados, se exige al juzgador una justificación «especial» para sustentar su decisión. De forma referencial, podemos señalar que la motivación cualificada radica más que nada al hablar de derechos fundamentales. Así, «el deber de motivación de las resoluciones es aun mayor cuando se trate de resoluciones que restrinjan derechos fundamentales [...] y, a su vez, tanto mayor sea la restricción, mayores serán los deberes de motivación».¹⁹⁷

¹⁹⁵ Cabe anotar que en todo caso de incongruencia activa, hay también incongruencia omisiva. Esto se debe a que una desviación del debate procesal produce la falta de contestación en la motivación de la pretensión afectada.

¹⁹⁶ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 00728-2008-PHC/TC, fundamento 7.

¹⁹⁷ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 02637-2011-PHC/TC, fundamento 9.

No queda claro, empero, qué debe entenderse por una justificación «especial» en estos casos. Recordemos que el derecho a la debida motivación judicial involucra que la decisión del juez esté justificada tanto en su ámbito interno (validez lógica del silogismo jurídico) como en el externo (sustentación de premisas empleadas).

En un ya citado voto singular, se señaló que la motivación cualificada derivaba en que el juez debía ser «exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal».¹⁹⁸ Sobre ello, consideramos que la justificación «especial» exigida en los casos de motivaciones cualificadas no está pensada para la justificación interna, sino más bien para la justificación externa. Así, tal supuesto tendría como objetivo que, en esos casos específicos y por la importancia de determinadas decisiones (rechazo de demanda, afectación a la libertad), el juez actuase de la siguiente manera:

- En casos *fáciles*, el juez no debe persuadirse por la lógica formal, por lo que deberá cuidar que las premisas que aplica para su silogismo estén sustentadas, aun cuando éstas parezcan obvias.
- En casos *difíciles*, el juez deberá sustentar exhaustivamente todas las premisas aplicadas.

Finalizada ya la exposición de los supuestos establecidos por el Tribunal Constitucional como delimitadores del ámbito protegido del derecho a la motivación en sede judicial, podemos pasar a clasificarlos desde la teoría de la argumentación jurídica. Ello resultará de relevancia más adelante porque, como ya se señaló, se ha intentado extrapolar el concepto de debida motivación judicial y aplicar un calco de éste en el arbitraje.

¹⁹⁸ Voto singular de los magistrados Gonzales Ojeda y Alva Orlandini sobre el expediente n.º 1744-2005-PA/TC, fundamento 11.

3.4.3. *Categorización de los supuestos de protección de la debida motivación judicial según la teoría de argumentación jurídica*

Como observamos, existe una considerable diferencia en las anomalías de la motivación conforme los mismos sean categorizados desde la argumentación jurídica o desde la concepción jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Esta distinción fue ya advertida —y criticada— por León Pastor, quien la catalogó como «una lista de malos ejemplos y errores a evitar».¹⁹⁹ Así, según el mencionado autor, los supuestos expresados por el Tribunal Constitucional constituyen o bien casos de justificación interna, o bien casos de justificación externa.²⁰⁰

Estamos parcialmente de acuerdo con León Pastor. A nuestro criterio, una mejor forma de clasificar los supuestos establecidos por el Tribunal Constitucional pasa por dividirlos en tres categorías: (i) casos de ausencia absoluta de motivación; (ii) casos de motivación con defectos en la justificación interna; y (iii) casos de motivación con defectos en la justificación externa. Desde ya cabe anotar que algunos de los supuestos señalados por el Tribunal Constitucional pueden encuadrar en más de un tipo.

Un último dato a tener en cuenta es que estas tres categorías pasibles de ser tuteladas se dan *en función* a las pretensiones. Por ejemplo, es posible que una pretensión adolezca de ausencia absoluta de motivación, y que la motivación de otra pretensión sufra de defectos en la justificación externa.²⁰¹

¹⁹⁹ LEÓN PASTOR, Ricardo. «Caso Llamoja, por qué no mezclar papas con camotes». Consulta: 10 de mayo de 2016. <http://www.leonpastor.com/2015/04/caso-llamoja-por-que-no-mezclar-papas.html>

²⁰⁰ LEÓN PASTOR, Ricardo. «¿Los defectos de motivación justifican la anulación del laudo?». Consulta: 10 de mayo de 2016. <http://www.leonpastor.com/2014/09/los-defectos-de-motivacion-justifican.html>

²⁰¹ Como el lector notará, es posible que *confluyan* defectos en la justificación interna y en la justificación externa para la motivación de una misma pretensión. No obstante, la ausencia de motivación se constituye como un tipo *excluyente*: si hay ausencia de motivación, entonces no pueden haber defectos en la justificación

Pasamos, ahora sí, a exponer las tres categorías:

3.4.3.1. Ausencia de motivación

Aquí nos referimos a aquellos casos en los que, simple y llanamente, no hay motivación. Es decir, existe un indiscutible vacío, toda vez que la resolución judicial no señala nada en absoluto respecto a las razones que derivaron en la decisión. La ausencia absoluta de motivación es general e involucra un vacío total para una o más pretensiones.

Este vacío indiscutible, por cierto, no sólo se da en aquellos casos en los que la resolución carece de párrafos o apartados dedicados a la motivación (ej., una sentencia judicial de una página que sólo contiene la decisión del juez), sino que puede abarcar casos en los que, habiendo un *texto* o incluso una explicación jurídica, éstos no pueden considerarse como motivación de la decisión. Como ejemplos de lo último, podemos señalar un caso en que la sentencia sólo enumere los argumentos de las partes y luego pase directamente a su decisión, u otra en la que la sentencia señale argumentos de un caso distinto al que están llevando las partes (esto se da por fe de erratas) y luego emita su decisión.

Pues bien, en esta categoría encuadran los siguientes supuestos del Tribunal Constitucional:

- 3.4.2.1. inexistencia de motivación/motivación aparente.
- El supuesto (ii) de 3.4.2.3 falta de motivación interna en el razonamiento: falta de coherencia narrativa. En casos en que la «motivación» de la decisión judicial sea ininteligible, estaremos en que se vulnera el núcleo base del derecho a la motivación. Esta inintegibilidad equivale a no motivar nada, porque, para

interna y/o en la justificación externa, puesto que «un defecto de algo» presupone la existencia del objeto defectuoso.

estos temas, no hay diferencia entre la ausencia de palabras y las palabras incomprensibles.

- El supuesto (i) de 3.4.2.5 motivación sustancialmente incongruente: incongruencia activa. Si la motivación no contesta —de forma expresa o implícita— las alegaciones de las partes, se desvía del debate procesal y de la pretensión en discusión, entonces la motivación que exprese el juez será ajena a la pretensión específica. Por lo tanto, la motivación deberá tenerse por inexistente para dicha pretensión.
- El supuesto (ii) de 3.4.2.5. motivación sustancialmente incongruente: incongruencia omisiva. Si se incurre en un supuesto de incongruencia omisiva, entonces las pretensiones se habrían dejado no contestadas en la motivación, es decir, sin pronunciamiento alguno sobre las mismas. En tal sentido, tales pretensiones adolecerían de ausencia de motivación.

3.4.3.2. Motivación con defectos en la justificación interna

Es indiscutible que los jueces constitucionales pueden buscar y determinar defectos en la justificación interna de la motivación de la decisión judicial cuestionada. Ello, porque el supuesto (i) de 3.4.2.3 falta de motivación interna en el razonamiento, consistente en la «invalidéz de la inferencia obtenida sobre las premisas establecidas», se enmarca en la corrección lógica de la inferencia (silogismo) que realiza el juez. En tal sentido, si existe una falla lógica en el razonamiento del juez, la misma supone una afectación al derecho a la debida motivación.

Supuesto (i) de 3.4.2.3. falta de motivación interna en el razonamiento	=	Justificación interna
---	---	-----------------------

Para este punto, no hay mayores comentarios por hacer.

3.4.3.3. Motivación con defectos en la justificación externa

En esta categoría se encuentran los siguientes supuestos establecidos por el Tribunal Constitucional:

- 3.4.2.4 deficiencias en la motivación externa. Aquí, como ya se señaló, la identidad es obvia.
- 3.4.2.2 motivación insuficiente. La motivación insuficiente no es más que otra etiqueta para el defecto en la justificación externa.
- 3.4.2.6 motivaciones cualificadas. La motivación cualificada implica una exigencia especial de sustentación exhaustiva de las premisas.

En ese sentido, se plantea que el juez deba sustentar de forma profusa las premisas sobre las que parte, sea porque el caso así lo requiere (supuesto ordinario) o porque existe un mandato especial (supuesto de motivación cualificada) de motivar exhaustivamente para casos determinados (ej., rechazar una demanda, afectar derechos fundamentales como la libertad).

Observemos que, en ambos casos, el defecto en la sustentación de una premisa deriva en que se produzca un supuesto de 3.4.2.2 motivación insuficiente. En efecto, si una premisa que es considerada relevante para la resolución del caso se da por sentada sin explicación o sustento alguno, se estará produciendo un vacío sectorial en la motivación, lo que implicaría que ésta no contaría con todas las razones mínimas sobre las que se construye la decisión.

Cabe resaltar, de otro lado, que sólo la justificación externa inexistente y la justificación externa ilógica pueden ser materia de tutela del derecho a la debida motivación por los juzgados constitucionales.

Según vimos, en la sentencia sobre el expediente n.º 1480-2006-PA/TC se estableció que el juez constitucional sólo puede realizar un análisis externo de la motivación, dirigido a sancionar la arbitrariedad y/o la inconsistencia. En esa línea, al evaluar 3.4.2.4. deficiencias en la motivación externa, el Tribunal Constitucional señaló que éste se dirige a «controlar el razonamiento o la carencia de argumentos»; es decir, a verificar que la justificación externa no sea ilógica («razonamiento») o inexistente («carencia de argumentos»). En síntesis:

Tutela constitucional frente a justificación externa inexistente → Sí.

Tutela constitucional frente a justificación externa ilógica → Sí.

Tutela constitucional frente a justificación externa “equivocada” → No.

El juez constitucional no puede calificar las premisas empleadas en la motivación como «equivocadas». Es decir, si el juez constitucional verifica que hay sustentación de las premisas —por lo que no habría «justificación externa inexistente»— y verifica que dicha sustentación es lógica —por lo que no habría «justificación externa ilógica»—, entonces, la justificación externa es válida. El juez constitucional no puede abocarse a determinar si los hechos señalados en la motivación fueron los que en verdad sucedieron, o disentir de la aplicación normativa consignada en la motivación.

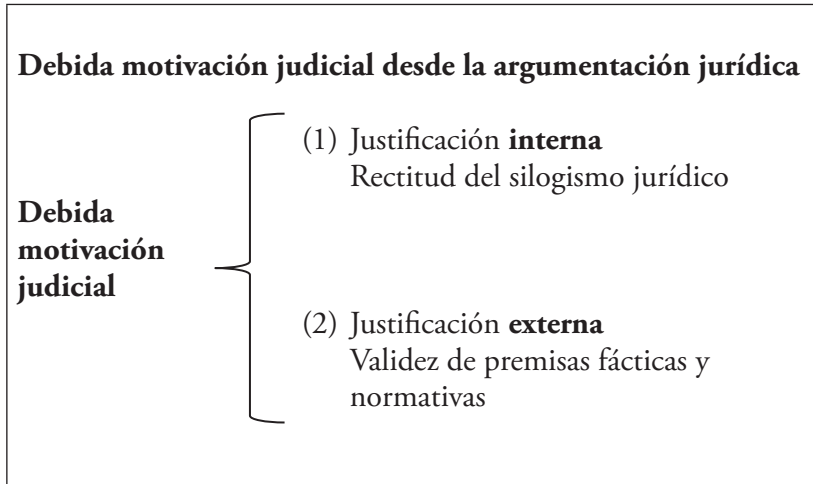
En conclusión, el ámbito de protección del derecho a la debida motivación judicial puede circunscribirse a tres aspectos: Primero, que haya motivación con capacidad para ser aprehendida y entendida. Segundo, que la motivación cuente con un razonamiento lógico válido. Y tercero, que la motivación cuente con una existente y lógica sustentación de las premisas esenciales e importantes aplicadas para la resolución del caso.

4. SÍNTESIS

- 1) Desde la teoría de la argumentación jurídica, la motivación consiste en la exteriorización de la justificación de las decisiones que resuelven casos jurídicos concretos. Esta justificación involucra, como presupuestos, la existencia de un silogismo jurídico que subsume hechos (premisas fácticas) y normas (premisas normativas), y que deriva en una conclusión/solución al caso concreto.
- 2) En ese marco, la justificación de la conclusión/solución se divide en dos ámbitos: interno y externo:
 - La justificación interna, que se refiere a la validez lógico-formal del silogismo jurídico. Esto es, que el razonamiento lógico-formal empleado respete los axiomas de la lógica.
 - La justificación externa, que versa sobre la rectitud lógico-material de las premisas fácticas y normativas empleadas. Esta última resulta especialmente importante para los casos en los que hay cuestiones complejas relativas a la relevancia (problemas en la selección de la premisa normativa a aplicar) o interpretación (problemas en la forma en que se aplica la norma ya seleccionada de las premisas normativas; y a la prueba (problemas sobre lo que sucedió en la realidad de los hechos) o a la calificación (problemas sobre bajo qué norma encuadra el supuesto fáctico producido) de las premisas fácticas.
- 3) Sobre los defectos en la justificación, tenemos que, en cuanto a la justificación interna, éstos son de naturaleza lógico-formal, y consisten en la transgresión de principios de la lógica. Para la justificación externa, los defectos pueden clasificarse en tres categorías: ausencia de sustentación de una premisa, sustenta-

ción ilógica de una premisa, y sustentación «equivocada» de una premisa.

- 4) Sobre ello, un derecho a la motivación para la resolución de casos debe entenderse como el derecho a la exposición de razones que justifiquen la decisión. En específico, debe exponerse un silogismo jurídico válido (justificación interna) y el sustento de las premisas que sostienen dicho silogismo (justificación externa).
- 5) Por otro lado, la motivación también puede estudiarse en el contexto del proceso judicial. Bajo ésta, la motivación puede entenderse como (i) un derecho; y (ii) un deber.
- 6) El derecho a la debida motivación de las resoluciones es el derecho a obtener decisiones justificadas de manera objetiva, con atención a las normas y los hechos pertinentes. Este derecho es de naturaleza fundamental y por lo tanto indisponible.
- 7) El derecho a la debida motivación integra en su contenido a lo desarrollado por la teoría de la argumentación jurídica. Por lo tanto, este derecho involucra, empleando los conceptos de la argumentación jurídica, que la decisión judicial exponga fundamentos esquematizados en dos niveles de justificación: justificación interna (logicidad del razonamiento en el silogismo) y justificación externa (validez de premisas).



8) El deber de motivación judicial no constituye una disposición arbitraria. Existe por las funciones que busca cumplir. En concreto, son tres las funciones:

- Función general de proscripción de arbitrariedad. En tanto las decisiones judiciales son manifestaciones de una función del Estado (función judicial), éstas deben contener una motivación para prevenir que la actuación estatal sea arbitraria o esté impulsada en razones oscuras e ilegítimas.
- Función endoprocesal o al interior del proceso, que se da (i) en cuanto a las partes, ya que garantiza que éstas puedan conocer las razones de la decisión que resuelve su conflicto, así como poder ejercer de forma adecuada sus derechos de defensa, impugnación y pluralidad de instancias; y (ii) en cuanto a los tribunales de alzada, permitiendo que éstos puedan controlar la rectitud y justicia de las decisiones de los tribunales de grado anterior.
- Función extraprocesal o fuera del proceso, que se refiere a dos aspectos específicos:

- ❖ La legitimación de la función jurisdiccional a los ojos de la población. El deber de motivación de las resoluciones judiciales legitima (i) la investidura de los jueces designados para la resolución de los conflictos; y (ii) las disposiciones normativas empleadas por los órganos jurisdiccionales en la resolución de conflictos.
 - ❖ La educación de la población respecto a sus derechos. En efecto, dado el carácter público del proceso, el deber de motivación de las resoluciones judiciales permite conocer a la ciudadanía la forma en que se aplica el derecho. Esto, por cierto, conlleva la obligación de los jueces de redactar y exponer sus razones de forma comprensible para el ciudadano estándar.
- 9) En cuanto a la tutela judicial del derecho a la debida motivación, podemos decir que en adición a la vía ordinaria, existe una vía especial constitucional materializada en la acción de amparo o de hábeas corpus, según sea el caso.
 - 10) Sobre los jueces constitucionales recae la prohibición de realizar un nuevo examen sobre el fondo. En efecto, la vía constitucional de tutela del derecho a la debida motivación no puede ser entendida como una instancia adicional ante la que se puede solicitar la revocación total de la decisión.
 - 11) Sin perjuicio de ello, la tutela del derecho a la debida motivación involucra una interferencia, parcial e indirecta, sobre la resolución del fondo. Al calificar las razones expuestas en la resolución cuestionada, se está indirectamente señalando qué o qué no constituyen elementos correctos y/o necesarios para la solución del caso.

La única excepción a lo señalado se da cuando la resolución judicial carece en absoluto a la motivación. En este caso, no se produce un ingreso a la resolución del fondo puesto que no hay motivación alguna que calificar. No se puede intervenir sobre algo cuando ese algo no existe.

- 12) El Tribunal Constitucional señala que la tutela constitucional del derecho a la debida motivación habilita sólo a realizar un análisis del nivel externo de la resolución judicial cuestionada.

Este análisis externo se dirige a evitar inconsistencias o vacíos en la exposición de las decisiones. En específico, el ámbito específico de la tutela del derecho a la debida motivación en sede constitucional se materializa en seis supuestos específicos: (1) inexistencia de motivación/motivación aparente, (2) motivación insuficiente, (3) falta de motivación interna en el razonamiento, (4) defectos en la motivación externa, (5) motivación sustancialmente incongruente, y (6) motivaciones cualificadas.

Debe resaltarse aquí que (i) estos supuestos pueden configurarse en función a cada pretensión, (ej., en la motivación para la primera pretensión hay defectos en la motivación externa; y en la motivación para la segunda pretensión, hay una motivación sustancialmente incongruente), e incluso en una misma pretensión podrían confluir varios de dichos supuestos; y (ii) el defecto debe ser material, toda vez que no cualquier error en la motivación involucra necesariamente una afectación al derecho a la debida motivación.

- 13) A la luz de la teoría de la argumentación jurídica, los supuestos establecidos por el Tribunal Constitucional pueden ser clasificados en tres categorías distintas: (i) ausencia absoluta de motivación; (ii) motivación con defectos en la justificación interna; y (iii) motivación con defectos en la justificación externa.

En el caso específico de la motivación con defectos en la justificación externa, sólo podría reclamarse tutela contra supuestos de justificación externa inexistente o ilógica. Si una parte considera que se ha producido una justificación externa «equivocada»; dicho supuesto no es pasible de ser tutelado en sede constitucional. Esto, porque el análisis externo de la motivación se dirige a prevenir sólo la arbitrariedad (justificación externa inexistente) y la inconsistencia (justificación externa ilógica).

CAPÍTULO III

LA MOTIVACIÓN EN EL ARBITRAJE.

NATURALEZA, CONTENIDO Y FUNCIÓN

1. INTRODUCCIÓN

En el capítulo I, hicimos una breve definición de lo que es el derecho a la motivación entendido de manera abstracta, sin estar sujeto a un ámbito concreto. Luego de ello, en el capítulo II se expuso el concepto de motivación bajo la teoría de argumentación jurídica y el derecho procesal.

Los conceptos estudiados facilitarán la exposición y desarrollo del derecho a la motivación en el plano arbitral. Como veremos, la motivación en el arbitraje se sirve, en mayor o menor medida, del razonamiento jurídico, el que se conforma como el núcleo de la motivación bajo la teoría de la argumentación jurídica. De igual manera, el concepto de derecho a la debida motivación judicial nos permitirá entender fácilmente que el derecho a la motivación en el arbitraje es diferente a aquél.

Este capítulo se enfoca en tres aspectos nucleares de la motivación en el arbitraje: (i) su naturaleza; (ii) su contenido; y (iii) su función. En el desarrollo de dichos aspectos, se tendrá cuidado de hacer un análisis individualizado —cuando corresponda— para cada tipo de decisión arbitral (decisiones sobre la resolución del fondo, decisiones sobre la propia competencia del tribunal arbitral, decisiones sobre otros temas significativos y decisiones sobre incidencias procedimentales).

Asimismo, en el análisis de cada uno de dichos aspectos nucleares se tendrá en cuenta el impacto de la jurisdiccionalización del arbitraje, al

imponer en específico el derecho a la debida motivación dentro de los procedimientos arbitrales.

Sobre esta base, el capítulo siguiente se dedicará a evaluar el control estatal que existe sobre la motivación de las decisiones arbitrales en general. Y luego, en los capítulos V y VI, se hará un estudio *in extenso* sobre la motivación de las decisiones arbitrales y de su tutela judicial en el arbitraje según si éste es (i) privado; o (ii) con componente público.

2. LA NATURALEZA DE LA MOTIVACIÓN EN EL ARBITRAJE

2.1. *La motivación en el arbitraje: prestación en el marco de una relación crediticia*

La motivación, según expusimos en el capítulo I, puede manifestarse de distintas maneras; entre ellas, como objeto de un derecho crediticio. Es decir, la motivación puede ser una prestación determinada, enmarcándose así en una relación de crédito, en la que un sujeto (deudor) tiene la obligación de cumplir con la prestación de motivar a favor de otro sujeto (acreedor). Motivar una decisión/acción puede ser la prestación a cargo del deudor; prestación que realiza a cambio de una contraprestación.

Ahora bien, ¿qué es la relación que existe entre las partes y los árbitros designados? Los árbitros —y esto es una obviedad— realizan su labor a cambio de una contraprestación económica. Sobre ello, está fuera de discusión que entre las partes y los árbitros existe un contrato:²⁰² los primeros son contratados por los segundos para resolver el conflicto.

²⁰² LIONNET, Klaus. «The Arbitrator's Contract». En *Arbitration International*. Oxford, vol. 15, issue 2, 1999, pp. 161-169; CLAY, Thomas. *L'arbitre*. París: Dalloz, 2001, pp. 499 y ss.; entre otros.

Este contrato —y esto también es una obviedad— es fuente de una relación crediticia, la que involucra derechos y obligaciones para las partes y para los árbitros.²⁰³ Entonces, en el arbitraje subyace una relación crediticia —aunque el primero no se limita a la segunda, sino que la trasciende— tan común como la que existe entre un comitente y un contratista. En efecto, cuando el árbitro acepta resolver un caso a cambio de un pago determinado, asume una posición de «deudor», ya que acepta la obligación de arbitrar el caso para con las partes, quienes serían los «acreedores».

Si vamos un paso más allá, tenemos que la relación crediticia entre el árbitro y las partes encuadra como una locación de servicios, que involucra todo un conjunto de prestaciones específicas para el árbitro. Así:

El contrato de locación de servicios [...] es la categoría más cercana al contrato que vincula al árbitro con las partes [...]. De hecho, es posible analizar la tarea del árbitro como la provisión de un conjunto de servicios de naturaleza intelectual, el que es llevado en interés de las partes, y de forma independiente, a cuenta de un pago. El árbitro, como cualquier otro profesional de la ley, o como un especialista en particulares técnicas, se obliga a proveer a las partes el beneficio de su experiencia y conocimiento, así como llevar a cabo otras tareas determinadas: investigación del caso, escuchar a las partes, etc.²⁰⁴

²⁰³ LEW QC, Julian D.M., Loukas A. MISTELIS y Stefan M. KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2003, p. 276.

²⁰⁴ FOUCHARD, Philippe. «Relationships between the Arbitrator and the Parties and the Arbitral Institution». En *The ICC International Court of Arbitration Bulletin. The Status of Arbitrator. s/l*, Special Supplement, 1995, pp. 12-13. Traducción libre del siguiente texto:

«The contract for hire of services [...] is certainly closer to the contract binding the arbitrator to the parties [...]. In fact it is possible to analyse the arbitrator's task as the provision of a whole set of services of an intellectual nature, that he carries out in the interest of the parties, independently, in consideration of a fee. The arbitrator, like other legal professionals, or specialists in particular techniques, undertakes to provide the parties with the benefit of his experience

En este punto, cabe resaltar que la obligación del árbitro es una sola, pero ésta está conformada por diferentes prestaciones. Se trata, así, de una obligación de objeto plural.²⁰⁵ Más aún, en este caso, todas las prestaciones están vinculadas entre sí. En esa línea, la obligación del árbitro puede ser denominada como la obligación de «arbitrar», obligación en la que encuadran un conjunto de diferentes prestaciones: atender a las partes, emitir decisiones, dirigir el procedimiento arbitral, resolver el caso, etc.

En síntesis, existe una relación crediticia, originada en un contrato, entre los árbitros y las partes. Ésta genera una obligación tanto para el árbitro como para las partes. En cuanto a la obligación del árbitro, podemos decir que éstas se conforman por un haz de prestaciones diferentes, las que tienen como punto en común «arbitrar» la controversia. En última instancia, el encargo del árbitro y por consiguiente su obligación puede resumirse en ello, en arbitrar un caso.

Fouchard no la menciona de manera expresa, pero es evidente que la motivación de las decisiones arbitrales se configura como una prestación a cargo del tribunal arbitral, la que es parte de la obligación de arbitrar el caso —aunque, como veremos luego, no necesariamente debe serlo—. Esta prestación genera, por consiguiente, que las partes tengan derecho a exigir al árbitro la motivación de sus decisiones.

En otras palabras, para el arbitraje, la motivación se puede constituir como una prestación dentro de una relación obligatoria, una más de las diferentes prestaciones que conforman la obligación de arbitrar el caso. En esta relación obligatoria, los deudores (árbitros) tienen la obligación de arbitrar una controversia, obligación que incluye motivar

and knowledge, and to carry out certain tasks: investigation of the case, hearing of the parties, etc.».

²⁰⁵ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las obligaciones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, vol. XVI, tomo I, p. 209.

sus decisiones; y los acreedores (partes), tienen derecho a que su caso sea arbitrado, lo que incluye obtener decisiones arbitrales motivadas. Veamos:

Relación obligatoria:

Deudores = los árbitros.

Acreedores = las partes.

Motivación de decisiones arbitrales = prestación —dentro de una obligación con múltiples prestaciones—.

└ Prestación de motivar las decisiones arbitrales = Parte de la obligación a cargo de los árbitros de arbitrar el caso.

└ Derecho a la motivación de las decisiones arbitrales = Derecho crediticio a favor de las partes.

En conclusión: (i) la motivación es una prestación —dentro de una obligación pluriobjetiva—; (ii) motivar forma parte de una obligación crediticia; y (iii) el derecho a una decisión arbitral motivada es un derecho crediticio. Ahora bien, más allá de que, como señalamos, la motivación sea una prestación, emplearemos también el término —no incorrecto—²⁰⁶ de «obligación de motivar» al momento de referirnos a aquélla. Esto lo hacemos para lograr una exposición más sencilla y clara.

Sobre esta base, pasaremos a enfocarnos en los siguientes puntos específicos:

- El marco legal de la motivación en el arbitraje.
- La calificación de la prestación de motivar una decisión arbitral desde el derecho de las obligaciones.
- La prestación de motivar decisiones arbitrales y sus fuentes.

²⁰⁶ El término no es incorrecto, toda vez que al hablar de «obligación de motivar» se está aludiendo a que hay una obligación de cumplir con la prestación específica de motivar.

- El impacto (nulo) de la imposición de la «debida motivación» para la naturaleza de la prestación de motivar en el arbitraje.

2.2. El marco legal de la motivación en el arbitraje

Un aspecto nuclear en el análisis y estudio de un concepto jurídico se encuentra en el manejo adecuado del marco legal que lo regula. Para el caso de la motivación en el arbitraje, este marco se conforma por, primero, la normativa *especial* del arbitraje; y, luego, la normativa *general* aplicable a cualquier prestación objeto de una relación de crédito. Ello, naturalmente, debido al principio de especialidad en el caso de conflicto entre normas que regulan un mismo elemento. Y es que «de dos normas incompatibles, la una general y la otra especial (o excepcional), prevalece la segunda: *lex specialis derogat generali*».²⁰⁷

Por lo señalado, el derecho a la motivación en el arbitraje se regula por las siguientes normas:

- (1) Decreto Legislativo n.º 1071, LA. Al estar el derecho a la motivación *dentro* del arbitraje, la norma prevalente es la que regula a dicha institución.

Debido a la propia naturaleza flexible y dinámica del arbitraje, nuestra norma otorga libertad a las partes para regular diferentes aspectos procedimentales y sustanciales en el arbitraje.²⁰⁸ El

²⁰⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis, 1999, p. 195.

²⁰⁸ «Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones.

1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.
3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este decreto

derecho a la motivación se encuentra entre tales aspectos con libertad de regulación.

- (2) Libro VI. Obligaciones del Código Civil. En general, las disposiciones del Código Civil son de aplicación supletoria, cediendo prevalencia a normas específicas para la materia. En el presente caso, al ser la motivación una prestación dentro de una relación crediticia, compete la aplicación del Libro VI. Obligaciones cuando no haya normativa especial para aplicar respecto a un punto específico.

¿Debe aplicarse el Código Procesal Civil?

Un último aspecto que merece destacarse aquí está en la no aplicabilidad del Código Procesal Civil en los arbitrajes. Tal código establece en su Primera Disposición Final²⁰⁹ que sus disposiciones son aplicables a otros ordenamientos procesales mientras haya compatibilidad con su naturaleza. Luego, alguien podría sostener que, para el específico caso de la motivación, las disposiciones del Código Procesal Civil son aplicables, supletoriamente, al arbitraje.

En realidad, el Código Procesal Civil no resulta aplicable al arbitraje. La LA ha previsto, en su artículo 34,²¹⁰ un esquema de disposiciones que regulan todo lo relativo al aspecto *procedimental* del arbitraje. En tales disposiciones no hay espacio para el Código Procesal Civil.²¹¹

legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral.

4. El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos».

²⁰⁹ PRIMERA.- «Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza».

²¹⁰ Vid. *supra* nota 208.

²¹¹ RUBIO GUERRERO, Roger. «Ruido en la calle principal: las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones». En *Thémis*. Lima, 2007, n.º 53, pp. 7-28.

En conclusión, la motivación en el arbitraje se regula por la LA, la que por cierto otorga libertad a las partes para regular aspectos procedimentales del arbitraje. Luego de ello, y de forma supletoria, es aplicable el Código Civil en cuanto a la motivación como prestación en el marco de una relación crediticia. El Código Procesal Civil no es aplicable —salvo que las partes lo pacten así— para el arbitraje en general, ni para la motivación de las resoluciones arbitrales en especial.

2.3. Calificación de la prestación de motivar las decisiones arbitrales desde el derecho de las obligaciones

Hemos expuesto ya que la motivación del laudo es (i) una prestación parte de una obligación pluriobjetiva, ubicada naturalmente en el marco de una relación crediticia. Esto, recordemos, implica (ii) una prestación a cargo de los árbitros (deudores) para con las partes (acreedores); y (ii) un derecho crediticio de las partes al cumplimiento de la prestación de motivar las decisiones arbitrales. Dicho ello, podemos pasar ahora a *calificar* esta prestación de motivar las decisiones arbitrales.

El derecho civil ha establecido diferentes maneras de clasificar a las prestaciones y obligaciones. Veamos cómo encuadra aquí la prestación de motivar decisiones arbitrales:

- (1) Por su independencia, las prestaciones pueden ser principales o accesorias.²¹²

La prestación de motivar una decisión arbitral es una prestación accesoria puesto que está subordinada a una prestación principal consistente en que los árbitros emitan una decisión arbitral. Así, la prestación accesoria, *depende* de la prestación

²¹² ALBALADEJO, Manuel. *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*. Barcelona: Librería Bosch, 1983, vol. I, p. 116. El autor habla de «obligaciones principales» y «obligaciones accesorias», pero puede entenderse que se refiere a las prestaciones.

principal, siendo que inclusive la desaparición de ésta termina con aquélla.²¹³

Esto se puede demostrar gracias al supuesto del laudo por acuerdo entre partes, regulado en el artículo 50.1²¹⁴ de la LA. Veamos: los árbitros tienen la prestación principal de decidir cómo se resuelve el conflicto; siendo que a ella se anexa una prestación accesoria consistente en exponer cómo resolvieron el conflicto (motivación). Pues bien, si durante el procedimiento arbitral las partes llegan a un acuerdo para poner fin a la controversia y solicitan un laudo por acuerdo entre partes, se produciría la extinción de la prestación de resolver el caso a cargo de los árbitros. La extinción de la prestación principal deriva en la extinción de la prestación accesoria.²¹⁵

²¹³ *Ibidem.*

²¹⁴ «Artículo 50.- Transacción

1. Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que resuelva la controversia en forma total o parcial, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones con respecto a los extremos acordados y, si ambas partes lo solicitan y el tribunal arbitral no aprecia motivo para oponerse, hará constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes sin necesidad de motivación, teniendo dicho laudo la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo de la controversia».

²¹⁵ Sin perjuicio de lo señalado, el laudo podría contener una motivación distinta, dirigida ésta a exponer temas relativos al acuerdo de las partes.

Así, el artículo 50.1 señala que el laudo consensuado puede elaborarse «sin necesidad de motivación». Esta motivación a la que se refiere el artículo 50.1 no es la exposición de las razones por las que el tribunal resolvió el caso de determinada forma, toda vez que no hubo resolución del caso a cargo del tribunal. La motivación a la que se refiere el artículo 50.1, así, debe entenderse como la exposición de las razones por las que las partes llegaron a un acuerdo y las razones que sostienen el contenido de tal acuerdo. En este caso, esta motivación podría ser una obligación para los árbitros si las partes lo acordaron así; en caso contrario, si los árbitros motivan sin tener tal obligación entonces estamos frente a una mera liberalidad de los árbitros.

- (2) Por la fuente, las obligaciones pueden ser de fuente (i) legal o (ii) convencional;²¹⁶ aunque también cabe que puedan originarse por (iii) la conjunción de las anteriores.²¹⁷

La obligación de «arbitrar» es una obligación de fuente convencional en todos los casos. No obstante, sobre ella, la prestación de motivar las decisiones puede nacer por acuerdo entre las partes o por imposición de la ley. Esto se verá con más detalle en un apartado posterior.

- (3) Por la condición del sujeto deudor, la obligación puede calificarse como personalísima (*intuitu personae*) u ordinaria. Las obligaciones *intuitu personae* son aquellas en las que sólo el deudor puede realizar la prestación, no pudiendo delegar el cumplimiento a otra persona.²¹⁸

La obligación de arbitrar es, indiscutiblemente, una obligación *intuitu personae*. Una persona es designada como árbitro en atención a sus cualidades personales y profesionales. Sobre ello, la prestación de motivar recae en el árbitro y sólo en él, siendo inviable que por ejemplo éste pueda «subcontratar» a otras personas para que éstas motiven la decisión que tomó aquel órgano.

²¹⁶ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las obligaciones*. *Ob. cit.*, volumen XVI, tomo I, pp. 204-206; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Patricio J. RAFFO BENEGAS y Rafael A. SASSOT. *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1981, vol. I, pp. 511 y ss.

²¹⁷ CASTILLO FREYRE, Mario. «Sobre las obligaciones y su clasificación». *Ob. cit.*, p. 211, nota 9.

²¹⁸ Sobre la condición *intuitu personae* en cuanto al cumplimiento de la prestación, *vid.* COLIN, A. y H. CAPITANT. *Curso elemental de derecho civil*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1955, tomo II, pp. 339-340.

- (4) Por la naturaleza de la prestación, ésta puede calificarse según si consiste en un (i) dar, (ii) hacer o (iii) no hacer.²¹⁹

Motivar un laudo se constituye como una prestación de hacer: los árbitros deben exponer, de manera escrita (artículo 55.1 de la LA),²²⁰ los motivos por los que arribaron a su decisión sobre el caso específico sometido a su competencia.

- (5) Por la modalidad, la obligación puede estar sujeta a (i) condición (resolutoria o suspensiva) o (ii) plazo.²²¹

En este punto, cabe precisar que la imposición de condiciones, plazos o cargos sobre la obligación, o sobre prestaciones específicas de ésta cuando es plurioobjetiva, radica en el convenio de las partes.

De otro lado, emitir una decisión arbitral puede estar sujeto a un plazo; algo por ejemplo no inusual para el caso del laudo. Por lo tanto, si la prestación de decidir puede sujetarse a plazo, la prestación accesoria de motivar la decisión también puede serlo.²²²

²¹⁹ PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. *Tratado práctico de derecho civil francés*. Traducción de Mario Díaz Cruz. Obligaciones. Habana: Cultural, 1927, tomo VII, pp. 79-86; ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. *Ob. cit.*, pp. 33-36; OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de derecho de las obligaciones*. *Ob. cit.*, volumen XVI, tomo I, pp. 206-208; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Patricio J. RAFFO BENEGAS y Rafael A. SASSOT. *Manual de derecho civil - obligaciones*. *Ob. cit.*, pp. 213-264.

²²⁰ «Artículo 55.- Forma del laudo.

1. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros [...]».

²²¹ PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. *Tratado práctico de derecho civil francés*. *Ob. cit.*, pp. 313-360; ALBALADEJO, Manuel. *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*. *Ob. cit.*, pp. 117-118; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Patricio J. RAFFO BENEGAS y Rafael A. SASSOT. *Manual de derecho civil. Obligaciones*. *Ob. cit.*, pp. 196-210.

²²² Naturalmente, el plazo para cumplir la prestación accesoria no tiene que ser el mismo que el plazo para la prestación principal. Por ejemplo, las partes podrían

Recapitulando, la obligación de motivar es una prestación (i) accesorio, enlazada a la prestación principal de decidir; (ii) que se origina por acuerdo de las partes o por imposición de la ley; (iii) personalísima; (iv) de hacer; y (v) que puede estar sujeta a condición o plazo.

2.4. La prestación de motivar: fuente convencional y fuente legal

En el punto anterior hicimos una breve referencia a cómo la prestación de motivar una decisión arbitral puede tener fuente legal o convencional. Veamos esto ahora con más detalle.

Desde el derecho de las obligaciones, se concibe la clasificación de éstas según si las mismas son convencionales o legales. En el primer caso, la obligación se origina por la autonomía de la voluntad (ej., contrato de compraventa en el que una parte se obliga a transferir un bien a la otra); en el segundo, nace debido al mandato de la ley (ej., quien daña a otro está obligado a indemnizarlo).²²³

No obstante, en este punto debemos diferenciar entre la obligación y la prestación. Como sabemos, una obligación puede estar conformada por diferentes prestaciones; y en esa línea, si bien la obligación puede nacer convencionalmente incluyendo naturalmente a una prestación específica (o más de una), puede que la ley imponga otras prestaciones adicionales a la obligación.

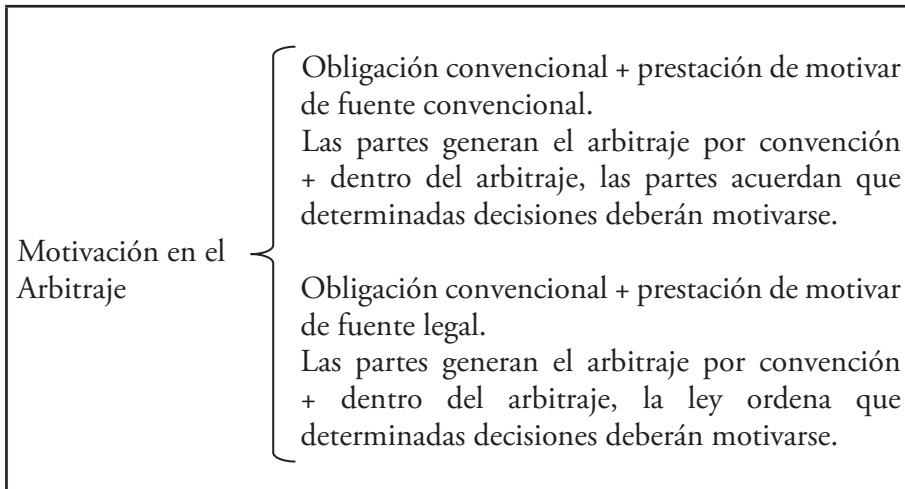
Pensemos, por ejemplo, en un contrato de trabajo. Son las partes las que dan origen al vínculo laboral (nadie puede obligar a nadie a contratar a otro); no obstante, una vez originado tal vínculo se incorporan al mismo, por mandato de ley, determinadas prestaciones que pudieron

establecer que los árbitros deben resolver la controversia en 100 días, pero pueden asignar un plazo de 150 días para que los árbitros presenten la motivación de la decisión que tomaron.

²²³ CASTILLO FREYRE, Mario. «Sobre las obligaciones y su clasificación». En *Thémis*. Lima, 2014, n.º 66, p. 211.

inclusive no haber sido pactadas o consideradas por las partes (ej., la prestación de otorgar vacaciones anuales al trabajador); estas prestaciones se establecen por la ley, pero surgen sólo cuando se configura una relación crediticia específica, sin la cual no se hubiera generado el contexto necesario —relación contractual— para su nacimiento.

En cuanto a la prestación de motivar las decisiones arbitrales, ésta siempre formará parte de una obligación pluriobjetiva de fuente convencional (arbitrar una controversia). Ahora bien, sobre dicha base convencional, pueden presentarse dos supuestos distintos. Así, la prestación de motivar en el arbitraje puede (i) tener fuente convencional, esto es, cuando las partes deciden que determinadas decisiones arbitrales deben motivarse; o (ii) nacer por mandato legal; esto es, que la ley establece que, en determinados casos, es una «obligación» de los árbitros motivar. Resaltamos, en ambos casos hay una base convencional:



La dualidad alternativa en la fuente de la prestación de motivar se sustenta en una lectura integral de la LA —como veremos a continuación—. Sobre ello, es pertinente evaluar las siguientes cuestiones: (i) ¿por regla general las decisiones arbitrales deben estar motivadas?; y (ii) ¿en qué casos se ha establecido la obligación legal de motivar?

2.4.1. Regla general: no hay obligación de motivar las decisiones arbitrales

Cuando pensamos en la motivación dentro del arbitraje, el primer supuesto que viene a la mente es el de la motivación del laudo arbitral. No obstante, y como ya señalamos antes, las decisiones arbitrales son variadas y se enmarcan en la resolución de diversos temas. En esa línea, toda decisión arbitral es pasible de ser motivada.

Ahora bien, que toda decisión arbitral sea pasible de ser motivada no significa que los árbitros estén obligados a motivar en todos los casos. Ya hemos señalado que la motivación constituye una prestación que se enmarca en una relación crediticia. Sobre esa base, la obligación de motivar se origina sólo cuando las partes o la ley lo establecen así.

Por regla general las decisiones arbitrales no tienen que estar necesariamente motivadas. En específico, no existe ninguna imposición legal general consistente en motivar todas las decisiones arbitrales. Esto lo afirmamos por los siguientes argumentos:

- No pueden presumirse obligaciones legales. Las obligaciones legales deben sustentarse, de forma expresa o implícita, en el texto legal respectivo. Entonces, si la norma no establece la obligación legal, ésta simplemente no existe. Recordemos que, de acuerdo al artículo 2.24, literal a), de la Constitución, «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda».
- Una lectura de la LA nos muestra que existe la obligación legal de motivar decisiones arbitrales sólo en determinados casos. En específico, esto sólo se da para las decisiones que admiten solici-

tudes de reconsideración (artículo 49.1)²²⁴ y para las decisiones de prescindir prueba (artículo 43.2).²²⁵

Si la LA establece la obligación legal de motivar sólo para determinados casos, puede alegarse, de forma válida, que en los casos en que la noma no establece expresamente la obligación legal de motivar, queda en la esfera de las partes decidir sobre tal punto.

- El artículo 56.1 de la LA. Dicha disposición establece una regla supletoria de que el laudo deberá estar motivado, salvo las partes acuerden algo distinto. Esta disposición demuestra lo siguiente:
 - Una regla supletoria de motivación sólo para el laudo confirma que, para cualquier otra decisión arbitral, de no mediar acuerdo expreso entre las partes se presume que la prestación de motivar no forma parte de la obligación de los árbitros. Esta lectura, aunque bajo una posición contraria, ya ha sido señalada antes.²²⁶

²²⁴ «Artículo 49.- Reconsideración.

1. Las decisiones del tribunal arbitral, distintas al laudo, pueden ser reconsideradas a iniciativa de una de las partes o del tribunal arbitral, por razones **debidamente motivadas**, dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o por el tribunal arbitral. A falta de determinación del plazo, la reconsideración debe presentarse dentro de los tres (3) días siguientes de notificada la decisión». (El énfasis es nuestro).

²²⁵ «Artículo 43.- Pruebas.

[...]

2. El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir **motivadamente** de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso». (El énfasis es nuestro).

²²⁶ CASTILLO FREYRE, Mario, Rita SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Thomson Reuters. *Biblioteca de Arbitraje*, segunda parte, vol. XVI, 2014, p. 897.

- Si para la decisión más sensible del arbitraje (laudo) nuestra ley ha establecido sólo una norma supletoria, ¿podría creerse que para otras decisiones hay imposición legal de motivarlas? La respuesta es, indiscutiblemente, negativa.
- La naturaleza flexible del arbitraje. El arbitraje se erige como una institución dúctil en cuanto al procedimiento que lleva a cabo para la resolución de los conflictos. Afirmar que, salvo excepciones expresamente establecidas, la regla está en que exista una imposición legal a los árbitros consistente en motivar sus decisiones atentaría en contra de la naturaleza del arbitraje.

Entonces, existe una regla general consistente en que la motivación es una prestación de origen convencional. Resulta pertinente pues, precisar cuáles son los casos específicos en los que se configura la excepción a tal regla. En este punto, resulta conveniente catalogar las decisiones arbitrales en dos tipos distintos: de un lado, (i) las contenidas en laudos; y del otro, (ii) las decisiones contenidas en resoluciones distintas a laudos. A continuación, un análisis de la obligación de motivar en ambos tipos.

2.4.2. Obligación legal de motivar decisiones arbitrales contenidas en resoluciones distintas a laudos

Para nadie es un secreto que, al estudiar la motivación en el arbitraje, se trabaja implícitamente sobre la motivación del laudo arbitral. No obstante, es obvio que en el transcurso del arbitraje los árbitros no expiden una primera y única resolución llamada laudo; hay muchas otras decisiones arbitrales.

Pues bien, nuestra LA ha establecido sólo dos supuestos específicos en los que existe una obligación legal de motivar las decisiones contenidas en resoluciones distintas al laudo. Éstos son:

- Decisión de prescindir de pruebas ofrecidas por las partes. El artículo 43 de la LA señala lo siguiente:

Artículo 43.- Pruebas.

1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.

2. El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir **motivadamente** de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso. (El énfasis es nuestro).

El artículo 43.2 de la LA señala que el tribunal arbitral puede prescindir de —es decir, tener como inexistentes— determinadas pruebas ofrecidas, pero no actuadas (la actuación de pruebas, por cierto, depende del tribunal arbitral, como se observa en el artículo 43.1). Esta facultad puede hacerse en función a las «circunstancias del caso».

- La reconsideración de una decisión arbitral anterior. El artículo 49 de la LA señala lo siguiente:

Artículo 49.- Reconsideración.

1. Las decisiones del tribunal arbitral, distintas al laudo, pueden ser reconsideradas a iniciativa de una de las partes o del tribunal arbitral, por razones **debidamente motivadas**, dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o por el tribunal arbitral. A falta de determinación del plazo, la reconsideración debe presentarse dentro de los tres (3) días siguientes de notificada la decisión. (El énfasis es nuestro).

El artículo 49 de la LA impone la obligación a los árbitros de *motivar debidamente* cuando el tribunal arbitral reconsidere —es decir, modifique— una decisión previa. Observemos que la obligación legal se limita al caso en que el tribunal arbitral modifica la decisión arbitral. Es decir, en los casos en los que se solicite una reconsideración, y el tribunal arbitral rechace tal solicitud, no hay obligación legal de motivar ese rechazo.

El contenido y alcance de estos supuestos serán desarrollados en apartados posteriores. Por el momento, podemos señalar que en ambos casos la decisión legislativa de establecer la obligación de motivar obedece a la importancia de la decisión involucrada. En cualquier otro tipo o clase de decisión arbitral contenida en resolución distinta al laudo, la prestación de motivar será de fuente convencional.

2.4.3. Obligación de motivar decisiones arbitrales contenidas en laudos

Nuestra LA ha establecido, de forma expresa, la siguiente regla general en cuanto a la motivación de los laudos arbitrales: Éstos deberán ser motivados, salvo que las partes acuerden en contrario. Lo señalado se encuentra en el artículo 56.1 de la LA:

Artículo 56.- Contenido del laudo.

1. Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el numeral 1 del artículo 35. El laudo se considera dictado en ese lugar.

Una lectura del citado artículo 56.1 nos permite señalar que (i) no contiene una obligación legal de motivar el laudo; (ii) reconoce expresamente la potestad de las partes para establecer de forma convencional

la existencia o no de la obligación de motivar el laudo; y (iii) establece una regla supletoria consistente en que si las partes no se pronuncian respecto de la motivación del laudo, éste deberá motivarse.

Frente a esta regla general de motivación facultativa para los laudos, existen dos (2) «excepciones». En estos supuestos, sí podría hablarse de una «obligación legal» de motivar el laudo. Veamos:

- (1) Los arbitrajes con componente público sometido a la normativa de contrataciones con el Estado. Esto se encuentra dispuesto por el artículo 197 del Decreto Supremo n.º 350-2015-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Observemos:

Artículo 197.- Laudo

El laudo, así como sus integraciones, exclusiones, interpretaciones y rectificaciones, debe ser notificado personalmente a las partes y a través del Seace. El laudo vincula a las partes del arbitraje, no pudiendo afectar derechos ni facultades legales de personas ni autoridades ajenas al proceso.

El laudo debe ser motivado, no pudiéndose pactar en contrario. (El énfasis es nuestro).

El capítulo VI de este libro se enfoca en los arbitrajes con componente público, incluyendo naturalmente a este supuesto.

- (2) La disposición contenida en el artículo 56.3 de la misma LA. Observemos:

Artículo 56.- Contenido del laudo.

[...]

3. Para que se inscriba en los Registros Públicos el laudo que comprenda a una parte no signataria, de acuerdo a lo regulado por el artículo 14 de este decreto legislativo, la decisión arbitral deberá encontrarse motivada de manera expresa.

Según vemos, el artículo 56.3 establece la necesidad²²⁷ de motivar para el caso específico en que se busque que el laudo arbitral se inscriba en registros públicos, cuando éste comprenda a una parte no signataria.

Por su singularidad, este supuesto será evaluado *in extenso* en el capítulo IV.

En conclusión, la regla general en el arbitraje está en que la motivación en las decisiones arbitrales sea facultativa —las partes deciden si establecer convencionalmente la obligación o no—. Los supuestos en los que existe la obligación legal de motivar son excepcionales y conforman una lista cerrada.

2.4.4. Sobre la ausencia de obligación de motivar para decisiones sobre la competencia del tribunal arbitral y sobre otros temas sensibles

Luego de revisar los puntos anteriores, el lector notará que, de manera implícita, estamos señalando que decisiones sobre temas sensibles como (i) la competencia del tribunal arbitral; (ii) la inclusión de partes no signatarias (competencia subjetiva); y (iii) la recusación o remoción de árbitros.

Y claro, resulta muy difícil aceptar que no haya necesidad de motivar dichas decisiones. Se trata de temas bastante importantes dentro del arbitraje, con consecuencias sustanciales en el procedimiento y en el resultado del mismo. Entonces, ¿realmente estas decisiones no deben estar motivadas?

Aquí debemos resaltar que hay dos temas distintos. Lo que nosotros afirmamos es que no hay una obligación legal de motivar estas decisiones. No obstante, el sentido común dicta que tales decisiones deben mo-

²²⁷ En estricto, este supuesto no calificaría como una obligación legal de motivar el laudo. Esto se verá con mayor detalle en el capítulo IV.

tivarse, a efectos de evitar cuestionamientos relativos a la propia validez del arbitraje.

En efecto, el tribunal arbitral puede resolver tales cuestiones sin exponer motivación, pero los resultados de tal proceder serían sumamente contraproducentes. Veamos caso por caso:

- (i) En el caso de la competencia del tribunal arbitral, la parte que cuestiona la competencia podría solicitar la anulación del laudo. Uno de los principales argumentos radicaría en que el tribunal arbitral no pudo exponer ni una sola razón por la que decidió que era competente. Esta situación maximizaría la posibilidad de que el laudo se anule.
- (ii) En el caso de la incorporación de una parte no signataria, la parte no signataria incorporada podría plantear un amparo arbitral. Nuevamente, la ausencia de motivación de tal decisión favorecería a la parte que pide el amparo, la que podría inclusive alegar que fue arbitrariamente desviada de la jurisdicción predeterminada.
- (iii) En el caso de las decisiones de remoción o recusación, la parte que cuestionó a uno de los árbitros podría solicitar la anulación del laudo, alegando que su derecho a un árbitro imparcial y/o capaz fue vulnerado. La ausencia de motivación del tribunal arbitral abonaría a su posición.

En síntesis, el tribunal arbitral no tiene una obligación de motivar decisiones sobre aspectos sensibles del arbitraje, pero sería temerario e irresponsable si no lo hiciese. Así como uno «debe» llenar el tanque de gasolina del vehículo cuando va a hacer un viaje largo (aun cuando no hay obligación de hacerlo), así también un tribunal arbitral «debe» motivar decisiones cuando éstas resuelven temas sensibles. No estamos frente a un imperativo normativo, sino a una necesidad imperante.

2.5. La imposición de una «debida motivación» para el arbitraje. Impacto (nulo) en la naturaleza de la motivación

Según vimos, la motivación en el arbitraje debe entenderse como una prestación en el marco de una relación crediticia. A su vez, dicha relación contempla un derecho crediticio a la motivación a favor de las partes y una obligación de motivar sobre los árbitros. Queda claro, aquí, que la motivación en el arbitraje pertenece al derecho de las relaciones obligatorias.

Ahora bien, como mencionamos en el Capítulo I, el arbitraje en el Perú ha sido objeto del fenómeno de jurisdiccionalización. Fenómeno que derivó en la imposición artificial de principios y garantías del debido proceso, *per se* ajenos al arbitraje.²²⁸ Esta imposición artificial del debido proceso sobre el arbitraje deriva en que la garantía conocida como «debida motivación» se *inserte* en el arbitraje.

¿Esta imposición de la garantía de la debida motivación judicial afecta a la naturaleza de la motivación en el arbitraje? Para esta pregunta, la respuesta es negativa. La naturaleza de la motivación arbitral no se distorsiona o modifica debido a la mencionada imposición del concepto de debida motivación judicial al arbitraje. La naturaleza de la motivación arbitral, entendida como una prestación dentro de la obligación pluriobjetiva, la que asimismo forma parte de la relación crediticia entre partes y árbitros, mantiene su esencia *convencional*. En efecto, la misma siempre se originará dentro de una relación crediticia específica.

Veámoslo de esta manera: La debida motivación judicial es una garantía que se materializa en un derecho (i) de rango constitucional (fundamental); y por lo tanto (ii) indisponible. Por contraste, el derecho a la motivación de las decisiones arbitrales no tiene dicho rango, y sí es disponible, en la medida de que las partes pueden elegir si generar tal derecho o no.

²²⁸ Sentencia del TC sobre el exp. n.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9.

En cuanto a (i), recordemos que el derecho a la motivación de las decisiones arbitrales es un derecho *crediticio*. Esta naturaleza no puede cambiar sólo por la imposición artificial de un elemento ajeno al arbitraje. Pase lo que pase, el derecho a la motivación de las decisiones arbitrales se origina en el contrato (locación de servicios) que se da entre las partes y los árbitros. Así, el derecho a la motivación de la decisión arbitral siempre tendrá sustento en la relación de crédito partes-árbitros.

¿Puede calificarse, entonces, al derecho a la motivación de decisiones arbitrales como un derecho constitucional? La respuesta es negativa. Establecer que este derecho *crediticio* específico es o se transforma en un derecho fundamental es inviable.

Pero hay más aún, ¿puede imaginarse un derecho fundamental disponible? La respuesta es negativa, y sucede que justamente el derecho a la motivación de las decisiones arbitrales es disponible.

Así, sobre (ii), tenemos que las partes pueden establecer que las decisiones arbitrales —salvo algunas excepciones— carezcan de motivación. Esto se evidencia en la LA, la que, entre otras disposiciones, concibe inclusive que un laudo —la decisión arbitral por excelencia— pueda no estar motivado.

La LA, recordemos, es del año 2008, lo que implica que ésta entró en vigencia después de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el expediente n.º 6167-2005-PHC/TC. Es decir, el legislador *sabía* que el máximo intérprete de la constitución había establecido que la debida motivación judicial se aplicaba en los procedimientos arbitrales. Frente a ello, el legislador tenía dos opciones:

- (1) Asimilar la imposición de la debida motivación judicial como una artificial y forzada afectación a la naturaleza —y contenido— de la motivación arbitral. En esa línea, el legislador reconocería tal afectación al redactar la norma. En específico, si la

debida motivación judicial afecta la naturaleza de la motivación arbitral, esta última pasaría a ser reconocida —reiteramos, de manera artificial— en la ley como fundamental; y, por consiguiente, indisponible.

- (2) Asimilar la imposición de la debida motivación judicial como un fenómeno que *no* afectase a la naturaleza de la motivación arbitral. Así, el legislador, de manera expresa o implícita, haría evidente que la naturaleza de la motivación arbitral —como prestación objeto de derecho/obligación regulada por las normas civiles de las obligaciones— no se distorsiona por tal imposición.

¿Qué decidió el legislador peruano? Nuestro legislador, sabiamente, consideró que la naturaleza de la motivación arbitral se mantenía incólume. Ello se demuestra en el ya referido artículo 56.1 de la LA, que contempla que las partes puedan pactar que el laudo no esté motivado.

El legislador estableció, entonces, que la motivación del laudo es disponible. Las partes, y esto ya lo hemos dicho antes, pueden pactar que el laudo carezca de motivación. Las partes pueden generar el derecho a la motivación de las decisiones arbitrales, y por lo tanto también «disponer» del mismo si así lo consideran conveniente. Es inviable, pues, afirmar que la motivación arbitral es, en su naturaleza, equivalente a la debida motivación judicial; puesto que si así fuese entonces sería imposible concebir supuesto alguno en que los particulares dispusiesen, si así lo quieren, de su derecho a la motivación.

En síntesis, la motivación arbitral debe entenderse como prestación parte de una obligación con pluralidad de objetos (prestaciones), enmarcada en el derecho de las obligaciones. Ésa es su naturaleza. Asimismo, la motivación por regla general es una prestación convencional, aunque puede constituirse a veces como una prestación impuesta por ley para algunos casos específicos establecidos por las normas de nuestro

ordenamiento jurídico. La imposición de la debida motivación judicial al arbitraje de ninguna manera afecta a la motivación en su naturaleza.

Un breve excurso: si bien la naturaleza de la motivación arbitral es inmune a la imposición de la debida motivación judicial al arbitraje, no pasa lo mismo en cuanto a su contenido. Como veremos más adelante, la imposición de la debida motivación judicial sí tiene efectos en la motivación arbitral, sólo que esos efectos no alcanzan a su naturaleza.

3. EL CONTENIDO DE LA MOTIVACIÓN EN EL ARBITRAJE

Cuando pensamos en la acción de construir una casa, proyectamos la construcción de una edificación determinada, que cumpla con determinados lineamientos básicos. Por ejemplo, casi nadie calificaría de casa a una edificación que carezca de techo. Pues bien, lo mismo sucede con la motivación.

Como ya vimos en el capítulo I, la acción general de motivar equivale a la exposición de las razones que derivaron en una determinada acción/decisión. Sobre dicha base, en el capítulo II vimos que la motivación para el caso de la resolución de casos jurídicos equivale a la exposición de razones que conformen un silogismo jurídico, el que subsume premisas fácticas (hechos) y premisas normativas (derecho).

Pues bien, en el presente capítulo, evaluaremos el contenido específico de la motivación en el arbitraje. Para este tema, los aspectos principales a evaluar son los siguientes:

- Un recordatorio necesario, consistente en tener presente que por regla general los árbitros no están obligados a motivar sus decisiones arbitrales.

- Un contenido mínimo intangible de la motivación, aplicable incluso para casos en los que los árbitros hayan decidido motivar una decisión sin estar obligados a hacerlo.
- Un contenido predeterminado de la motivación cuando ésta es objeto de un derecho crediticio (obligación de motivar para los árbitros, derecho crediticio de las partes a obtener una decisión motivada).

Como veremos, dicho contenido asimila lo establecido por la teoría de la argumentación jurídica para la resolución de casos, pero en adición a ello establece algunas precisiones/adiciones complementarias. Esto se fundamenta en diferentes aspectos que forman parte de la propia institución del arbitraje.

3.1. Recordatorio necesario: por regla general no hay obligación de motivar las decisiones arbitrales

Señalamos ya que la motivación de las decisiones arbitrales constituye una obligación de los árbitros sólo en ciertos casos. Queremos hacer énfasis en tal afirmación a efectos de evitar malentendidos y considerar que existe un contenido específico, amplio y riguroso para todas y cada una de las decisiones arbitrales.

En la práctica, muchas decisiones arbitrales son expedidas sin motivación alguna. Esto aplica no sólo para decisiones arbitrales sobre incidencias procesales menores (fijación de audiencias, traslado de escritos, etc.), sino también para decisiones arbitrales sobre aspectos importantes (ej., la decisión que dispone la admisión de medios probatorios cuando ni los árbitros ni las partes consideran que dichos medios adolezcan de anomalías). Entender y aceptar esto es esencial al momento de estudiar el contenido de la motivación.

Para finalizar este punto, veamos una vez más los casos en los que hay obligación de motivar:

- Decisiones arbitrales que disponen prescindir de la actuación de prueba admitida (artículo 43.2 de la LA).
- Decisiones arbitrales que reconsideran decisiones previas (artículo 49.1 de la LA).
- Laudos arbitrales sujetos a la normativa de contrataciones del Estado (el artículo 197 del Decreto Supremo n.º 350-2015-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado).
- Laudos arbitrales que pretendan ser inscritos en Registros Públicos y comprendan a partes no signatarias (artículo 56.3 de la LA).²²⁹
- Cuando las partes acuerden que todas o algunas decisiones arbitrales deberán ser motivadas.

3.2. Contenido mínimo intangible: motivación = exposición de razones objetivas

Según señalamos en el punto anterior, por regla general las decisiones arbitrales no deben tener motivación. Sobre ello, podríamos creer que entonces los árbitros pueden exponer cualquier cosa al momento de emitir las resoluciones arbitrales que contienen sus decisiones. En otras palabras, si por ejemplo no es necesario motivar una decisión específica —y, como hemos visto, los casos en que la ley impone la obligación de motivar constituyen la excepción— y los árbitros igual deciden hacer una exposición de sus «razones», tal exposición podría consistir en un garabato, o en citar normas (con o sin relación alguna respecto al tema decidido).

²²⁹ En estricto éste no es un supuesto de obligación legal de motivar, tal y como se expuso en 4. del capítulo iv.

Pues bien, más allá del hecho de que en algunos casos no haya obligación de motivar, lo cierto es que si los árbitros motivan una decisión, ésta tiene un contenido común mínimo intocable: las razones expuestas deben ser *objetivas*.

Aquí, no importa la forma, estilo o esquema que empleen los árbitros para motivar. Si los árbitros motivan, ésta debe consistir siempre en la exposición de razones objetivas.

Este contenido base intangible de la motivación, se origina en el hecho de que, en todos los casos —sean decisiones sobre el fondo, sobre la competencia del tribunal, sobre aspectos procedimentales menores, etc.—, la motivación está enlazada (y subordinada) a la acción de decidir. Y dado que el árbitro está sujeto a la obligación de ser imparcial²³⁰ (artículo 28²³¹ de la LA), esta acción de decidir va acompañada de un imperativo ineludible: decidir de manera *imparcial*.

La motivación de las decisiones, entonces, debe sustentarse en criterios objetivos. Los árbitros no pueden valerse de valoraciones personales y/o subjetivas para decidir, y por consiguiente tampoco pueden exponer como motivación valoraciones de tal índole. La propia naturaleza del arbitraje como mecanismo de solución objetivo de conflictos impone sobre todos sus elementos, incluyendo a la motivación, a la objetividad.

²³⁰ MERINO MERCHÁN, José F. y José M. CHILLÓN MEDINA. *Tratado de derecho arbitral*. Navarra: Thomson Civitas, 2006, 3.ª edición, pp. 507 y ss.; ALONSO, José María. «La independencia e imparcialidad de los árbitros». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2006, n.º 2, pp. 97-106; SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes?: el debido proceso en sede arbitral». En *Ius et Veritas*. Lima, 2008, n.º 37, p. 53; entre muchos otros.

²³¹ «Artículo 28.- Motivos de abstención y de recusación.

1. Todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia».

Por lo tanto, si los árbitros deben decidir en función a criterios objetivos, entonces la motivación sigue también la misma suerte. La motivación de una decisión objetiva necesariamente es la exposición de razones objetivas. Lo contrario constituye un imposible.

Ahora bien, sobre esta base, si se está frente a un supuesto de obligación de motivar, entonces el contenido de la motivación es algo más detallado y preciso. Eso es lo que veremos a continuación:

Contenido común de la motivación en todos los casos*

Exposición de:
 └ Razones objetivas

(*Sea que los árbitros hayan motivado por obligación o de forma voluntaria)

3.3. Contenido de la motivación cuando hay obligación de motivar

3.3.1. Punto de partida: contenido predeterminado o intangible según la fuente de la obligación de motivar

Cuando las partes establecen que determinadas decisiones arbitrales están motivadas, se genera, como ya hemos señalado, la obligación para los árbitros de cumplir con la prestación de motivar. De igual manera, si la ley impone para determinados casos que las decisiones arbitrales sean motivadas, se genera también aquí la señalada prestación de motivar.

Pues bien, volvamos a la analogía de la casa. Si «A» contrata a «B» para que éste construya una casa y no le da mayores instrucciones, ¿cómo podemos determinar si «B» cumplió o no con su obligación? A falta de especificaciones técnicas, tendremos que recurrir a una definición general de casa, bastando que tal definición se cumpla para considerar que «B» ejecutó de manera correcta la prestación de construir.

Por otro lado, qué pasaría si, por alguna razón, se impone legalmente a «B» la obligación de construirle una casa a «A». Si no se señalase nada más, ¿qué características en específico debería cumplir la casa a construir?

En el arbitraje, las cuestiones son las mismas (simplemente reemplacemos la prestación de construir una casa con la prestación de elaborar una motivación). Si la ley o las partes imponen la obligación de motivar ciertas decisiones arbitrales, tal prestación de motivar debe tener un contenido específico. La naturaleza de este contenido específico dependerá de la fuente de la obligación Veamos:

- Si la obligación de motivar es de fuente convencional, el contenido que presentaremos en los siguientes puntos deberá considerarse como predeterminado. Es decir, las partes podrán modificarlo y regularlo.²³²
- Si la obligación de motivar es de fuente legal, el contenido que presentaremos en los siguientes puntos deberá considerarse como un piso intangible.

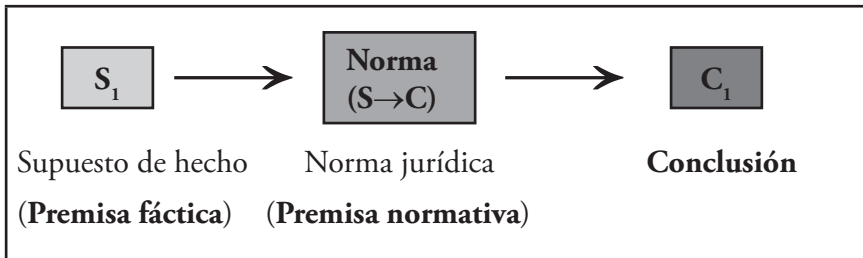
Sobre esta base, podemos pasar a presentar a detalle el contenido específico de la motivación de decisiones arbitrales. Aquí empezaremos con (i) un contenido común para todas las decisiones arbitrales, sean sobre la resolución del fondo o sobre cualquier otro tema; para luego evaluar (ii) el contenido de la motivación en las decisiones que resuelven el fondo; y (iii) el contenido de la motivación en las decisiones sobre aspectos diferentes al fondo.

²³² Esto se verá a detalle en el capítulo v del presente trabajo.

3.3.2. Contenido común: motivación = exposición de hechos, derecho aplicable y silogismo jurídico

En el arbitraje, si los árbitros tienen la obligación de motivar determinadas decisiones arbitrales, esta motivación se conformaría por razones que configuren un silogismo —entendido éste según la teoría de la argumentación jurídica— empleado para arribar a la decisión tomada.

En términos más específicos, la motivación significaría la exposición de (i) los hechos que —según el tribunal arbitral— sucedieron (premisas fácticas); (ii) las disposiciones normativas que según el tribunal corresponde aplicar (premisas normativas); y (iii) el razonamiento jurídico que subsume los hechos y las normas (silogismo jurídico).



A continuación, evaluaremos (i) las razones por las que la exposición de los hechos, el derecho y su conjugación en un silogismo jurídico integran a la motivación; y (ii) la no necesidad de exponer un sustento que valide las premisas presentadas (no necesidad de justificación externa).

3.3.2.1. Fundamentos del contenido común

El contenido común, que hemos presentado, aplicable a todos los casos en que haya obligación de motivar decisiones arbitrales, se sustenta en dos razones distintas:

- La actuación y aplicación del derecho según los hechos para resolver controversias con relevancia jurídica no es, ni mucho menos, una tarea exclusiva de los jueces. Los ciudadanos, en general, y los árbitros en especial, pueden/deben conjugar normas y hechos para obtener decisiones. Así:

Pero no es verdad que la aplicación [del derecho] sea obra exclusiva de los jueces. Aplicar una ley quiere decir confrontarla con una situación de hecho a fin de saber qué es lo que se puede y lo que no se puede hacer [...]. ¡Ay si para aplicar las leyes hubiesen de intervenir en todos los casos los jueces! La verdad es que las aplican también ciudadanos cuando según ellos regulan su conducta [...], hacen derecho sin saberlo.²³³

La solución de un conflicto con relevancia jurídica pasa, entonces, por la conjugación de lo sucedido con las normas respectivas. Esta conjugación significa, en términos más correctos, el empleo de un silogismo lógico-jurídico.

En síntesis, si se le pide a alguien resolver un conflicto jurídico, tal persona lo hará aplicando —de manera interna— un silogismo lógico-jurídico. Por lo tanto, si esa persona está obligada a exponer las razones de su decisión, lo que se deberá exponer es un silogismo jurídico.

- El arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos caracterizado por la búsqueda de las partes de una decisión justa. En efecto —y más allá de si el arbitraje es de derecho o de conciencia—, el arbitraje es un sistema de administración de justicia.²³⁴ En consecuencia, todas las decisiones del tribunal arbitral —procedimentales o sustanciales, sobre el fondo o sobre la forma— deben ser justas.

²³³ CARNELUTTI, Francesco. *Cómo nace el derecho*. Bogotá: Temis, 2008, p. 6.

²³⁴ CAVALLI, María Cristina y Liliana Graciela QUINTEROS AVELLANEDA. *Introducción a la gestión no adversarial de conflictos*. *Ob. cit.*, entre otros.

Si las decisiones son justas, entonces la exposición de las razones que sustentan tales decisiones (motivación) deberían constituir la *justificación* de la decisión. En tal sentido, aplicaría aquí lo desarrollado por la teoría de la argumentación jurídica, la que provee las herramientas e instrumentos para obtener decisiones *justificadas*. El empleo del silogismo jurídico, entonces, se fundamenta en que la motivación constituye la exposición de una justificación.

3.3.2.2. *Silogismo jurídico y la no necesidad de exponer una justificación externa*

Expusimos que el contenido de la obligación de motivar radicaría en la exposición de razones que conformen un silogismo jurídico, lo que incluye exponer los hechos sucedidos y el derecho aplicable. Pues bien, sucede que la exposición de hechos, derecho y del silogismo jurídico empleado, en estricto, se enmarcan en lo que se conoce como justificación *interna*. Esto es, el razonamiento lógico-jurídico empleado para resolver el caso.

Producto de la propia naturaleza del arbitraje —mecanismo para resolver casos jurídicos específicos—, la obligación de motivar significa la exposición de un razonamiento jurídico que concluya, asociando hechos y derecho, en la decisión tomada. En otras palabras, basta exponer las premisas fácticas y normativas; y conjugarlas.

Pues bien, de lo señalado no se infiere que, necesariamente, deba haber una sustentación de las mencionadas premisas (hechos y derechos) seleccionadas. Es decir, no parece que la motivación en el arbitraje requiera de justificación *externa*.

Ninguna norma jurídica establece un mandato general, sea expreso o implícito, de que las premisas normativas y fácticas empleadas por

los árbitros estén justificadas a nivel externo. Así, por regla general,²³⁵ la justificación externa *no* forma parte de la motivación en casos de obligación de motivar. Basta, para los árbitros en los casos de obligación de motivar, la expresión de las premisas empleadas y del razonamiento jurídico aplicado sobre las mismas (justificación interna); no siendo necesario ni exigible en absoluto que deba haber una sustentación y desarrollo que demuestre la validez y solidez de las premisas empleadas (justificación externa).²³⁶

En síntesis, en los casos de obligación de motivar, la motivación de cualquier decisión arbitral contiene dos lineamientos en común: exposición de (i) razones objetivas; y de (ii) hechos, derecho aplicable y la subsunción de dichos elementos en un silogismo jurídico, el que deriva en la decisión.

**Contenido común de la motivación en todas las decisiones arbitrales
(Cuando hay obligación de motivar)**

Exposición de:

- └ Razones objetivas
- └ Hechos (premisas fácticas) y normas (premisas normativas) aplicadas en un silogismo jurídico

Pasamos, a continuación, a presentar el contenido de la motivación en las decisiones (i) sobre la resolución del fondo; y (ii) sobre aspectos distintos a la resolución del fondo.

²³⁵ Como veremos, la LA establece algunas excepciones.

²³⁶ Esto no impide que el tribunal arbitral pueda, en ejercicio de su plena competencia para resolver el caso, presentar voluntariamente la justificación externa de las premisas que ha empleado.

3.3.3. Contenido de la motivación en las decisiones sobre la resolución del fondo del asunto

En el punto 3.3.3.4 del capítulo I hicimos una exposición de la relación entre la motivación y la decisión que sostiene. Estos conceptos, es innegable, se encuentran entrelazados, y la alteración de uno necesariamente tiene repercusiones en el otro. Asimismo, en este capítulo también hicimos mención a cómo es que la motivación de una decisión está subordinada a la propia acción de decidir.

Pues bien, ¿qué pasa cuando se establecen lineamientos para la decisión? Naturalmente, enmarcar a la decisión en un esquema determinado —sea por medio de requisitos, parámetros, filtros, etc.— implica que la exteriorización de dicha decisión (motivación) también se vea inmersa en tal esquema. Si, por ejemplo, se establece que un crítico de cine debe elegir la mejor película según la excelencia de la banda sonora, la motivación de su elección deberá naturalmente fundamentarse en criterios musicales y otros enlazados a lo solicitado. Sería impensable que el crítico designe a una película como la que tiene la mejor banda sonora, pero sustente su decisión señalando que eligió la película debido a la profundidad de su guión, o a la calidad de las actuaciones.

Para el caso específico de las decisiones sobre la resolución del fondo del asunto, nuestra LA ha establecido parámetros de observancia obligatoria para resolver la controversia. Observemos:

Artículo 57.- Normas aplicables al fondo de la controversia.

1. En el arbitraje nacional, el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia, de acuerdo a derecho.
2. En el arbitraje internacional, el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus

normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, el tribunal arbitral aplicará las que estime apropiadas.

3. En cualquiera de los supuestos previstos en los numerales 1 y 2 de este artículo, el tribunal arbitral decidirá en equidad o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente para ello.

4. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos y prácticas aplicables.

El artículo 57 de la LA señala que el tribunal arbitral debe resolver conforme (i) a derecho o en equidad, según el acuerdo de las partes. En ambos casos, el tribunal arbitral debe resolver considerando (ii) lo establecido en el contrato y tomando en cuenta (iii) los usos y prácticas aplicables al caso. Pero no sólo ello, el mencionado artículo se titula como «normas aplicables al fondo de la controversia». En tal sentido, desde ya podemos afirmar que las disposiciones de dicho artículo *impactan* en las premisas normativas a aplicar para el caso concreto.

Sobre todo lo señalado, procederemos de la siguiente manera:

- Evaluaremos el artículo 57 de la LA. Es decir, nos enfocaremos en *cómo* debe resolver el árbitro el fondo de la controversia.

Sobre dicha base, podremos exponer de manera adecuada el contenido de la motivación en las decisiones que resuelven el fondo.

- Presentaremos el contenido de la motivación en un laudo arbitral de derecho.
- Presentaremos el contenido de la motivación en un laudo arbitral de conciencia.

3.3.3.1. Criterios para la resolución del fondo de la controversia. Disposiciones específicas y orden de prioridad

Según acabamos de ver, el artículo 57 de la LA establece algunos criterios de obligatorio cumplimiento para los árbitros al momento en que resuelvan el fondo de la controversia. Pues bien, estudiar el impacto de estos lineamientos al momento en que los árbitros resuelven es importante, porque sobre ello podremos entender de forma más clara en qué consiste el contenido específico de la motivación.

Antes que nada, veremos qué aspectos se mantienen intactos y no se ven afectados por los lineamientos establecidos en el artículo 57 de la LA:

- Las «normas aplicables al fondo de la controversia» no afectan en absoluto a las decisiones sobre temas relativos al ámbito procedimental del arbitraje o a la validez de la relación jurídico-arbitral (competencia del tribunal arbitral sobre la controversia), o a cualquier otro distinto de la resolución del fondo. Estas normas se enmarcan sólo para la resolución del fondo, por lo que no tiene ninguna incidencia en decisiones distintas a tal extremo.
- La evaluación y fijación —por el tribunal arbitral— de los hechos sucedidos tampoco se ven afectadas por lo establecido en el artículo 57 de la LA. Cuando se solicita a un árbitro resolver de conformidad con ciertos criterios, lo que se le pide es que *subsuma* los eventos del caso concreto a un conjunto determinado de reglas.

En otras palabras, la verdad *fáctica* —los hechos involucrados— no se ve afectada por que el arbitraje sea de derecho o de conciencia.²³⁷ Esto queda fuera de toda duda con el artículo 43

²³⁷ Esta afirmación no debe confundirse con los supuestos en los que los hechos son resultado de aplicación de normas legales (ej., presunciones legales). En cuestiones como la determinación de, por ejemplo, la buena fe registral es evidente que la

de nuestra LA, que da a los árbitros plena libertad para asignar valor a las pruebas involucradas para el caso y, por consiguiente, discrecionalidad para la fijación de las premisas fácticas. El arbitraje de derecho o de conciencia impacta, así, sólo en las premisas normativas, y no en las fácticas.

Un ejemplo: En un arbitraje entre «A» y «B» los puntos controvertidos son los siguientes: (i) Si el bien que iba a entregar «A» se perdió por su culpa o por causa no imputable; y (ii) los efectos de la pérdida. Los árbitros deberán siempre procurar averiguar lo que realmente sucedió, por lo que el análisis de (i) no variará sea el arbitraje de derecho o de conciencia. No obstante, en cuanto a (ii), las premisas normativas a aplicar para determinar las consecuencias de la pérdida del bien podrán variar según si los árbitros están obligados a aplicar sólo la ley (arbitraje de derecho) o si pueden también considerar sus criterios internos de justicia (arbitraje de conciencia).

Entonces, los criterios establecidos en el artículo 57 de la LA se enmarcan exclusivamente en la fijación de las premisas normativas. En otras palabras, dichos criterios regulan en qué se fundan las consecuencias de los hechos sucedidos (en el marco de la resolución del fondo de la controversia). ¿Se fundan en leyes? ¿Se fundan en el contrato? ¿Pueden fundarse en otros criterios? Éstas son las preguntas que el mencionado artículo 57 busca resolver.

Y la respuesta que trae el artículo 57 no es complicada de entender. Esta norma establece (i) los insumos de los que pueden derivarse las premisas normativas; y (ii) el orden de prioridad de dichos insumos.

aplicación de normas incide en la determinación del supuesto de hecho «final». No obstante ello, en ese caso —y en todos los que las propias premisas fácticas sean resultado de la combinación de subpremisas con normas— lo que pasa es que ya se está dentro del silogismo jurídico. El silogismo jurídico puede adquirir una estructura compleja y multinivel.

En cuanto a (i), la norma es clara al señalar que los árbitros resuelven en función a lo establecido en el contrato (artículo 57.4), en la ley aplicable (artículo 57.1), en criterios de equidad (artículo 57.3) y/o en usos y prácticas aplicables (artículo 57.4).

Naturalmente, la remisión a estos elementos para la configuración de las premisas normativas también requiere del establecimiento de cierto esquema de prioridad. Así, el esquema de prioridad es el siguiente:

- (1) Normas imperativas. Es evidente que la resolución del caso concreto debe hacerse observando y aplicando las normas imperativas pertinentes.
- (2) Las disposiciones del contrato (si hubiere uno). Los árbitros deben preferir, al momento de resolver, lo establecido en el cuerpo contractual por sobre las normas legales —dispositivas— o reglas de justicia (estas últimas, como veremos, pueden emplearse en el arbitraje de conciencia). En efecto, comentando el artículo 35(3)²³⁸ de las Reglas Uncitral de Arbitraje del 2010 —casi idéntico al artículo 57.4 de la LA—, Caron y Caplan señalan lo siguiente:

Esto puede ser sorprendente para algunos: habiendo elegido las reglas aplicables de derecho, el tribunal es; sin embargo, compelido por el artículo 35(3) a decidir de acuerdo a los términos del contrato. Este giro es en parte un dispositivo que apunta a satisfacer las expectativas de las partes mediante la evasión de sorpresas en las reglas de derecho elegidas que, en caso contrario, afectarían las expectativas expresadas en el contrato.

Así, el tribunal arbitral debe aplicar primero los términos del contrato incluso en casos en los que hay una ley aplicable desig-

²³⁸ «Artículo 35.-

[...]

3. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato, de haberlo y tendrá en cuenta cualquier uso mercantil aplicable al caso».

nada de acuerdo al artículo 35(1) y también en aquellos casos en que los árbitros fueron autorizados para actuar como *amiable compositeur* o *ex aequo et bono*.²³⁹

En efecto, la redacción del artículo 57.4 de la LA denota que ésta supedita a lo establecido en 57.1, 57.2 y 57.3. Al señalar que «en todos los casos» la decisión se da «con arreglo» (es decir, en observancia) a lo consignado en el contrato, se desprende que las disposiciones contractuales se deben seguir y cumplir, sea cual sea la norma de derecho o regla de justicia aplicable.

- (3) Las normas dispositivas y los criterios de conciencia. Aquí se abre una bifurcación, según si el arbitraje es de derecho o de conciencia:
 - (3.1) Si el arbitraje es de derecho, los árbitros resuelven empleando las normas dispositivas de la ley aplicable.
 - (3.2) Si el arbitraje es de conciencia, los árbitros resuelven empleando las normas dispositivas de la ley aplicable, o los criterios internos de justicia que ellos manejen.
- (4) Los usos y prácticas aplicables. Los árbitros podrán tener en cuenta los usos y prácticas pertinentes para fijar sus premisas normati-

²³⁹ CARON, David D. y Lee M. CAPLAN. *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 121. Traducción libre del siguiente texto:

«This is sometimes surprising to some: having chosen the applicable rules of law, the tribunal is nonetheless directed by article 35(3) to decide in accordance with the terms of contract. This twist is in part a device aimed at fulfilling party expectations by avoiding surprises in the rules of law chosen that otherwise would disturb expectations expressed in the contract.

Thus, the arbitral tribunal should first apply the terms of the contract in cases even where there is an applicable law designated in accordance with article 35(1) and where the arbitrators have been authorized to act as *amiable compositeur* or *ex aequo et bono*».

vas. No obstante, éstas no podrán ser empleadas en detrimento de normas imperativas, disposiciones contractuales o normas dispositivas que vayan en un sentido contrario.

Pues bien, el presentado esquema establecido en el artículo 57 de la LA para la resolución del fondo de la controversia tiene un impacto en el contenido de la motivación. Según vimos, los criterios del mencionado artículo varían según si el arbitraje es de derecho o de conciencia. Por lo tanto, presentaremos de manera separada a (i) el contenido de la motivación en el laudo arbitral de derecho; y (ii) el contenido de la motivación en el laudo arbitral de conciencia.

3.3.3.2. El contenido de la motivación en el laudo arbitral de derecho

En los puntos anteriores, hemos visto tres temas que aquí merecen ser recordados:

- (i) La motivación, en todos los casos, consiste en la exhibición de razones objetivas.
- (ii) Cuando hay obligación de motivar, la motivación se configura como la exposición de los hechos (premisas fácticas), normas (premisas normativas) y la conjugación de aquellos elementos en un silogismo jurídico.
- (iii) El árbitro debe fundar su decisión en determinados criterios, los que inclusive tienen un orden de prioridad. Las premisas normativas que emplea el árbitro deben derivarse de dichos criterios.

Pues bien, sobre estos puntos, podemos presentar el contenido concreto de la motivación del laudo arbitral de derecho. Pero antes, y como referencia, empecemos con una definición ya acuñada de manera previa. Veamos:

Podemos definir la motivación del laudo arbitral como la expresión del razonamiento que enlaza los hechos alegados por las partes, las pretensiones ejercitadas, las pruebas practicadas, el derecho aplicable y la decisión del caso que adopte el árbitro o tribunal arbitral.²⁴⁰

La definición de Notario González nos parece un excelente punto de partida. Ésta consigna que debe presentarse («expresión») un silogismo jurídico («razonamiento») que enlace premisas fácticas («hechos alegados por las partes» + «las pruebas practicadas») y premisas normativas («el derecho aplicable»). Sobre esta definición, que es correcta, añadiremos el contenido de la motivación que se deriva de los criterios específicos establecidos para las premisas normativas, como se ha visto en el punto 3.3.3.1.

Tenemos, entonces, lo siguiente:

La motivación del laudo arbitral consiste en la exposición de los hechos (premisas fácticas) fijados por los árbitros y normas (premisas normativas) pertinentes enlazadas en un razonamiento lógico-jurídico (silogismo).

En específico, la motivación del laudo arbitral de derecho implica la exposición de una decisión sobre los hechos *fundada* en premisas normativas extraídas de (i) normas imperativas; (ii) disposiciones del contrato involucrado; (iii) normas dispositivas; o inclusive de (iv) usos y prácticas que los árbitros hayan considerado pertinentes.

Cabe precisar aquí que la motivación del laudo arbitral, entendida como obligación para los árbitros, no involucra una exposición o sustentación de las premisas empleadas por los árbitros. En términos técnicos,

²⁴⁰ NOTARIO GONZÁLEZ, Sotero. «Laudo arbitral. Contenido y efectos». En MERINO MERCHÁN, Juan Fernando (dir.). *Curso de derecho arbitral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 200.

la motivación como obligación no abarca a la justificación externa del razonamiento.²⁴¹

3.3.3.3. *El contenido de la motivación en el laudo arbitral de conciencia*

Tal y como expusimos en 2.8.1. del capítulo I, el arbitraje de conciencia es aquel en el que los árbitros pueden resolver el fondo según criterios de justicia, los que no necesariamente deben extraerse de las normas establecidas en nuestro ordenamiento jurídico. Siguiendo lo establecido en el artículo 3 de la Ley n.º 26572, Ley General de Arbitraje (hoy derogada), el arbitraje «[e]s de conciencia cuando [los árbitros] resuelven conforme a sus conocimientos y leal saber y entender».

En el caso del arbitraje de conciencia, no hay exigencia de que las premisas normativas se deriven de normas *dispositivas* —el árbitro debe siempre cumplir con las normas imperativas—. El árbitro *puede crear* las premisas normativas que considere convenientes para el caso concreto, y proceder a conjugar aquéllas con la premisa fáctica. Para mayor facilidad, observemos:

Arbitraje de derecho	Arbitraje de equidad
Los árbitros deben aplicar: (i) normas imperativas (ii) normas dispositivas Los árbitros no pueden usar sus criterios internos de justicia para generar premisas normativas.	Los árbitros deben aplicar (i) normas imperativas. Los árbitros pueden elegir entre la aplicación de (ii) normas dispositivas o (iii) criterios internos de justicia.

²⁴¹ No obstante, esto no significa que los árbitros no puedan, si así lo consideran pertinente, fundamentar de manera exhaustiva cada una de las premisas que emplean. Esto se verá con detalle en 3.4 del presente capítulo.

Hasta este punto, uno podría pensar que la motivación del laudo arbitral de conciencia es casi idéntica a la del laudo arbitral de derecho. Así, podría afirmarse que la única diferencia está en que la motivación del laudo arbitral de conciencia puede exhibir criterios internos de justicia empleados para resolver el caso, algo que no puede darse en el laudo arbitral de derecho.

No obstante, emplear criterios internos de justicia genera también cierta carga. En el arbitraje de conciencia los árbitros pueden traer premisas normativas «del aire», ya que éstas se sustentan en el concepto de justicia que aquellos manejan para el caso concreto. Pero, y esto es indiscutible, si estas premisas normativas nacen de los criterios de justicia de los árbitros, entonces las mismas deben tener una justificación en la *psique* del árbitro.

Sobre ello, si un árbitro funda su decisión en criterios de justicia, la motivación de la decisión debería exhibir (i) los criterios de justicia empleados; y (ii) el sustento que valide tales criterios de justicia (metajustificación). Así, según De Trazegnies, en el arbitraje de conciencia se genera la necesidad de exponer la referida *metajustificación* de los criterios de justicia empleados. Veamos:

En el arbitraje de derecho, el árbitro debe fundamentar dos cosas: su interpretación personal de la norma legal y la manera como entiende que los hechos del caso corresponden a la situación prevista por la norma. Pero no tiene que fundamentar ni defender la bondad o justicia de la norma positiva: basta citarla. La norma está ahí, nos guste o no nos guste.

En el arbitraje de conciencia, dado que el árbitro hace intervenir además criterios que no están necesariamente contenidos en una ley positiva, es preciso fundamentar también la bondad o la justicia de esos criterios; lo que nos lleva a que sea esencial en el arbitraje de equidad que el laudo contenga incluso una suerte

de metajustificación que no es necesaria en el arbitraje de derecho.²⁴²

Sobre ello, podemos presentar el contenido de la motivación del laudo arbitral de conciencia. Veamos:

La motivación del laudo arbitral consiste en la exposición de los hechos (premisas fácticas) fijados por los árbitros y normas (premisas normativas) pertinentes enlazados en un razonamiento lógico-jurídico (silogismo).

En específico, la motivación del laudo arbitral de conciencia implica la exposición de una decisión sobre los hechos *fundada* en premisas normativas extraídas de (i) normas imperativas; (ii) disposiciones del contrato involucrado; (iii) normas dispositivas o criterios internos de justicia; o inclusive de (iv) usos y prácticas que los árbitros hayan considerado pertinentes.

En caso los árbitros empleen criterios internos de justicia para resolver el caso, la motivación deberá presentar (i) los criterios empleados; y (ii) el sustento que legitime a dichos criterios.

En términos técnicos, la mencionada «metajustificación» no es más que otro nombre para la justificación externa. Por lo tanto, en el arbitraje de conciencia el laudo debería contener una sustentación de los criterios de justicia empleados por los árbitros al momento de fijar sus premisas normativas.

En síntesis, en el arbitraje de conciencia los árbitros cuentan con libertad para generar sus propias premisas normativas, siempre que las mismas no atenten contra normas imperativas o contra lo establecido en el contrato. Sobre ello, la motivación debe exponer una metajustificación de tales premisas, a efectos de explicar por qué las mismas

²⁴² DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia». En *Ius et Veritas*. Lima, 1996, N° 12, p. 122.

resultan justas y/o equitativas. Es decir, en el arbitraje de conciencia sí debería presentarse una justificación externa, pero sólo para las premisas normativas que nacen del leal saber y entender de los árbitros.

3.3.4. Contenido de la motivación en las decisiones sobre aspectos distintos a la resolución del fondo del asunto

En sentido estricto, el contenido de la motivación en las decisiones sobre aspectos distintos a la resolución del fondo equivale a lo que denominamos contenido «común» (exposición de razones objetivas consistentes en hechos y normas aplicadas en un silogismo jurídico). Sobre ello, la única adición que habría que hacer está en que para estas decisiones las premisas normativas no pueden en ningún caso derivarse de criterios internos de justicia. En otras palabras, las decisiones deben siempre fundarse en derecho. Así:

Contenido de la motivación en las decisiones arbitrales sobre aspectos distintos a la resolución del fondo

(Cuando hay obligación de motivar)

Exposición de:

- └ Razones objetivas
- └ Hechos (premisas fácticas) y normas (premisas normativas) aplicadas en un silogismo jurídico

* Las premisas normativas en ningún caso pueden derivarse de criterios internos de justicia.

Sobre ese punto, no hay más que decir. No obstante, existen otros aspectos que requieren un mayor desarrollo. En específico, los siguientes:

- (1) El silogismo jurídico y su pertinencia para decisiones distintas a la resolución del fondo de la controversia.

- (2) El contenido específico de la motivación en los supuestos específicos de obligación legal de motivar: decisiones de reconsideración y decisiones de prescindir de prueba.

A continuación, un desarrollo de ambos puntos.

3.3.4.1. Aplicabilidad del silogismo jurídico a todo tipo de decisiones

La obligación de motivar como equivalente a la exposición de un silogismo jurídico se extiende no sólo a decisiones que resuelven el fondo, sino que aplica para todo tipo de decisiones arbitrales. Sea cual sea la decisión, su motivación puede y debe obedecer a un silogismo jurídico. Como ya mencionamos, estamos viendo en esta parte el contenido común de la motivación cuando haya obligación de motivar, contenido que aplica para todas las decisiones.

Claro, se puede dar por sentado que la exposición de un silogismo jurídico es perfectamente aplicable a la resolución del fondo de una controversia arbitral, pero el tema no parece tan fácil para decisiones sobre aspectos distintos a aquél. Por ejemplo, ¿podría aplicarse el silogismo jurídico para la resolución de una decisión sobre la incorporación de un agente al arbitraje como parte no signataria? La respuesta es, indiscutiblemente, afirmativa: La incorporación de una parte no signataria requiere fijar los hechos y evaluar si los mismos encuadran en alguna norma enlazada al tema —artículo 14 de la LA—, conjugando hechos (premisas fácticas) y normas (premisas normativas) para arribar a un resultado (conclusión).

La idea principal aquí es la siguiente: el razonamiento jurídico (silogismo lógico-jurídico) se aplica para todo tipo de incidencias dentro de un arbitraje. Esto va desde los temas más complejos hasta los puntos más simples. Por lo tanto, si se puede aplicar un silogismo, es perfectamente posible exponer tal aplicación, lo que se conformaría como la motivación de la decisión.

Reiteramos, sobre todas las cuestiones jurídicas involucradas en un arbitraje, desde las más simples hasta las más complejas, puede emplearse el silogismo jurídico para arribar a una decisión. Sucede que (i) las premisas normativas no necesariamente deben ser leyes, sino que también pueden derivarse de principios, o incluso de lo pactado por las partes (ley entre partes); y (ii) las premisas normativas no necesariamente deben concluir en un mandato imperativo, a veces la premisa normativa se configura como una habilitación²⁴³ (si sucede «A», se *puede* hacer «B»).

Así, si vamos a un ejemplo específico, incluso para la decisión de correr traslado del escrito de una parte a otra es posible aplicar un silogismo jurídico. Naturalmente, no existe una norma o principio que diga «en caso “A” remita un escrito al tribunal arbitral, éste deberá poner a conocimiento el mismo a “B”»; y, sin embargo:

- (1) Premisa menor/fáctica. «A» envió un escrito —que carece de información confidencial— al tribunal arbitral [S₁]
- (2) Premisa mayor/normativa se deriva de:
 - (2.1) Principio de imparcialidad, la que a su vez deriva en el principio de trato equitativo.
 - (2.2) Principio de no dejar en indefensión.
 - (2.3) Principio de libertad del tribunal arbitral para aspectos procedimentales.

Premisa mayor/normativa → Si una parte envía un escrito al Tribunal Arbitral, éste podrá, si lo juzga conveniente, ponerlo en conocimiento de la otra parte.

S = Una parte envía un escrito al tribunal arbitral

²⁴³ ATIENZA, Manuel. «Razonamiento Jurídico». En FABRA ZAMORA, Jorge Luis y Verónica RODRÍGUEZ BLANCO (Editores). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. Ob. cit., p. 1431.

C = El Tribunal Arbitral puede, bajo su criterio, remitir los escritos que una parte le envía, a la otra.

- (3) Conclusión. En ejercicio de su habilitación, el tribunal arbitral envía el escrito de A a B [C₁].

Ahora bien, ¿esto significa que todas las decisiones arbitrales deben siempre y en todos los casos contar con la exhibición expresa de un silogismo jurídico? La respuesta es negativa; recordemos que:

- (1) En primer lugar, y como ya señalamos con énfasis, la motivación de decisiones arbitrales es, por regla general, facultativa.
- (2) Segundo, debe tenerse en cuenta que muchas cuestiones arbitrales son de mero trámite, es decir, se tratarían de casos (muy) «fáciles». En éstos, ciertas decisiones no requerirían que haya expresión del silogismo jurídico dada la obviedad de la decisión. Volvamos al ejemplo:

«En fecha “M”, A presentó su escrito n.º 14. Solicitud de reconsideración al tribunal arbitral.

Por considerarlo conveniente a su derecho, este tribunal arbitral dispone el traslado del referido escrito a “B”».

En este caso, la motivación (voluntaria) consiste en una brevísima exposición de razones, sin necesidad de exponer la ilación lógico-jurídica del razonamiento (silogismo). A veces, no hay nada más que decir.

En síntesis, el silogismo jurídico es perfectamente aplicable para cualquier decisión que los árbitros deban tomar dentro del arbitraje. En esa línea, la motivación, cuando sea obligación para los árbitros, implicará la exposición del mencionado silogismo.

3.3.4.2. *Precisiones adicionales en los supuestos específicos de obligación legal de motivar*

Según señalamos, la LA ha establecido algunos supuestos donde la motivación se configura como una obligación legal. Dos de esos supuestos pertenecen a decisiones arbitrales sobre temas distintos al fondo. Pasamos, entonces, a realizar un breve desarrollo de los mismos.

3.3.4.3. *El contenido de la motivación en las decisiones que modifican decisiones previas (reconsideración)*

El artículo 49.1 de la LA establece que, para el caso en que un tribunal arbitral decida reconsiderar una decisión que ya había tomado, será necesario que motive *debidamente* el cambio en la decisión. Observemos:

Artículo 49.- Reconsideración.

1. Las decisiones del tribunal arbitral, distintas al laudo, pueden ser reconsideradas a iniciativa de una de las partes o del tribunal arbitral, por razones **debidamente motivadas**, dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o por el tribunal arbitral. A falta de determinación del plazo, la reconsideración debe presentarse dentro de los tres (3) días siguientes de notificada la decisión. (El énfasis es nuestro).

¿Por qué existe la obligación legal de motivar la reconsideración de una decisión?

El legislador estableció esta obligación legal debido a la excepcionalidad en la situación. En efecto, no resulta ordinario que un tribunal «cambie de parecer» y modifique una decisión ya tomada. Naturalmente, tal cambio debe obedecer a razones objetivas, reales y con la «fuerza» necesaria como para modificar una decisión previa ya tomada; en esa línea, el legislador consideró adecuado que el tribunal arbitral deba ineludiblemente exponer tales razones.

En específico, notemos que una decisión de reconsideración implica la modificación de una decisión previa que, en teoría, era correcta y racional. Entonces, a nuestro juicio, para modificarla debe suceder una de las dos siguientes situaciones:

- *Supuesto A.* La decisión inicial incurría en algún error. El error debe, necesariamente, haber sido *material*, de forma tal que al corregirlo se tiene que la decisión inicial cambia a una nueva decisión.
- *Supuesto B.* La decisión inicial era correcta. No obstante, se ha producido un cambio material sobreviniente en la situación de hecho, por lo que la decisión también debe variar.

¿Cuál es el sentido de la frase «debidamente motivadas»?

El contenido de la motivación de una decisión que reconsidera una previa es, en principio, el mismo que tienen todas las decisiones arbitrales que resuelven aspectos distintos al fondo del asunto. La motivación debe contener la expresión de hechos (premisas fácticas), derecho (premisas normativas) conjugadas en un razonamiento (silogismo jurídico).

No obstante, sobre tal base se adiciona la carga impuesta al establecer que las razones deben estar «debidamente» motivadas. Y es que resulta evidente que el empleo del adverbio «debidamente» por el legislador, tiene algún efecto en la motivación que los árbitros deben presentar.

Según señalamos en puntos anteriores, la obligación de motivar no involucra, por defecto, la presentación del sustento de las premisas empleadas (justificación externa). En esa línea, consideramos que cuando el legislador emplea el término «debidamente» lo que busca es que en estos casos las premisas estén adecuadamente sustentadas.

Esto tiene sentido dado el mencionado supuesto «B». En efecto, si la situación de hecho sobre la cual se tomó la decisión arbitral cambió, ello implica que se ha producido un cambio en alguna premisa fáctica sobre la cual se tomó la decisión. Por lo tanto, los árbitros deberían presentar un sustento de cómo los hechos iniciales mutaron a hechos nuevos debido a algún fenómeno sobreviniente.

Contenido específico de la motivación en las decisiones de reconsideración

A grandes rasgos, la motivación de las decisiones que reconsideran decisiones previas consiste en la exposición de razones que justifiquen (i) que una decisión previa debe revocarse; y (ii) el sentido de la nueva decisión. Estos dos aspectos, si bien en algunos casos pueden constituirse como uno,²⁴⁴ en otros pueden configurarse como separados (aunque entrelazados).

En esa línea, el contenido específico de la reconsideración es, a nuestro juicio, el siguiente según los dos supuestos específicos mencionados líneas arriba:

- (i) *Supuesto A.* En caso la decisión inicial haya incurrido en error, el tribunal arbitral deberá precisar cuál fue el error cometido. Sobre ello, subsanar el error y aplicar el silogismo jurídico de nuevo a efectos de determinar si el error era material y, por lo tanto, la decisión cambia.
- (ii) *Supuesto B.* En caso se haya producido una modificación material sobreviniente en la situación de hecho, el tribunal arbitral deberá exponer y sustentar cuál es la premisa fáctica que ha sufrido un cambio y presentar la nueva premisa fáctica. Sobre ello, se deberá aplicar un nuevo silogismo jurídico con la referi-

²⁴⁴ Esto se da en los casos en que la solicitud de reconsideración busca sólo la revocación de la decisión objeto del recurso, y no la instauración de una nueva decisión.

da nueva premisa para determinar si ello genera un cambio en la decisión.

Cabe señalar que, en la práctica y por razones de eficiencia, muchos de estos pasos y elementos pueden estar dados de manera implícita, lo que de ninguna forma invalida la motivación empleada por el tribunal arbitral.

Ahora bien, en doctrina, Luque Gamero ha señalado algunos elementos que debería tener la *solicitud* de reconsideración. Observemos:

[D]ebe contener nuevas razones o argumentos que hagan que el tribunal reconsidere su decisión, parte de dicha motivación debe ser la demostración o alegación de un agravio a la parte que presenta el recurso, ya que de otra forma se prestaría el uso de éste a una posible forma de perturbar el avance del proceso. Con lo cual, no sólo deberán confluír en el recurso razones de orden jurídico (alegaciones de errores) sino que también deberá concurrir la existencia de un agravio o perjuicio que se produciría de mantenerse la resolución tal cual fue dictada originalmente.²⁴⁵

Como ya señalamos, la reconsideración no requiere la existencia de un error en la decisión objeto del recurso, ni tampoco de un agravio generado por la misma. En muchos casos la reconsideración procede para modificar aspectos menores (ej., fecha de una audiencia) en los que la solicitud no se hace debido a errores (o agravios), sino más bien en mérito a eficiencia en los tiempos o recursos empleados en el procedimiento arbitral motivados por una modificación en la situación de hecho (ej., una parte alega que sus peritos extranjeros no llegarán a la ciudad sede del arbitraje para la fecha en que la audiencia se programó). La configuración de un error en la resolución objeto de recurso, así como

²⁴⁵ LUQUE GAMERO, Ricardo. «Comentarios al artículo 49 de la LA». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (coords.). *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo 1, p. 575.

sus consecuentes agravios podría darse en aquellos casos en los que la solicitud de reconsideración pueda equipararse al recurso de apelación propio del proceso judicial.

Sea como fuere, debemos resaltar que la obligación de motivar se dirige a los supuestos en los que se decide por la revocación de la decisión previa. A contrario, se tiene que los árbitros pueden rechazar la solicitud de reconsideración sin necesidad alguna de exponer sus motivos.²⁴⁶ Ahora, en aquellos casos en los que la parte sustente su solicitud de reconsideración en la concurrencia no sólo de errores, sino también de agravios, y se declare fundada tal solicitud, el tribunal arbitral deberá motivar su decisión, incluyendo una referencia sobre cómo tales errores y agravios influyeron (o no) en su decisión. Esto se sustenta en la existencia de la obligación legal de motivar.

Críticas al artículo 49.1 de la LA

Son dos nuestras críticas al artículo 49.1 de la LA: (i) el establecimiento de una obligación legal de motivar; y (ii) la consignación del adverbio «debidamente» enlazado a la motivación.

En cuanto a (i), cabe iniciar señalando que comprendemos y aceptamos la excepcionalidad de un supuesto de modificación de una decisión ya tomada. En efecto, resulta poco ordinario que un tribunal arbitral revoque una decisión previa y la reemplace por una nueva diferente. El sentido común indica que las razones para que un tribunal arbitral realice tal proceder deben ser de especial importancia/materialidad. De igual forma, el sentido común también indica que, en la mayoría de los casos, las partes *querrán* saber las razones por las que se produjo una reconsideración.

Sin embargo, el presumir —aun acertadamente— que la mayoría estaría de acuerdo con la disposición; y que en caso ésta estuviese ausente

²⁴⁶ Aunque lo usual es que los árbitros sí expongan las razones de su decisión.

buscarían convencionalmente obtener los mismos efectos (en el presente caso, que el tribunal arbitral justifique por qué reconsideró una decisión) constituye un argumento *insuficiente* para el establecimiento de una medida paternalista.

Y es que el mandato del artículo 49.1 de la LA no es más que fruto del paternalismo del legislador. El legislador concibió que era lo «mejor» establecer la obligación legal de motivar —y no sólo motivar, sino motivar *debidamente*— para los casos de reconsideración de decisiones arbitrales.

Pues bien, dejando de lado a las posturas que rechazan cualquier medida paternalista,²⁴⁷ en doctrina se ha estudiado la justificación de medidas paternalistas.²⁴⁸ Siguiendo a Atienza, una medida paternalista se encuentra éticamente justificada si y sólo si: (a) busca la obtención del bien objetivo para los sujetos afectados por la medida o para la colectividad en general; (b) los sujetos afectados sufren de cierta incapacidad básica que les impide tomar la medida por su cuenta; y (c) hay consentimiento hipotético, es decir, que éstos estarían de acuerdo con la medida de no ser por sufrir de la señalada incapacidad básica.²⁴⁹

En el presente caso, podría defenderse que la medida busca (a) la obtención de un bien objetivo, puesto que la medida impediría que se produzcan modificaciones arbitrarias de decisiones ya tomadas. No obstante, es evidente que los que practican el arbitraje no adolecen de incapacidad alguna que les impida regular este aspecto por sus propias vías, por lo que no se cumple (b). Tampoco se configura (c) consentimiento hipotético, toda vez que éste presupone la verificación de (b).

²⁴⁷ Vid. NOZICK, Robert. *Anarquía, Estado y Utopía*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1988, pp. 66-67; FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. Chicago: The University of Chicago Press, 1982. p. 188, entre otros.

²⁴⁸ No existe una corriente unánime en doctrina respecto a criterios para diferenciar entre medidas paternalistas justificadas y no justificadas.

²⁴⁹ ATIENZA, Manuel. «Discutamos sobre el paternalismo». En *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante: Universidad de Alicante, 1988, n.º 5, p. 203.

En síntesis, no hay razón para establecer un mandato paternalista cuando lo único que se presume es que la medida será beneficiosa.

Por contraste, lo que sí podría justificar la presunción —válida— de que la medida resulta beneficiosa es una regla por *default*.²⁵⁰ Es decir, que se fije que la reconsideración de una decisión arbitral debe estar motivada *salvo acuerdo en contrario de las partes*. De esta manera, no se interfiere con la autonomía de la voluntad de éstas.

Respecto a (ii), sucede que hablar de «debida» motivación en sede arbitral no resulta en absoluto recomendable. La debida motivación es un concepto propio del derecho procesal, e implica, como señalamos en el capítulo II, una motivación sometida a ciertas reglas y exigencias específicas. Hoy en día, el arbitraje ya tiene problemas debido a su jurisdiccionalización, fenómeno que ha derivado en que no se encuentre exceptuado de «observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso».²⁵¹

En esa línea, que nuestra LA hable de resoluciones «debidamente motivadas» constituye una concesión implícita a la postura de que tanto en el arbitraje como en el proceso judicial existe un idéntico concepto de debido proceso, y que en realidad la única diferencia entre estos mecanismos es que en uno hay un juzgador público (juez) y en el otro un juzgador privado (árbitro).

En específico, la debida motivación judicial es un concepto que de ninguna forma puede considerarse como presente en los procedimientos arbitrales. Como veremos al final de este capítulo, Derecho a la debida motivación judicial ≠ derecho a la motivación arbitral.

²⁵⁰ Este tipo de medidas se encuadran dentro de lo que se conoce como paternalismo libertario. Para mayor información sobre el concepto, *vid.* SUNSTEIN, Cass R. y THALER, Richard H. «Libertarian paternalism is not an oxymoron». En *University of Chicago Law Review*. Chicago, 2003, vol. LXX, n.º 4, pp. 1159-1202.

²⁵¹ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9.

3.3.4.4. *El contenido de la motivación en la decisión de prescindir de prueba admitida*

El artículo 43.2 de la LA establece la facultad del tribunal arbitral para prescindir de pruebas ya ofrecidas. El único requisito para hacer ello está en motivar las razones de tal decisión. Observemos:

Artículo 43.- Pruebas.

1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.
2. El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir **motivadamente** de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso. (El énfasis es nuestro).

En el arbitraje, los árbitros tienen competencia plena en cuanto al aspecto de las pruebas. Su admisión, pertinencia, actuación y valoración se realiza según la manera en que los árbitros la consideren adecuada. En esa línea, el supuesto del artículo 43.2 de la LA se pone en el supuesto de una prueba que fue ofrecida y también admitida.²⁵² Y aun cuando la prueba fue admitida, el tribunal arbitral decide prescindir de su actuación.

¿Por qué existe la obligación legal de motivar la decisión de prescindir de una prueba ofrecida y admitida?

Al igual que el caso el artículo 49.1 de la LA, la obligación legal de motivar se establece debido a lo inusual de la situación. Si la prueba fue admitida, ello significa que, a ojos del tribunal, la misma cumple con los principios que rigen la admisión de la prueba.²⁵³ En términos específi-

²⁵² Si bien la norma no lo señala expresamente, es obvio que el artículo 43.2 se refiere a casos en los que la prueba fue ofrecida y admitida. Ello, porque si la prueba no fue admitida entonces su actuación sería imposible (sólo se actúa la prueba que fue ofrecida y admitida).

²⁵³ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. «El derecho fundamental a probar y su

cos, la prueba fue considerada como pertinente, idónea, útil, legítima, etc. y por lo tanto merecía ser actuada y valorada.

En ese esquema, una decisión de prescindir de su actuación, cuando ya la misma había sido admitida, se configura —*a priori* y en abstracto— como una decisión extraña. Por lo tanto, el legislador dispuso que tal decisión sea motivada.

¿Cuál es el contenido de la motivación para la decisión de prescindir de prueba ofrecida y admitida?

En última instancia, la decisión de prescindir de determinada prueba admitida, así como la motivación de tal decisión, dependerá del caso específico. Tal y como señala la norma, prescindir de prueba admitida se da «según las circunstancias del caso».

Sin perjuicio de lo señalado, el supuesto más común pasa por el hecho de que los árbitros consideren que ya cuentan con todos los elementos de hecho suficientes, y que en esa línea la prueba pendiente de actuar no contribuye en absoluto a la dilucidación de los hechos acaecidos en el caso concreto. En un caso así, por razones de eficiencia, celeridad, etc., el tribunal arbitral podría decidir prescindir de la prueba pendiente de actuación.

En tal supuesto, la motivación debería dirigirse a exponer (i) cómo es que la prueba no contribuye a dilucidar los hechos (probablemente, éstos ya son evidentes y la nueva prueba no cambiará tal certeza);²⁵⁴ y

contenido esencial». En *Ius et Veritas*. Lima, 1997, n.º 14, pp. 171-187.

²⁵⁴ Esto debe hacerse teniendo presente que referirse a la valoración de los hechos efectuada por el tribunal arbitral puede constituir un pronunciamiento adelantado sobre el fondo. Bastaría, en tal sentido, que el tribunal arbitral enuncie que tal aspecto de hecho ya está probado/descartado y que nada va a cambiar ello; y que tal tema se expondrá *in extenso* en el laudo, toda vez que se está ingresando ya a la resolución del fondo (determinación de premisas fácticas).

(ii) los criterios (eficiencia, celeridad, etc.) que han derivado en que el tribunal arbitral decida ahorrarse el «trámite» de actuar tal prueba.

Críticas al artículo 43.2 de la LA

Hacemos extensiva, para este punto, la crítica que expusimos en cuanto al artículo 49.1 de la LA, crítica centrada en exponer por qué es equivocado establecer una obligación legal de motivar.

3.4. *La imposición de una «debida motivación» para el arbitraje. Impacto en el contenido de la motivación arbitral*

Al analizar el tema de la naturaleza de la motivación arbitral se mencionó que la imposición de la debida motivación al arbitraje no tenía un impacto en la referida naturaleza, mas sí tenía consecuencias en su contenido. Corresponde, pues, exponer aquí cómo es que el contenido de la motivación arbitral se ve alterado por la imposición de la debida motivación al arbitraje.

El desarrollo realizado a lo largo de 3.1, 3.2 y 3.3 «ignora» lo establecido por el Tribunal Constitucional en su sentencia sobre el expediente n.º 6167-2005-PHC/TC. Tal omisión, empero, tiene una justificación: el lector puede *aprehender* el concepto de motivación en el arbitraje en su dimensión «pura», sin distorsiones, costuras y/o mutilaciones generadas por la artificial imposición de un concepto —debida motivación— pensado para otro contexto —los procesos judiciales—.

Sobre ello, desarrollaremos (i) el alcance específico de la imposición de la debida motivación (¿a qué decisiones afecta?) y (ii) las consecuencias concretas en el contenido de la motivación de las decisiones afectadas.

3.4.1. Alcance de la imposición de la debida motivación. ¿Qué decisiones arbitrales se ven afectadas?

Según señalamos de manera previa, la imposición de la debida motivación no afecta en nada la naturaleza de la obligación de motivar en el arbitraje. Así, en el arbitraje por regla general la motivación es facultativa, y constituye una obligación sólo cuando las partes o la ley lo establezcan así.

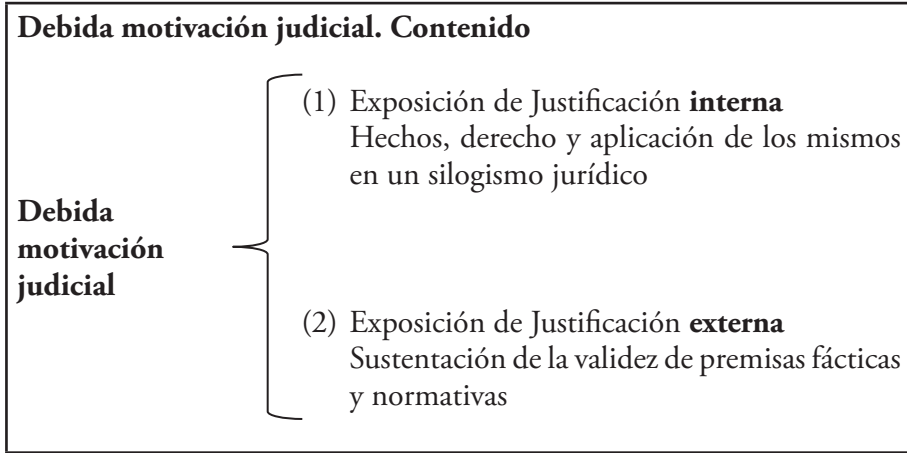
Esta regla general consistente en que los árbitros no están obligados a motivar sus decisiones cobra especial importancia en este punto. En efecto, si en general los árbitros no están obligados a motivar, entonces mucho menos estarán obligados a motivar «debidamente». Esta afirmación se sostiene, naturalmente, en el hecho de que la naturaleza de la motivación en el arbitraje no se ha visto afectada por la imposición del concepto de debida motivación.

Entonces, la imposición de la debida motivación sólo tiene efectos cuando los árbitros tengan la obligación de motivar.

3.4.2. El contenido de la «debida motivación» en las decisiones arbitrales. Incorporación de justificación externa

La imposición de la debida motivación al arbitraje genera que el contenido de la motivación de las decisiones arbitrales —cuando hay obligación de motivar— deba incorporar una justificación externa.

Según señalamos en 2.4, la imposición de la debida motivación judicial al arbitraje no alteró la naturaleza de la motivación arbitral. No obstante, dicha imposición sí tiene un efecto en el *contenido* de la motivación arbitral. En efecto, al insertarse la debida motivación judicial al arbitraje, ésta vacía su contenido en la motivación arbitral. ¿Cuál es el contenido de la debida motivación judicial? Recordemos:



La imposición del concepto de debida motivación judicial al arbitraje deriva en que la motivación arbitral se conforme, necesariamente, por una justificación interna del razonamiento y una justificación externa de la validez de las premisas. En cuanto a la justificación interna, la misma ya formaba parte de la motivación arbitral, por lo que ahí no hay mayor cambio. La diferencia se da en cuanto a la exposición de la justificación externa.

En efecto, tal y como precisamos *in extenso* en 3.3.2.2, que haya exposición de la justificación externa no es, *per se*, una obligación para los árbitros en el marco de la motivación de sus decisiones arbitrales. Sin embargo, la imposición de la debida motivación al arbitraje genera que la motivación arbitral se conforme por ambos elementos: exposición de justificación interna y de justificación externa.

Cabe anotar, antes de finalizar este punto, que la imposición de la justificación externa sobre la motivación de las decisiones arbitrales —cuando haya obligación de motivar— no es «intocable». En realidad, se trata sólo de una imposición «por defecto» sobre el contenido de la motivación. Como veremos en el capítulo v, las partes pueden sustraerse a esta imposición a través de su pacto.

En síntesis, cuando los árbitros tengan la obligación de motivar, la motivación consistirá en la exhibición de los hechos, derecho y su conjugación en un razonamiento/silogismo (justificación interna) y también en la presentación del sustento de las premisas empleadas (justificación externa). Esto último debido a la imposición de la debida motivación judicial al arbitraje.

4. LA FUNCIÓN DE LA MOTIVACIÓN EN EL ARBITRAJE

4.1. *Función base: satisfacción del interés de los acreedores (las partes)*

Según hemos visto, la motivación de decisiones arbitrales es una prestación dentro de una relación crediticia. En esa línea, desde el derecho de las obligaciones, la motivación tiene la misma función que cualquier otra prestación: la satisfacción del interés del acreedor.²⁵⁵

Reiteramos: la función de la prestación se cumple con la satisfacción del interés del acreedor. En el presente caso, la motivación de las decisiones arbitrales cumpliría la función de satisfacer el interés de las partes de obtener una decisión motivada. Esta respuesta, no obstante, resulta bastante genérica.

Veamos, por un minuto, un ejemplo de una obligación distinta a la de motivar y el interés que puede satisfacer. Así, cuando «A» compra un carro a «B» su interés en el carro puede radicar en quererlo para usarlo (movilizarse), exhibirlo (puede que el carro sea un modelo de colección), destruirlo (puede que «A» sea un empresario dedicado a la venta de chatarra), etc. Del ejemplo, se observa que el interés del acreedor en el cumplimiento de la prestación es variable, y tiene un contenido específico según el caso concreto. Lo mismo sucede con la motivación.

²⁵⁵ GIORGIANNI, Michele. *La obligación*. Traducción de Evelio Verdera y Tuells. Barcelona: Bosch, 1958, pp. 61-70.

Y más aún, este contenido específico según el caso concreto en realidad deja de pertenecer ya al campo de las obligaciones. Así, como veremos en el siguiente apartado, la motivación, sea o no una obligación para los árbitros, cumple con determinadas funciones.

4.2. Las funciones específicas de la motivación

Señalamos en el apartado anterior que la motivación, en tanto prestación, está dirigida a la satisfacción del interés del acreedor. Dicha respuesta, si bien correcta, resulta insuficiente para entender lo que logra la motivación dentro del arbitraje. Y la respuesta es insuficiente porque el derecho de las obligaciones se queda corto al momento de definir las funciones que cumple la motivación, entendida como *acción*.

Veámoslo de esta forma: la prestación de construir una casa satisface el interés del acreedor de obtener una casa. No obstante, si alguien va un paso más atrás y se pregunta para qué sirve una casa, podría tener varias respuestas específicas: suministra abrigo y techo, sirve para residir en un lugar específico, permite fijar el domicilio de la persona que la habita, etc.

Entonces, si dejamos de lado al derecho de obligaciones y nos centramos en el propio objeto de la casa, tenemos que ésta cumple funciones específicas. Estas funciones son inherentes a su naturaleza como *cosa*. Así, nada importa si uno contrató a alguien para la construcción de la casa, o si la casa la construye uno con sus propias manos, o si la casa es un regalo de los padres; en todos estos casos la casa cumplirá ciertas funciones específicas.

Esto también aplica para la motivación. Sea que los árbitros motiven una decisión arbitral porque estaban obligados a hacerlo o porque, aun sin estar obligados, lo consideraron pertinente, la motivación cumple funciones específicas. En este punto, consideramos pertinente dividir la presentación en (i) funciones para las partes; y (ii) función para los árbitros.

4.2.1. *Funciones específicas de la motivación para las partes*

La motivación de las decisiones que toman los árbitros logra en específico, (i) informar a las partes respecto de qué se decidió y por qué se decidió; y (ii) legitimar ante las partes el proceder de los árbitros. Veamos:

- (1) *Función informativa.* Es común que las partes quieran saber cuáles fueron las razones que derivaron en la decisión del tribunal arbitral.²⁵⁶ Querer entender qué lleva a alguien a hacer o decidir algo constituye una realidad no ajena al arbitraje. Por lo tanto, la motivación de las decisiones arbitrales permite que las partes puedan aprehender las razones que derivaron en lo decidido por los árbitros.
- (2) *Función legitimadora.* La motivación de las decisiones arbitrales contribuye a garantizar la calidad de la actuación de los árbitros y la validez de su decisión. Así —respecto a los laudos pero aplicable para cualquier decisión arbitral— «los laudos motivados proporcionan garantías respecto a la naturaleza y calidad de la justicia que está siendo dispensada por el árbitro».²⁵⁷

A través de la motivación, los árbitros denotan su observación a derechos/deberes esenciales para el arbitraje, tales como el deber de imparcialidad (la motivación denota que la decisión

²⁵⁶ SCHLAEPFER, Anne Veronique y Anne-Carole CREMADES. «La motivación de los laudos en arbitraje comercial internacional y en arbitraje de inversión». En SOTO COAGUILA, Carlos y Delia REVOREDO MARSANO DE MUR (coords.). *Arbitraje internacional. Pasado, presente y futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2013, tomo II, p. 1421.

²⁵⁷ STRONG, S.I. «Reasoned Awards in International Commercial Arbitration: Embracing and Exceeding the Common Law-Civil Law Dichotomy». En *Michigan Journal of International Law*. Michigan, 2015, vol. 37, n.º 1, p. 19.

Traducción libre del siguiente texto:

«[R]easoned awards provide key assurances regarding the nature and quality of justice that is being dispensed by the arbitrator».

tomada no obedece a criterios subjetivos o arbitrariedades, sino que responden a un análisis de los hechos y el derecho involucrado) o el derecho a ser escuchado²⁵⁸ (la motivación que expone y analiza los argumentos que una parte presentó acredita que los árbitros le prestaron atención).

Para el caso específico de la motivación del laudo, también puede decirse que la motivación cumple una función de «validación» respecto al conocimiento y pericia de los árbitros sobre la materia controvertida (ej., la motivación de un laudo que resuelve una controversia sobre construcción de infraestructura vial devela el conocimiento que los árbitros tienen sobre dicha materia).

Cabe señalar que, en la práctica, los tribunales arbitrales prefieren exponer las razones de sus decisiones incluso para casos en los que no existe la obligación legal o convencional de motivar. Es ordinario que, de manera breve o extensa, los tribunales arbitrales exhiban los argumentos que derivaron en su decisión; siendo bastante inusual —excepto para los casos de decisiones de simple trámite y/o impulso procedimental— que se mantengan en silencio.

En síntesis, la motivación en el arbitraje, entendida como prestación —objeto de obligación a cargo de los árbitros y derecho crediticio a favor de las partes— es un vehículo para la satisfacción del interés de las partes (acreedores) consistente en obtener una decisión motivada. Y más allá de ello, la motivación de una decisión cumple las funciones de (i) informar a las partes del por qué se tomó esa decisión; y (ii) legitimar y validar la actuación de los árbitros.

²⁵⁸ STRONG, S.I. *Ob. cit.*, p. 20.

4.2.2. *¿Por qué los árbitros motivan sus decisiones aun en los casos en que no están obligados a hacerlo? Función específica para los árbitros*

La motivación de las decisiones arbitrales no sólo cumple funciones para las partes. También lo hace para los árbitros. En específico, la motivación de las decisiones arbitrales asegura que la comunidad arbitral pueda conocer respecto de la «calidad» del trabajo de los árbitros.

Incluso con el principio de imparcialidad, lo cierto es que los arbitrajes no pueden considerarse burbujas totalmente aisladas. El desempeño de los árbitros será notado y evaluado por las partes y por cualquier otro sujeto que haya participado en el arbitraje (peritos, secretarios, etc.). Y, aun cuando el principio de confidencialidad veta que la información vertida en el arbitraje pueda exteriorizarse, nada impide que el *juicio* que se hagan los participantes en el arbitraje pueda ser transmitido a la comunidad arbitral en general. De ahí que, por ejemplo, hoy en día se puedan tener «perfiles» de los árbitros —más allá del grado de acierto que tengan éstos—, contruidos sobre las opiniones y percepciones de las personas que vieron el desempeño de aquéllos en el arbitraje.

Aterrizando, la motivación de las decisiones arbitrales constituye una oportunidad para que los árbitros puedan mostrar el conocimiento y aptitud que manejan sobre el arbitraje como institución y sobre la materia controvertida específica involucrada. La motivación es un elemento más que los árbitros pueden aprovechar para mantener su *status* en el «mercado arbitral».

4.3. *La imposición de una «debida motivación» para el arbitraje. Impacto en la función del derecho a la motivación arbitral*

Al igual que lo hecho para la naturaleza y el contenido de la motivación, procederemos a realizar un análisis de cómo la imposición de la debida motivación en el arbitraje afecta a las funciones que cumple la motivación arbitral.

Recordemos aquí que la debida motivación judicial tiene funciones específicas ya delimitadas: (i) función general de proscripción de arbitrariedad; (ii) función endoprocesal; y (iii) función extraprocesal.

Las preguntas aquí son evidentes: ¿estas funciones se imponen al arbitraje? ¿La motivación de una decisión arbitral busca la proscripción de la arbitrariedad estatal? ¿La motivación de, por ejemplo, un laudo arbitral cumple con una función endoprocesal dirigida a habilitar el control de la decisión por un tribunal de alzada? ¿Las decisiones arbitrales cumplen una función extraprocesal? ¿Un laudo arbitral sirve para educar —aspecto pedagógico de la función extraprocesal— a los ciudadanos respecto de la administración de justicia en nuestro marco jurídico?

A continuación, un análisis a detalle de la configuración o no de estas funciones para el caso de la motivación de decisiones arbitrales:

- (1) *Función general de proscripción de la arbitrariedad estatal.* Ésta, según vimos antes, es la razón por la que cualquier decisión o actuación del Estado debe estar motivada. La motivación previene que el poder estatal se emplee de manera arbitraria.

En el arbitraje, esta función es inaplicable. En primer lugar, los árbitros, a diferencia de los jueces, no son funcionarios públicos; sino más bien simples particulares que se desempeñan en una actividad privada. Entonces, no hay aquí actuación estatal alguna que amerite una motivación de decisiones en la búsqueda de prevenir la arbitrariedad del Estado.

- (2) *Función endoprocesal.* Ésta, según señalamos en el capítulo II, versa sobre los objetivos que cumple la motivación dentro del proceso judicial. En específico, la función endoprocesal existe en dos dimensiones: (i) una, dirigida a las partes, consistente en que éstas puedan saber las razones por las que se decidió en tal o cual sentido; y (ii) otra, dirigida a los tribunales de alzada,

consistente en el control institucional al interior del sistema de justicia, siendo que de aquí se derivan el derecho a la impugnación y el derecho a la pluralidad de instancias.

En el arbitraje, se puede decir que la función endoprocesal en su dimensión enlazada a (i) las partes existe dado que a través de la motivación de las decisiones arbitrales las partes pueden conocer las razones que derivaron en la decisión. En realidad, la motivación, sea en el ámbito que sea, siempre va a lograr esta función informativa; la que incluso ya existe en el arbitraje aun sin la imposición de la debida motivación al mismo.

No sucede lo mismo con la dimensión enlazada a (ii) los tribunales de alzada. En el arbitraje no hay pluralidad de instancias, y por tanto tampoco existe tribunal de alzada alguno encargado de pronunciarse sobre la controversia o revisar el fondo de la decisión. La función endoprocesal en el arbitraje, entonces, se limita al control privado que las partes pueden ejercer sobre la decisión. Esto es, conocerla, entenderla y saber por qué perdieron o ganaron el litigio. No hay, pues, en la motivación arbitral, función endoprocesal respecto a órgano alguno de impugnación.

- (3) *Función extraprocesal.* Ésta, según señalamos en el capítulo II, entiende que la motivación tiene un rol que cumplir fuera del proceso. La función extraprocesal de la debida motivación pasa por el rol que tiene la sentencia frente a la sociedad. Rol que involucra la publicidad de las decisiones, y que permite (i) la validación de la investidura del juez designado; (ii) la validación de las fuentes normativas empleadas; esto es, su legitimación ante la sociedad; y (iii) la educación de los ciudadanos respecto a cómo se aplican las normas sustantivas, así como la manera en que funciona el sistema de justicia.

Esta función, empero, es de plano inexistente en el arbitraje entre particulares. Una de las notas características del arbitraje radica en su confidencialidad.²⁵⁹ Es decir, las materias que se discuten en el proceso quedarán reservadas únicamente para las partes involucradas. El laudo arbitral y demás resoluciones son conocidas sólo por las partes, no siendo accesibles a la ciudadanía en general. No hay, pues, función extraprocesal en el arbitraje privado.

La confidencialidad en el arbitraje impide, entonces, en específico, que las decisiones arbitrales puedan validar la investidura del juez designado. Claro que, en primer lugar, en el arbitraje no hay jueces designados, sino árbitros elegidos por las partes.²⁶⁰

Tampoco permite la confidencialidad la validación del sistema normativo. No es posible validar norma alguna si no se puede acceder a la fuente que produce tal eventual validación. En esa línea, se descarta también que la ciudadanía pueda educarse a través de los laudos. Si los laudos son privados, las personas ajenas al arbitraje no pueden acceder a la información que éstos contienen.

Para finalizar: se ha señalado ya que la publicación y accesibilidad a la motivación de laudos permitiría, a nivel internacional, que el arbitraje construya un esquema de predictibilidad en

²⁵⁹ REDFERN, Alan, Martín HUNTER, Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Ob. cit., pp. 91-100; PICAND ALBÓNICO, Eduardo. *Arbitraje comercial internacional*. Primera edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 211; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007, 1.^a ed., p. 11; DE TRAZEGNIES, Fernando. «La publicidad en el Arbitraje». En *Ius et Veritas*. Lima, 2007, n.º 35, pp. 62-69; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de derecho arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 84.

²⁶⁰ Esto se verá con más detalle al final del presente capítulo.

función a las normas y principios que aplica.²⁶¹ A nivel teórico, esto puede ser cierto y —quizá— beneficioso, pero hoy en día no es plenamente viable para el arbitraje comercial entre particulares. La razón ya la señalamos: el principio de confidencialidad.

Así, es indiscutible que las funciones que dan forma a la debida motivación judicial no se encuentran en el arbitraje con la misma intensidad que en el proceso judicial. Y no sólo ello, extender dichas funciones al arbitraje es virtualmente imposible. Veámoslo de manera sintetizada:

- ¿Puede extenderse la función general de proscripción de la arbitrariedad estatal? No, porque el árbitro actúa como un ciudadano particular cualquiera, y no como un funcionario público.
- ¿Puede extenderse toda la función endoprocesal? No, porque para hacerlo se requeriría que el laudo arbitral pueda siempre ser apelable.
- ¿Puede extenderse la función extraprocesal? No, porque el arbitraje en realidad es un mecanismo confidencial. Así, lo que se desarrolla dentro del mismo no es conocible por terceros ajenos a la controversia.

En síntesis, la imposición de la debida motivación judicial no tiene ningún efecto en las funciones que cumple la motivación dentro del arbitraje.

²⁶¹ CARBONNEAU, Thomas E. «Rendering Arbitral Awards with Reasons: The Elaboration of Common Law of International Transactions». En *Columbia Journal of Transnational Law*. New York, 1985, n.º 23, pp. 579-614.

5. DERECHO A LA MOTIVACIÓN EN EL ARBITRAJE ≠ DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACIÓN JUDICIAL

5.1. *Diferencia por la naturaleza, contenido y funciones de la motivación*

En los puntos anteriores, desarrollamos la naturaleza, contenido y funciones de la motivación dentro del arbitraje. Asimismo, durante ese desarrollo, cotejamos el impacto que genera la imposición de la debida motivación judicial en el plano arbitral. Sobre ello, el lector habrá notado que estamos frente a conceptos distintos.

En específico, consideramos pertinente resaltar lo siguiente:

Derecho a la motivación en el arbitraje ≠ Derecho a la debida motivación judicial

Lo señalado puede sustentarse remitiéndose a lo desarrollado en los puntos anteriores. No obstante, podemos recapitular lo principal aquí:

- La *naturaleza* del derecho a la debida motivación judicial es distinta a la del derecho a la motivación de decisiones arbitrales. La primera es un derecho fundamental/constitucional, mientras que la segunda es un derecho convencional, generado por las partes dentro de una relación contractual específica.

En esa línea, el derecho a una debida motivación de resoluciones judiciales es uno de naturaleza no disponible. En un proceso judicial, éstas no pueden decidir si quieren que la sentencia se encuentre motivada o no. Según vimos, la motivación cumple funciones no sólo endoprocesales, sino también extraprocesales, por lo que está fuera del alcance de las partes poder exonerar al juzgador del deber de motivar.

En el arbitraje, la situación es totalmente distinta. Aquí, el derecho a la motivación es, por regla general, de naturaleza convencional, y, por lo tanto, disponible. Este carácter de disponibilidad, si bien se desprende de la naturaleza del derecho de motivación como un derecho crediticio, se reconfirma con la flexibilidad que tienen las partes para configurar las actuaciones y procedimientos arbitrales, flexibilidad que se evaluará *in extenso* más adelante.

- El *contenido* de la motivación en el arbitraje es, en teoría, distinto al concepto de la debida motivación judicial. No obstante, es justamente la imposición artificial de la debida motivación al arbitraje lo que ha generado una suerte de asimilación en el contenido de ambos conceptos.

Sobre ello, aquí sí puede decirse que el derecho a la motivación en el arbitraje tiene una similitud con el derecho a la motivación de las decisiones judiciales.

- Las *funciones* del derecho a la motivación arbitral son distintas a las funciones del derecho a la debida motivación. Según señalamos, en el arbitraje no hay espacio para (i) una función general de proscripción de la arbitrariedad estatal; para (ii) una función endoprocesal dirigida a tribunales de alzada, puesto que no existen tribunales arbitrales de alzada (salvo que las partes lo pactasen así); o para (iii) una función extraprocesal dirigida a la ciudadanía en general (el arbitraje es un procedimiento confidencial).

En específico, incluso se ha señalado en doctrina que la ausencia de la función endoprocesal respecto a tribunales de alzada deriva en que la motivación en el arbitraje no pueda ser equivalente a la debida motivación judicial. Así: «el laudo no es apelable, y en ese sentido el deber de motivación no puede ser exigido con tanta severidad como las resoluciones judiciales, fundamentalmente por-

que no hay doble instancia sobre el fondo». ²⁶² En igual sentido: «[e]l derecho de motivación se justifica, además, en tanto permite un ejercicio adecuado del derecho de defensa e impugnación. Es cierto que esta justificación no resultaría aplicable a los laudos, pues por lo general estos no son impugnables para ser revisados en cuanto al fondo del asunto». ²⁶³

En síntesis:

Derecho a la motivación de decisiones arbitrales	Derecho a la debida motivación judicial
<p>(1) Naturaleza: derecho crediticio.</p> <p>(2) Fuente: relación de crédito.</p> <p>(3) Funciones:</p> <p>(3.1) Informar a las partes de las razones del resultado del arbitraje</p> <p>(3.2) Garantizar la «calidad» del juicio de los árbitros</p> <p>(4) Concepto variable. Su variabilidad se deriva del hecho de ser un derecho dentro de una relación de crédito.</p>	<p>(1) Naturaleza: derecho fundamental.</p> <p>(2) Fuente: la Constitución.</p> <p>(3) Funciones:</p> <p>(3.1) Proscribir arbitrariedad estatal</p> <p>(3.2) Función endoprocesal</p> <p>(3.3) Función extraprocesal</p> <p>(4) Concepto inamovible. No es variable, ni configurable por las partes.</p>
<p>Derecho a la motivación arbitral ≠ Derecho a la debida motivación judicial</p>	

²⁶² LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «Interferencia judicial en los arbitrajes». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2005, n.º 1, p. 273.

²⁶³ PALACIOS PAREJA, Enrique. «La motivación de los laudos y el recurso de anulación». *Ob. cit.*, p. 333.

5.2. *Un último aspecto a considerar: juez natural vs. árbitro designado*

Una de las notas características del arbitraje se encuentra en la designación de los juzgadores. Mientras que en las controversias sometidas a los tribunales ordinarios las partes no tienen injerencia alguna en cuanto a la designación del juzgador, en los arbitrajes la situación es totalmente distinta. Así, «[p]or definición, uno no elige al juez que tiene que resolver un asunto en el que sea parte afectada. No puede hacerlo [...]. Sin embargo, en el caso de arbitraje, sí cabe elegir a los árbitros, o participar de esa elección».²⁶⁴ Las partes cuentan con la potestad de designar a los árbitros que tendrán el encargo de resolver la controversia.

¿Influye esta potestad de designación en la validez de la motivación del laudo? La respuesta es, para nosotros, clarísima: por supuesto que sí. Y es que «[e]n todo tipo de arbitraje institucional o *ad-hoc* son esenciales la disponibilidad, deontología y calificación del árbitro único o de los miembros del tribunal arbitral para que las ventajas del procedimiento arbitral tengan efecto y la *litis* se resuelva con un **laudo convincente y justo**».²⁶⁵ (El énfasis es nuestro). El compromiso, la capacidad, la preocupación por los intereses de las partes, la atención a las consecuencias y una condición de valeroso y justo son aspectos que conforman el arquetipo de un árbitro ideal.²⁶⁶ La ausencia de alguno de dichos aspectos puede afectar, sin lugar a dudas, la justicia y validez de la decisión.

¿Consideraría usted a un abogado especialista en sucesiones y familia como la mejor opción para el rol de árbitro en una controversia de seguros? Nosotros no. Empero, si usted logra la designación de tal abogado

²⁶⁴ AGUILAR, Julián. «Arbitraje vs. Tribunales de Justicia: pros y contras». En *Revista San Telmo*. Sevilla, n.º 30, 2008, p. 32.

²⁶⁵ SCHÄFER, Erik. «Elección y nombramiento de los árbitros. Desde el punto de vista de las partes». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2008, n.º 6, p. 89.

²⁶⁶ PAULSSON, Jan. *The Idea of Arbitration*. *Ob. cit.*, pp. 8-9. Traducción del inglés de las siguientes características: *Commitment*, *Capability*, *Concern*, *Attentiveness to consequences* y *Condignity*.

como árbitro (único), y éste termina expidiendo una decisión que considera superficial e ineficiente (ej., el árbitro no ha comprendido la total extensión y complejidad del problema), es claro que usted (y la otra parte) tienen alguna «culpa» por el referido resultado.

Existe cierta responsabilidad en las partes en cuanto a la designación del árbitro. Tengamos en cuenta que (i) las partes designan a los árbitros; y (ii) el laudo arbitral es inapelable. Las partes, entonces, son conscientes que frente a la decisión sobre fondo de los árbitros que ellas mismas han designado, nada se podrá hacer.

Esta libertad de elección, cabe precisar, no es totalmente irrestricta. Si bien la LA se limita a establecer que, por defecto y salvo pacto en contrario, el árbitro deba ser abogado para los arbitrajes nacionales de derecho,²⁶⁷ para los arbitrajes cuyas controversias se rigen bajo la Ley de Contrataciones del Estado se establecen una serie de especiales requisitos para ser árbitros, vinculados al conocimiento especial que deben tener sobre la materia controvertida.²⁶⁸ Esto último será de especial

²⁶⁷ «Artículo 22.- Nombramiento de los árbitros.

1. En el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, se requiere ser abogado, salvo acuerdo en contrario. En el arbitraje internacional, en ningún caso se requiere ser abogado para ejercer el cargo».

²⁶⁸ «Artículo 45.- Medios de solución de controversias de la ejecución contractual [...]»

45.6 El arbitraje es de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral integrado por tres miembros.

El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado. Los demás integrantes del tribunal arbitral pueden ser expertos o profesionales en otras materias, debiendo necesariamente tener conocimiento en contrataciones con el Estado.

Asimismo, para desempeñarse como árbitro, se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a los requisitos y condiciones establecidos en la directiva que apruebe dicha Entidad para tal efecto. El registro es de aprobación automática, sujeto a fiscalización posterior».

importancia al momento de explicar el alcance de la motivación en arbitrajes con componente público.

En síntesis, la distinción entre juez natural y árbitro designando también deriva en que derecho a la debida motivación judicial \neq derecho a la motivación arbitral. La designación del árbitro o los árbitros por las partes implica necesariamente que éstas tienen cierto grado de responsabilidad en cuanto a la justicia, validez y suficiencia de la decisión que ponga fin a la controversia.

En síntesis, el derecho a la motivación en el arbitraje no es equiparable al derecho a la debida motivación judicial. Esto se desprende, principalmente, del análisis de su naturaleza, contenido y funciones. También puede, de manera accesoria, tomarse en cuenta la distinción entre el juez natural y el árbitro designado como otro aspecto que deriva en la diferenciación del derecho a la motivación en sede arbitral respecto al mismo derecho en sede judicial.

6. SÍNTESIS

- 1) Respecto a su *naturaleza*, la motivación en el arbitraje se configura como una prestación parte de la obligación de objeto plural de los árbitros. Sucede que el vínculo entre las partes y los árbitros es uno de naturaleza contractual, que constituye fuentes de obligaciones. Así, en el marco de dicha relación, puede pactarse la prestación específica para los árbitros de motivar sus decisiones, la que tendrá como contracara al derecho a decisiones motivadas a favor de las partes.
- 2) En tanto prestación ubicada dentro de una relación de crédito, la motivación pasaría a regularse bajo las disposiciones del Código Civil sobre obligaciones. Sin embargo, tal normativa es de aplicación supletoria y se subordina a las normas especiales del tema en

específico. Por lo tanto, para la motivación de decisiones *arbitrales*, corresponde primero la aplicación de las normas que regulan al arbitraje; y luego, de forma residual, puede aplicarse el Código Civil.

Por el contrario, no corresponde la aplicación directa o supletoria del Código Procesal Civil al arbitraje. La LA ha tenido cuidado en establecer una serie de normas que pueden resultar aplicables a dicha institución, y el Código Procesal Civil no se encuentra entre ellas.

- 3) Bajo el derecho de obligaciones, la prestación de motivar puede clasificarse de diferentes maneras. Veamos:
 - Por su independencia, la prestación de motivar es una prestación accesoria. Esto, toda vez que sigue la suerte de una prestación principal consistente en decidir cómo se resuelve el caso (motivar es exponer las razones de la decisión).
 - Por su fuente, la prestación de motivar puede ser convencional pura (dentro de la relación de crédito se pacta la obligación de motivar para los árbitros) o de fuente legal (dentro de la relación de crédito la ley impone la obligación de motivar para los árbitros).
 - Por la condición del sujeto deudor, la prestación de motivar pertenece a una obligación personalísima (*intuitu personae*). En efecto, la obligación de arbitrar una controversia es una obligación que sólo puede ser realizada personalmente por aquellos sujetos que recibieron el encargo de ser árbitros.
 - Por la naturaleza de la prestación, la prestación de motivar consiste en un hacer.

- 4) La regla general es que la prestación de motivar en el arbitraje se configure por fuente convencional, constituyendo los supuestos de fuente legal de motivar una excepción. Esto se sustenta en que (i) no pueden presumirse obligaciones legales; (ii) la LA plantea la obligación legal de motivar sólo en dos supuestos concretos, por lo que se puede inferir que en los restantes casos no hay obligación legal; y (iii) la LA consigna, para la decisión más importante en el arbitraje (el laudo), sólo una regla supletoria de obligatoriedad de motivación, por lo que es inviable considerar que hay una obligación legal para otras decisiones menos trascendentales.

En específico, los supuestos de obligación legal de motivar son los siguientes:

Decisiones de prescindir de prueba admitida, decisiones de reconsideración y laudos arbitrales sometidos al régimen de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

Ahora bien, más allá de que por regla general no haya obligación de motivar. Si ciertas decisiones importantes en el arbitraje, tales como cuestiones sobre la competencia del tribunal arbitral (alcance del convenio, arbitrabilidad, etc.), incorporación de partes no signatarias o recusaciones/remociones de árbitros, son expedidas sin motivación, ello podría generar problemas para el propio arbitraje (cuestionamientos posteriores). No hay una obligación legal de motivar estas decisiones, pero hay una necesidad imperativa de hacerlo.

- 5) La expuesta naturaleza de la motivación arbitral, entendida como prestación dentro de una relación crediticia, no se ve afectada por la imposición de las garantías jurisdiccionales al arbitraje. Ésta se mantiene como objeto de un derecho/obligación en el marco de una relación crediticia.

Ello se evidencia, principalmente, en el reconocimiento que hace la LA de la potestad de las partes para pactar que el laudo no sea motivado. Ello es incompatible con la naturaleza del derecho a la debida motivación judicial, derecho fundamental e indisponible.

- 6) Sobre el *contenido* de la motivación, tenemos primero al contenido mínimo de toda decisión motivada, sea que ésta se haya motivado por obligación o no. Este contenido mínimo consiste en la exposición de razones objetivas, y ello se deriva del deber de imparcialidad que recae sobre los árbitros. Así, los árbitros deben resolver de manera objetiva, por lo que la exposición de su decisión debe consistir en razones objetivas.
- 7) Cuando los árbitros tienen la obligación de motivar, el contenido de la motivación es un poco más complejo. El contenido que se presenta, por cierto, es (i) predeterminado, cuando la obligación de motivar es de fuente convencional; y (ii) un piso intangible, cuando la obligación de motivar es de fuente legal.
- 8) Primero, para todas las decisiones arbitrales, el contenido común de la motivación consiste en la exposición de hechos (premisas fácticas), derecho (premisas normativas) y el razonamiento efectuado sobre tales elementos (silogismo jurídico).
- 9) Para las decisiones sobre la resolución del fondo del asunto, la motivación se ve influenciada dados los criterios —establecidos por la LA— que pueden emplear sus árbitros para fundamentar su decisión; esto es, los criterios de los que pueden derivar sus premisas normativas. En específico, los árbitros deben fundar su decisión en (i) normas imperativas; (ii) disposiciones del contrato; (iii) normas dispositivas (y criterios de justicia, si el arbitraje es de conciencia); o inclusive de (iv) usos y prácticas; en ese orden.

- 10) El contenido de la motivación del laudo arbitral consiste en la exposición de hechos (premisas fácticas), derecho (premisas normativas) y el razonamiento efectuado sobre tales elementos (silogismo jurídico).

En específico, la motivación del laudo arbitral de derecho implica la exposición de una decisión sobre los hechos *fundada* en premisas normativas extraídas de (i) normas imperativas; (ii) disposiciones del contrato involucrado; (iii) normas dispositivas; o inclusive de (iv) usos y prácticas que los árbitros hayan considerado pertinentes.

En específico, la motivación del laudo arbitral de conciencia implica la exposición de una decisión sobre los hechos *fundada* en premisas normativas extraídas de (i) normas imperativas; (ii) disposiciones del contrato involucrado; (iii) normas dispositivas o criterios internos de justicia; o inclusive de (iv) usos y prácticas que los árbitros hayan considerado pertinentes.

En caso los árbitros empleen criterios internos de justicia para resolver el caso, la motivación deberá presentar (i) los criterios empleados; y (ii) el sustento que legitime a dichos criterios («metajustificación»).

- 11) Para las decisiones sobre temas distintos a la resolución del fondo del asunto, la motivación en sentido estricto equivale al mencionado contenido «común» de la motivación (cuando hay obligación de motivar). La única precisión aquí radicaría en que las decisiones sobre aspectos distintos al fondo del asunto no pueden emplear criterios internos de justicia para fijar sus premisas normativas (caso del laudo arbitral de conciencia), por lo que la motivación, respectivamente, tampoco puede exponer el uso de tales criterios.

Es pertinente resaltar que el empleo de un silogismo jurídico en las razones que conforman la motivación de la decisión arbitral es factible para todo tipo de decisiones. El silogismo jurídico no es más que un término técnico para el ejercicio del raciocinio (razonamiento), el que se emplea para llegar a cualquier clase de decisión.

- 12) Dentro de las decisiones ajenas al fondo del asunto, existen dos supuestos en los que se ha establecido la obligación legal de motivar. El primero, cuando el tribunal arbitral reconsidera una decisión anterior (es decir, la revoca); y el segundo, cuando decide prescindir de la actuación de prueba ofrecida y admitida.

En cuanto a la primera, la reconsideración puede darse ante dos supuestos distintos: (i) detección de error material, por lo que la decisión será distinta una vez corregido el error; o (ii) modificación material sobreviniente de la situación de hecho (premisas fácticas), por lo que la decisión será distinta al tener en cuenta la nueva situación de hecho.

En ambos casos, el contenido de la motivación se dirige a exponer las razones por las que la decisión anterior debe ser revocada; y presentar las razones por las que se toma una nueva decisión en sentido distinto (ambos puntos pueden darse en simultáneo dentro del mismo discurso). En adición a ello, en este supuesto la LA hace mención a que la decisión debe estar «debidamente» motivada, por lo que debe cumplirse necesariamente con el contenido de la debida motivación judicial; en específico, la motivación debe contener la justificación interna y la justificación externa de la decisión.

Respecto a la segunda, el contenido de la motivación pasa por exponer las razones que derivan en que la prueba admitida no será actuada; y los criterios empleados para tal decisión (eficiencia, celeridad, etc.).

- 13) El contenido presentado de la motivación sufre una alteración debido a la imposición artificial de las garantías jurisdiccionales al arbitraje. En específico, la imposición de la debida motivación al arbitraje deriva en que el contenido de la motivación arbitral, cuando haya obligación de motivar, varíe.

En otras palabras, en aquellos casos en que los árbitros estén obligados a motivar, el contenido de la motivación variará debido a la imposición de la debida motivación en el arbitraje.

Salvo el supuesto del artículo 49 de la LA (reconsideración), la motivación arbitral no involucraba obligación alguna —sobre los árbitros— de realizar la justificación externa de las premisas que se emplean en la motivación de la decisión. No obstante, la imposición de la debida motivación al arbitraje modifica tal esquema. Así, fruto de dicha imposición artificial, la motivación arbitral se conforma por la justificación interna (rectitud del razonamiento lógico) y por la justificación externa (validez de las premisas empleadas).

- 14) En cuanto a sus *funciones*, la motivación, entendida como prestación dentro de una relación obligatoria, tiene como función la satisfacción del interés de los acreedores (las partes).
- 15) No obstante, más allá del derecho de obligaciones, la motivación siempre cumplirá funciones específicas, sea que haya habido o no obligación de motivar sobre los árbitros. A nuestro criterio, son tres las funciones relevantes:

Funciones para las partes

- *Función informativa.* La motivación sirve para que las partes puedan conocer las razones por las que los árbitros tomaron su decisión. Satisface así, la curiosidad básica, de saber *por qué* se decidió en tal o cual sentido.

- *Función legitimadora.* La motivación sirve para garantizar la calidad de actuación de los árbitros. Las decisiones motivadas dan seguridad a las partes respecto de la imparcialidad, objetividad, responsabilidad y preparación de los árbitros.

Función para los árbitros

- Función de validación en el mercado: la motivación constituye una oportunidad para que los árbitros puedan reafirmar una vez más su competencia, conocimiento y capacidad respecto de la controversia en específico y del arbitraje en general. Reafirma, así, el *status* que tienen los árbitros en el mercado arbitral.
- 16) La imposición de la debida motivación al arbitraje no tiene ningún efecto en las funciones de la motivación de las decisiones arbitrales. Esto se debe a que las funciones de la debida motivación judicial no son aplicables al arbitraje. Así:
- La función general de proscripción de arbitrariedad estatal no puede aplicarse dado que los árbitros actúan como agentes privados. El árbitro no es un cargo público.
 - La función endoprosesal tampoco puede aplicarse en toda su extensión, toda vez que aquello involucraría la existencia de tribunales de alzada. En el arbitraje no hay tribunales de alzada, y sobre esto no hay nada más que decir.
 - La función extraprosesal tampoco puede aplicarse, puesto que la misma involucra que las decisiones sean accesibles por la ciudadanía en general. Ello contrasta con la naturaleza confidencial del arbitraje.

- 17) Sobre lo señalado, podemos afirmar lo siguiente:
 Derecho a la motivación en el arbitraje \neq Derecho a la debida motivación judicial

Derecho a la motivación de decisiones arbitrales	Derecho a la debida motivación judicial
<p>(1) Naturaleza: derecho crediticio.</p> <p>(2) Fuente: relación de crédito.</p> <p>(3) Funciones:</p> <p>(3.1) Informar a las partes de las razones del resultado del arbitraje</p> <p>(3.2) Garantizar la «calidad» del juicio de los árbitros</p> <p>(4) Concepto variable. Su variabilidad se deriva del hecho de ser un derecho dentro de una relación de crédito.</p>	<p>(1) Naturaleza: derecho fundamental.</p> <p>(2) Fuente: la Constitución.</p> <p>(3) Funciones:</p> <p>(3.1) Proscribir arbitrariedad estatal</p> <p>(3.2) Función endoprosesal</p> <p>(3.3) Función extraprosesal</p> <p>(4) Concepto inamovible. No es variable, ni configurable por las partes.</p>
<p>Derecho a la motivación arbitral \neq Derecho a la debida motivación judicial</p>	

CAPÍTULO IV

EL CONTROL ESTATAL DE LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES ARBITRALES. GENERALIDADES

1. INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior, se hizo un desarrollo de lo que es la motivación de las decisiones arbitrales. Dicho análisis se enfocó en la naturaleza, contenido y funciones del derecho a la motivación de las decisiones arbitrales, sin hacer referencia a la tutela y control que el Estado hace de tal derecho.

Llegamos pues aquí al que puede considerarse el tema más importante respecto a la motivación de las decisiones arbitrales: el control estatal sobre la motivación y las consecuencias del mismo. Hoy en día, a nivel doméstico, la motivación dentro del arbitraje se estudia, principalmente, a la luz de su repercusión sobre la validez del laudo y del arbitraje que derivó en aquél. Los avances, tanto en doctrina como en jurisprudencia, van en ese sentido.

¿A qué nos referimos con «control estatal» de la motivación? Nos referimos a los supuestos en los que órganos estatales ejercen cierta tarea de «supervisión» sobre la motivación contenida en las decisiones arbitrales. En específico, por «control estatal» podemos entender a dos esquemas diferentes:

- *La tutela judicial efectiva.* Es decir, la posibilidad de reclamar ante los tribunales judiciales la defensa y protección de un derecho a la debida²⁶⁹ motivación de las decisiones arbitrales.
- *El control administrativo-registral sobre la motivación del laudo.* Éste se produce cuando se busca la inscripción de un laudo con efectos para partes no signatarias en los Registros Públicos.

Pues bien, a efectos de orden y claridad en la exposición, el estudio del control estatal de la motivación de las decisiones arbitrales se hará aquí recorriendo el siguiente *iter*:

Tutela judicial del derecho a la debida motivación de las decisiones arbitrales

- (1) La tutela judicial del derecho a la debida motivación del laudo a través de la acción de anulación del laudo.
 - (1.1) Delimitación del análisis. Definición del laudo como resolución arbitral que contiene decisiones sobre la resolución del fondo de la controversia.
 - (1.2) El descarte de (i) la vía judicial ordinaria de incumplimiento de obligaciones; y (ii) la vía extraordinaria del proceso constitucional de amparo, como medios para tutelar el derecho a la debida motivación del laudo.
 - (1.3) El Estado del Arte. En específico: cómo abordan los tribunales hoy en día la cuestión de la anulación de laudos por afectación al derecho a la debida motivación del laudo.

²⁶⁹ Según vimos en el capítulo anterior, la imposición del debido proceso sobre el arbitraje ha derivado en que, en nuestro ordenamiento jurídico, se hable de un «derecho a la debida motivación del laudo».

- (1.4) Exposición de las anomalías que generan la anulación del laudo por afectación al derecho a la motivación.
 - (1.5) Alcance y consecuencias procedimentales de la anulación del laudo por afectación al derecho a la debida motivación del laudo. En específico: (i) el alcance de la anulación sobre el laudo (laudo anulado totalmente o parcialmente); y (ii) la reanudación de las actuaciones arbitrales luego de la anulación del laudo por defectos en su motivación.
 - (1.6) Evaluación de las consecuencias luego de anular un laudo por su motivación. Clasificación de los defectos de la motivación según su incidencia en la parte resolutive del nuevo laudo a emitirse.
 - (1.7) Legitimidad de la anulación de laudo por afectación al derecho a la motivación. La afectación del principio de competencia exclusiva arbitral para resolver el fondo.
 - (1.8) Información empírica sobre la anulación de laudos por afectación al derecho a la debida motivación.
- (2) La tutela judicial del derecho a la debida motivación de resoluciones distintas al laudo.
 - (2.1) Los casos de las decisiones sobre la competencia del tribunal arbitral y sobre la incorporación de partes no signatarias al arbitraje. Análisis de cómo en estos supuestos la tutela judicial del derecho a la motivación es innecesaria.
 - (2.2) Regla general: Ausencia de tutela judicial del derecho a la motivación para las decisiones sobre temas distintos a la resolución del fondo.

- (2.3) La tutela judicial del derecho a la motivación en el caso de decisiones en las que hay obligación legal de motivar: (i) decisiones de reconsideración; y (ii) decisiones de prescindir de la actuación de prueba admitida.
- (2.4) La tutela judicial del derecho a la motivación en el caso de decisiones en las que hay obligación convencional de motivar.

El control administrativo-registral de la motivación de laudos que afectan a partes no signatarias cuando buscan ser inscritos en los Registros Públicos.

- (3) El control administrativo-registral de la motivación de laudos: el caso excepcional del artículo 56.3 de la LA

A continuación, un desarrollo de los mencionados aspectos.

2. LA TUTELA JUDICIAL DEL DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACIÓN DEL LAUDO

2.1. *Presupuestos necesarios*

2.1.1. *Antesala I: Laudo = decisiones sobre la resolución del fondo del asunto*

En 2.6.1. del Capítulo I, analizamos a las decisiones sobre la resolución del fondo del asunto. Así, expusimos que éstas se encuentran en laudos o resoluciones cautelares. El laudo, en esa línea, constituye una resolución arbitral caracterizada por contener decisiones arbitrales sobre la resolución del fondo.²⁷⁰

²⁷⁰ Para mayor facilidad en el discurso, estamos dejando de lado aquí a los denominados «jurisdictional awards».

No obstante, sucede que el laudo no necesariamente contiene sólo decisiones arbitrales sobre la resolución del fondo. Así, es posible que el laudo también contenga decisiones arbitrales sobre objeciones relativas a la propia competencia del tribunal arbitral. Recapitulando, un laudo puede contener (i) decisiones sobre la resolución del fondo; y/o (ii) decisiones sobre la competencia del tribunal arbitral. Esto, por cierto, está reconocido en el artículo 41.4²⁷¹ de la LA.

En tal sentido, para este apartado, cuando hablamos aquí de la tutela judicial del derecho a la motivación del laudo, nos estamos refiriendo únicamente a las decisiones que resuelven el fondo de la controversia. Otras clases de decisiones serán evaluadas por separado.

2.1.2. Antesala II: La imposibilidad de recurrir a la tutela judicial ordinaria de incumplimiento de obligaciones, o a la tutela constitucional extraordinaria

2.1.2.1. Imposibilidad de acudir a la tutela ordinaria de incumplimiento de obligaciones

Según expusimos, la motivación se puede configurar, en el arbitraje, como un derecho para las partes y una obligación para los árbitros en el marco de una relación crediticia. A mayor precisión, la motivación constituye una prestación objeto de un derecho pasible de ser reclamado por las partes (acreedoras), y como una obligación a cargo de los árbitros (deudores). Pues bien, como para cualquier otra obligación, aplicando la normativa civil sobre ejecución e inexecución de obligacio-

²⁷¹ Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

«[...]

4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión, relativas al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo».

nes, ello implicaría en teoría que las partes tienen derecho a reclamar ante el incumplimiento de la obligación, o ante su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

¿Se puede interponer entonces ante los tribunales una demanda de cumplimiento de obligación de hacer contra los árbitros por algún supuesto incumplimiento en cuanto a su obligación de motivar determinada decisión? La respuesta es negativa. No es posible plantear demandas de «cumplimiento de obligaciones de hacer» por el hecho de que, bajo el criterio del reclamante, no se haya cumplido con la obligación de motivar el laudo.

Esto se debe a la primacía de las normas especiales sobre las normas generales. Y es que, «de dos normas incompatibles, la una general y la otra especial (o excepcional), prevalece la segunda: *lex specialis derogat generali*». ²⁷² En el caso del arbitraje sucede que el régimen específico construido para tal institución descarta la posibilidad de aplicar las disposiciones del Código Civil relativas a la inejecución de obligaciones por un supuesto o real incumplimiento de la obligación de motivar. ²⁷³

En efecto, la primacía de la LA sobre el Código Civil deriva en que las normas de la segunda estén supeditadas y subordinadas a las disposiciones de la primera. En esa línea, nuestra LA ha establecido que el cuestionamiento a éste sólo puede darse a través de la acción de

²⁷² BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Ob. cit., p. 195.

²⁷³ Sin perjuicio de ello, cabe anotar que la aplicación de las disposiciones generales de inejecución del Código Civil no debería descartarse de plano para otras obligaciones. Así, no es inviable que, por ejemplo, se designe y pague a un árbitro y que luego éste —habiendo aceptado su cargo— «desaparezca», derivando en que, por iniciativa propia de los restantes miembros del tribunal arbitral o por las partes, sea removido de su cargo. En un supuesto así, sería perfectamente posible que las partes demanden ante los tribunales ordinarios al árbitro por el incumplimiento de su obligación de llevar a cabo sus funciones como árbitro, reclamando el monto pagado por sus servicios y la indemnización correspondiente en caso de haberse generado daños.

anulación de laudo. Por lo tanto, queda descartada la posibilidad de discutir sobre la motivación de un laudo en una acción judicial dirigida al cumplimiento de obligaciones.

2.1.2.2. Imposibilidad de acudir a la tutela constitucional extraordinaria

El lector, en este punto, podría considerar que en efecto parece difícil plantear que la motivación del laudo pueda ser discutida en demandas de «obligación de hacer» o de «indemnización por incumplimiento». No obstante, podría alegarse que la situación es diferente respecto a la tutela constitucional.

En efecto, si uno puede plantear un amparo contra resoluciones judiciales alegando una afectación al derecho a la debida motivación, ¿por qué no podría plantearse un amparo contra laudos alegando tal afectación? A fin de cuentas, dado que el arbitraje hoy es jurisdicción, los laudos son decisiones equiparables a las sentencias.

Más allá de nuestra posición personal, lo cierto aquí es que el Tribunal Constitucional ha establecido que el amparo contra arbitrajes sólo procede en tres supuestos. Esto ya se expuso en el capítulo 1, y vimos ahí que en la sentencia sobre el conocido caso María Julia (expediente n.º 00142-2011-PA/TC), se determinó que el amparo contra arbitrajes sólo procedía cuando se (i) afectaron, en el arbitraje, de manera directa precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional; (ii) realizó, en el arbitraje, control difuso de normas que fueron declaradas constitucionales; y (iii) reclama, por parte de un tercero ajeno al arbitraje, la afectación de derechos constitucionales.

Una lectura rápida de los mencionados supuestos permite concluir fácilmente que un amparo planteado contra el arbitraje alegando afectación al derecho a la debida motivación será declarado improcedente. Más aún, el propio precedente María Julia señaló que la anulación del laudo —y la apelación— constituyen «vías procedimentales específicas,

igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, que determinan la improcedencia del amparo [...].²⁷⁴

Todo lo señalado, entonces, nos lleva a la acción de anulación del laudo. Veremos ello a continuación.

2.2. La anulación del laudo como vía para tutelar el derecho a la «debida» motivación del laudo. Estado del arte

Para nadie es un secreto que, hoy en día, en el Perú los tribunales nacionales consideran anulable un laudo cuya motivación afecte el derecho a la (debida) motivación que tienen las partes. Sobre ello, en el presente numeral expondremos una suerte de «estado de la cuestión» respecto del tema.

En específico, aquí son tres los aspectos que merecen ser presentados: (i) el trayecto histórico de la anulación de laudos por afectación del derecho a la debida motivación; (ii) las causales de la LA en las que encuadra este caso; y (iii) el fundamento actual que emplean los tribunales para sustentar su intervención en la resolución del fondo.

2.2.1. Trayecto histórico de la respuesta judicial sobre el tema

La reflexión sobre un problema de derecho en específico, así como las respuestas al mismo en el plano académico no inciden, cuando menos no directamente, en la solución que se le dará al mismo. Al final, la respuesta recae, por lo menos primero,²⁷⁵ en manos de los jueces.

Antes que nosotros, la judicatura se enfrentó al problema de si un laudo podía/debía ser anulado por afectación al derecho a la motiva-

²⁷⁴ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 00142-2011-PA/TC, fundamento 20.

²⁷⁵ Según la naturaleza y magnitud del problema, el mismo puede terminar siendo tratado por la función legislativa.

ción. La respuesta judicial puede clasificarse en tres períodos temporales distintos. Observemos:

2.2.1.1. Período inicial (2001-2006). Inclinación a favor del no control de la motivación

Un primer período va, referencialmente, desde el 2001²⁷⁶ hasta el 2006. Durante este período, la judicatura carecía de una respuesta o línea unánime respecto al tema. No obstante, los pronunciamientos se inclinaban a favor de un control nulo o mínimo respecto de la motivación en sede arbitral.

Antes que nada, cabe precisar que, durante este período, se encontraba vigente la Ley n.º 26572, Ley General de Arbitraje (en adelante, LGA). Ésta señalaba, respecto al tema que nos interesa, lo siguiente:

Artículo 61.- Recurso de anulación.- Contra los laudos arbitrales dictados en una sola instancia o contra los laudos arbitrales de segunda instancia, procede sólo la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial por las causales taxativamente establecidas en el artículo 73. El recurso tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia, y se resuelve declarando su validez o su nulidad. Está prohibido, bajo responsabilidad, la revisión del fondo de la controversia.

El citado artículo 61 de la Ley n.º 26572 establece la prohibición para los jueces de ingresar al fondo de la controversia. Es decir, deja en claro que la acción de anulación del laudo no podía emplearse como un vehículo para afectar la competencia exclusiva de los árbitros sobre la resolución de la controversia.

²⁷⁶ No tenemos registro de pronunciamientos, sobre la anulación de laudos por afectación del derecho a la motivación, del año 2000 o anteriores.

Alva Navarro, al estudiar este período inicial, destaca a la Sentencia de la Cuarta Sala Civil sobre el expediente n.º 176-2001 y a la Casación n.º 4016-2006-Lima.²⁷⁷ La primera, porque planteaba que lo único que podían hacer los jueces era verificar que haya motivación, estando prohibido para ellos calificar la misma de insuficiente o deficiente.²⁷⁸ La segunda, porque rechazaba cualquier cuestionamiento a la motivación, toda vez que ésta no se encontraba reconocida expresamente como causal de anulación.²⁷⁹

En síntesis, durante este primer período la judicatura no manifestó de manera sólida y unánime que los laudos podían ser anulados por afectación al derecho a la debida motivación. En realidad, la respuesta

²⁷⁷ ALVA NAVARRO, Esteban. *La anulación del laudo*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra. *Biblioteca de Arbitraje*, vol. XIV, 2011, p. 163.

²⁷⁸ «Segundo: Que la pretensión de anulación basada en la causal antes indicada se circunscribe al cuestionamiento sobre la estructuración del razonamiento jurídico empleado por el árbitro en la construcción del laudo; que en este contexto, los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan el laudo arbitral son inatacables e irreversibles; no pudiendo ser objeto de análisis, bajo los argumentos alegados por el peticionante desde que incidir sobre la construcción legal del laudo para determinar si la motivación es la debida y si responde o tiene correspondencia con la prueba actuada, en la medida que el cuestionamiento en esencia compromete el razonamiento jurídico empleado por los árbitros, implica necesariamente analizar la justicia de la decisión, situación que la mencionada ley [general de arbitraje] no lo permite a través del recurso de anulación».

²⁷⁹ «[...] conforme se advierte del escrito de demanda de fojas quince, el Poder Judicial interpuso recurso de anulación del laudo arbitral emitido con fecha veintinueve de marzo de dos mil cinco, invocando como sustento de su pretensión, la causal prevista en el inciso tercero del artículo setenta y tres de la ley veintiséis mil quinientos setenta y dos, Ley General de Arbitraje, esto es, que la composición del tribunal arbitral no se ha ajustado al convenio establecido entre las partes, además de una causal no prevista en el artículo setenta y tres, como es que el laudo arbitral carece de los fundamentos de hecho y de derecho pertinentes y que ha omitido valorar determinadas pruebas [...] en virtud a lo expuesto [...] correspondía a la Sala Superior determinar si en efecto la composición del tribunal arbitral se ajustaba o no al convenio establecido entre las partes, y si resultaba procedente pronunciarse sobre una causal de anulación no prevista expresamente en la ley de la materia [...]».

judicial iba en la dirección contraria, dado que se abstenían de ingresar a evaluar la motivación de los laudos.

2.2.1.2. Segundo período (2007-2008). Autohabilitación de la judicatura para examinar el fondo del laudo

Un segundo período empieza a inicios del 2007, aproximadamente. A partir de este año, la judicatura asume la posición de que sí se podían anular laudos por afectación al derecho a la debida motivación, irrogándose la capacidad de decidir si la motivación podía considerarse «válida». Así, se presentaron «numerosos pronunciamientos que defienden la posibilidad de que el juez, al analizar el cumplimiento del deber de motivación, no sólo determine si existe algún tipo de motivación en el laudo, sino que además evalúe si ella reúne los requisitos necesarios para ser calificada como adecuada».²⁸⁰

A nuestro juicio, este período nace debido a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso Cantuarias (expediente n.º 6167-2005-PHC/TC). Como ya indicamos, esta sentencia señala que el arbitraje no estaba exento del cumplimiento de las garantías que conforman la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

¿En qué se sustentó la judicatura para validar su nueva potestad de calificar si la motivación de un laudo era «adecuada» o no? Dos fueron los principales argumentos:

- (i) Un concepto base del deber de motivar aplicable para cualquier ámbito, incluyendo al arbitral. La existencia de un cierto «debido proceso» aplicable al arbitraje —lo que es fundamentado en su naturaleza jurisdiccional—, que hacía que se estableciese una especial exigencia de motivación; es decir, una debida motivación. Veamos:

²⁸⁰ ALVA NAVARRO, Esteban. *La anulación del laudo*. *Ob. cit.*, p. 163.

Así, la motivación —según reconocida doctrina, en posición que compartimos—, supone que el Juzgador, sea a nivel administrativo, judicial o incluso en la justicia arbitral, muestre cuál es el camino recorrido, el método utilizado para arribar su decisión final.²⁸¹

A mayor abundamiento:

De igual manera, el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de nuestra Carta Magna establece que son «principios y derechos de la función jurisdiccional» la «observancia del debido proceso» y la «tutela jurisdiccional», la eficacia de dicha disposición constitucional alcanza no solamente a los procesos judiciales, sino que también se extiende a los procedimientos administrativos y procesos arbitrales. En esta línea, puede afirmarse que la defensa se enerva por ejemplo cuando —al resolver una causa sea arbitral o judicial— se emite pronunciamiento sin que se precise en mérito a qué prueba se ampara o no la pretensión contenida en cualquiera de los puntos controvertidos.²⁸²

- (ii) La judicatura expresaba que era consciente de la prohibición del artículo 61 de la hoy derogada LGA, mas no obstante consideraba que tal prohibición sólo le impedía valorar o interpretar los hechos y el derecho relativo al caso concreto. Por lo tanto, según la judicatura, el artículo 61 de la derogada LGA no impedía que ésta pudiese evaluar cuándo se estaba frente a una motivación «defectuosa», aunque no explicaba el porqué de tal afirmación. Así:

Cuarto.- [...] Estas opiniones doctrinales [en contra de la revisión del fondo del laudo y del cuestionamiento de la justicia o corrección de la decisión] encuentran pleno sustento si nos remitimos al artículo 61 de la Ley General de Arbitraje que en un extremo establece [...].

²⁸¹ Expediente n.º 2273-2007, Res. 16, 1.ª Sala Comercial, p. 5.

²⁸² Expediente n.º 690-2007, Res. 12, 1.ª Sala Comercial, p. 6.

Quinto.- Que, en tal sentido, **esta Sala Superior no puede revisar la subsunción de los hechos materia de la resolución arbitral**, así se considere equivocada la interpretación jurídica de los hechos que ha realizado el Tribunal Arbitral, no pudiendo transgredir la norma antes citada. Al respecto, sostenemos que una diferente interpretación de los hechos materia del proceso arbitral, no significa que la motivación sea defectuosa o aparente. En esta dirección, la motivación defectuosa puede suscitarse cuando el Árbitro ha incurrido en error al fundamentar los hechos para arribar a la conclusión y determinar la procedencia de la pretensión, mientras que la motivación aparente se presenta cuando lo argumentado no sustenta la decisión adoptada, ya que se recurre a fórmulas genéricas o vacías que no tienen correlato con lo actuado, pretendiendo sólo cumplir con la formalidad de sustentar la decisión arbitral.²⁸³

En síntesis, la judicatura fundamentó su cambio de rumbo en el hecho de que las garantías del debido proceso se empezaron a aplicar al arbitraje, garantías entre las que se encontraba el derecho a la debida motivación. Sobre esa base, sorteó el artículo 61 de la ley general de arbitraje alegando —de manera insuficiente y errada a nuestro juicio— que el examen de la motivación del laudo no atentaba contra la competencia arbitral exclusiva sobre el fondo, en la medida de que no se reinterpreten los hechos o las normas involucradas.

2.2.1.3. Período actual (2008-2017)

El período actual comienza el 1 de setiembre de 2008, fecha en la que entra en vigencia el Decreto Legislativo n.º 1071, LA vigente. En este período se continuó con la decisión establecida en el período anterior: un laudo puede anularse si su motivación no califica como «adecuada» y, por tanto, afecta el derecho a la debida motivación.

²⁸³ Expediente n.º 1048-2007, Res. 9, 1.ª Sala Comercial, p. 5.

Este período se caracteriza, valga la redundancia, por el ingreso de la mencionada LA. En específico, esta norma trajo una disposición más fuerte y vocal que la que tenía la anterior ley general de arbitraje en su artículo 61. Veamos, una vez más, el artículo 62.2 de la LA:

Artículo 62.- Recurso de anulación.

[...]

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. **Está prohibido** bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o **calificar** los criterios, **motivaciones** o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral. (El énfasis es nuestro).

La nueva LA buscaba, es evidente, prevenir que la judicatura no vulnerara la competencia exclusiva de los árbitros para resolver el fondo. Así, inclusive estableció que los jueces no podían calificar las *motivaciones* de las decisiones arbitrales.

¿Qué hizo la judicatura frente a ello? ¿Qué argumentos presentó para sortear el bloqueo del artículo 62 de la LA? La respuesta parecerá anecdótica: se ignoró completamente el tema. La judicatura mantuvo los mismos argumentos que ya empleaba para el examen de la motivación en el período de vigencia de la LGA; esto es, que el debido proceso y sus garantías se extendían hasta el fuero arbitral. No hubo, según el estudio de sentencias que hemos realizado, alguna vez un real análisis relativo al examen de la motivación y su —real o aparente— colisión con el artículo 62.2 de la LA.²⁸⁴

Ahora bien, por otro lado, es pertinente destacar que la vigente LA trajo consigo una «habilitación» para reclamar en la vía de anulación de laudo ante cualquier afectación de derechos *constitucionales* realizada dentro del arbitraje. Esto se encuentra en la duodécima disposición complementaria:

²⁸⁴ Esta afirmación la hacemos en función al estudio de sentencias que hemos realizado. *Vid. infra* 2.7 de este capítulo.

DUODÉCIMA.- Acciones de garantía.

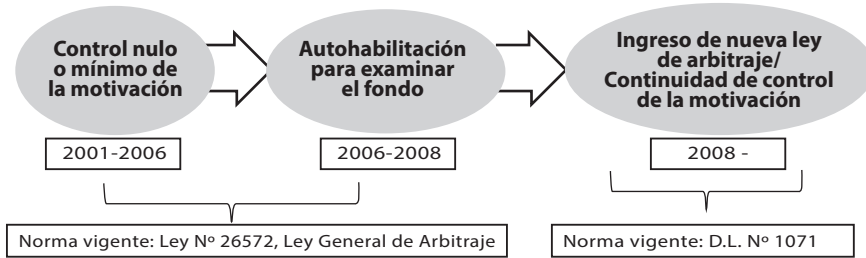
Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.

Esto se vio reforzado con la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el expediente n.º 00142-2011-PA/TC. Ésta, tal y como señalamos en el punto 2.7.2 del capítulo I, estableció que la vía para defenderse frente a vulneraciones de derechos fundamentales enlazados al debido proceso o a la tutela jurisdiccional efectiva era la de anulación de laudo.²⁸⁵

Lo expuesto refuerza el razonamiento que emplea la judicatura, la que se ha valido, en diferentes pronunciamientos, de uno o ambos elementos (duodécima disposición complementaria de la LA y sentencia sobre el expediente n.º 00142-2011-PA/TC). En síntesis, ésta considera que el derecho a la debida motivación forma parte de las garantías jurisdiccionales propias no sólo del proceso judicial, sino también de los arbitrajes. Tal parecer deriva en que se consideren habilitados para hacer una lectura y juicio del laudo arbitral y determinar, bajo su criterio, si no se produce una afectación al derecho a la debida motivación. Toda esta argumentación, sin embargo, se desarrolla sin explicar cómo es que tal examen de la motivación no afecta la competencia exclusiva que tienen los árbitros sobre la resolución del fondo de la controversia.

En síntesis, tenemos las siguientes etapas:

²⁸⁵ «El **recurso de anulación** previsto en el Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los **recursos de apelación y anulación** para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26572) constituyen *vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales*, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la presente sentencia».



2.2.2. Causales de la ley de arbitraje empleadas por los tribunales para sustentar la anulación de laudos por afectación del derecho a la motivación

Tal y como mencionamos en el trayecto histórico de la anulación de laudos por aspectos relativos a su motivación, hoy en día los tribunales judiciales consideran que la afectación del derecho a la debida motivación del laudo puede derivar en la anulación del mismo.

Pues bien, como la propia LA establece, las causales de anulación del laudo constituyen una lista cerrada. Por lo tanto, cualquier supuesto sobre el que se solicite la anulación debe encuadrar en alguna de las mencionadas causales. Para el caso de la motivación, las causales que se emplean son dos: las de los literales b) y c) del artículo 63.1 de la LA. Así:

[L]a denuncia de vicio de motivación puede sustentar una pretensión nulificante del laudo basada en la causal b) del artículo 63 de la LA, como afectación del debido proceso, pero también basada en la causal c) relativa al incumplimiento de las reglas arbitrales, en tanto se trate de un laudo emitido en arbitraje nacional que, sea por aplicación de las reglas pactadas por las partes —directamente o por remisión a un reglamento arbitral— sea

por aplicación subsidiaria del artículo 56 de la LA, deba ser motivado.²⁸⁶

¿Cómo encaudra el pedido de anulación por afectación del derecho a la motivación en dichas causales? Veamos:

- Literal b) del artículo 63.1 de la LA.

Este literal establece que se puede solicitar la anulación del laudo cuando una de las partes no ha podido «hacer valer sus derechos». Así, si los árbitros estaban obligados a motivar el laudo, existe un derecho a la (debida) motivación a favor de las partes; y, por lo tanto, éstas pueden reclamar ello «como una afectación que impide hacer valer sus derechos».²⁸⁷ En esa línea, a través de esta causal la parte que se considere afectada podría «hacer valer» su derecho a la debida motivación del laudo arbitral.

- Literal c) del artículo 63.1 de la LA.

Este literal establece que se puede solicitar la anulación del laudo cuando las actuaciones arbitrales «no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, [...] o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este decreto legislativo». Este caso cubriría cualquier supuesto en el que, habiéndose establecido por las partes, por el reglamento o por la LA que el laudo debía estar motivado, los árbitros no cumplen con presentar un laudo debidamente motivado. En tal caso, la actuación arbitral no se habría ajustado a alguno de los referidos aspectos mencionados (acuerdo de partes, consignación en reglamento o en LA).

²⁸⁶ Expedientes n.º 200-2014 y n.º 206-2014, Res. 28, 2.ª Sala Comercial, p. 20.

²⁸⁷ Expediente n.º 70-2015, Res. 8, 2.ª Sala Comercial, p. 10.

2.2.3. *Fundamentos de la anulación de laudos por afectación del derecho a la debida motivación*

Tenemos, entonces, que hoy en día se anulan laudos cuando se afecta el derecho a la «debida» motivación del laudo arbitral. Expondremos aquí en síntesis los argumentos, de doctrina y compartidos por nuestra jurisprudencia, de esta posición.

Se ha asignado a la motivación en el arbitraje un valor equivalente o similar al de *debida* motivación judicial. Así, sosteniéndose en que el arbitraje es jurisdicción —lo que está reconocido en el artículo 139 de la Constitución—, se establece que todas las garantías del debido proceso resultan aplicables al arbitraje.²⁸⁸ Podría decirse, en esa línea, que todas las decisiones jurisdiccionales, sean dadas en un proceso judicial o en un arbitraje, deben estar enmarcadas en un proceso/procedimiento que garantice el debido proceso.

Sobre ello, una de las manifestaciones específicas del debido proceso, es el derecho a la debida motivación. Por lo tanto, en el arbitraje también existiría un derecho a obtener resoluciones debidamente motivadas. En otras palabras, se plantea que la motivación dentro del arbitraje no puede estar libre de delimitaciones, sino que más bien se determina según su naturaleza de garantía de un debido proceso.²⁸⁹

¿Qué pasa, entonces, si no se respeta el derecho de las partes a decisiones arbitrales motivadas? Simple, tal vulneración debe merecer la respuesta de la judicatura:

Por su contenido jurisdiccional el arbitraje debe respetar el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

²⁸⁸ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9.

²⁸⁹ PALACIOS PAREJA, Enrique. «La motivación de los laudos y el recurso de anulación». *Ob. cit.*, p. 333.

La motivación de los laudos arbitrales es una garantía del debido proceso, que permite conocer el iter mental que ha seguido el árbitro para establecer las conclusiones que contiene su resolución.²⁹⁰

Se produce, entonces, una suerte de equiparación. El laudo pasa a ser merecedor de la misma tutela, en cuanto a la motivación, que la sentencia. De ello, los tribunales han extrapolado los supuestos —mencionados en el capítulo II— de tutela del derecho a la debida motivación de resoluciones arbitrales hacia los laudos. Así, conceptos como la motivación *defectuosa*,²⁹¹ han encontrado recepción y aplicación en el arbitraje.

En síntesis, el fundamento de la anulación de laudos aquí radica en que el derecho a la debida motivación está presente en el arbitraje. Por lo tanto, debe existir alguna vía específica para su tutela. Esta vía, a falta de otras, se encuentra en la acción de anulación del laudo.

2.3. Anomalías de la motivación que generan la anulación del laudo

2.3.1. Categorización

Según vimos, el laudo se puede anular si el derecho a la debida motivación se ve afectado. Pues bien, ¿en qué supuestos se produce la afectación al derecho a la debida motivación? Dada la imposición de la debida motivación judicial al arbitraje, la afectación se produciría al configurarse los supuestos ya desarrollados por el Tribunal Constitucional para la debida motivación judicial:

- Inexistencia de motivación/motivación aparente.
- Falta de motivación interna en el razonamiento.

²⁹⁰ PALACIOS PAREJA, Enrique. «La motivación de los laudos y el recurso de anulación». *Ob. cit.*, p. 341.

²⁹¹ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «Sobre el deber de motivación y su aplicación en los arbitrajes de conciencia». En *Thémis*. Lima, 2001, n.º 43, p. 64.

- Deficiencias en la motivación externa.
- Motivación insuficiente.
- Motivación sustancialmente incongruente.
- Motivaciones cualificadas.

Ahora bien, como precisamos en el capítulo II, estos supuestos pueden esquematizarse en tres categorías: (i) ausencia absoluta de motivación; (ii) motivación con defectos en la justificación interna; y (iii) motivación con defectos en la justificación externa.

No obstante, consideramos que las anomalías en la motivación pueden ser clasificadas de manera más simple. Tres categorías:

- 1) Ausencia absoluta de motivación.
- 2) Motivación con defectos lógicos.
- 3) Motivación con defectos de insuficiencia.

2.3.1.1. Ausencia absoluta de motivación

Si el laudo carece en absoluto de exposición de las razones por las que se decidió en tal o cual sentido, es indiscutible que se está produciendo una afectación del derecho a la motivación. El laudo deberá ser anulado, a efectos de que los árbitros cumplan con expedir un nuevo laudo que contenga la exposición de las razones por las que llegaron a sus decisiones.

Este supuesto puede darse, bajo nuestro criterio, de tres formas distintas:

- Motivación «en blanco». Si el laudo como documento no contiene ninguna parte en la que se expongan las razones, es evidente que hay ausencia absoluta de motivación.

Ejemplo: laudo que describe las incidencias procedimentales del arbitraje, enumera las pretensiones y luego establece sus

decisiones sobre las mismas. Ningún apartado dedicado a la motivación.

- Motivación «prestada». Si el laudo recurre sólo a citas de doctrina y/o cita alegaciones de las partes sin hacer en absoluto análisis propio alguno, se está incurriendo también en ausencia absoluta de motivación. Así, ésta se produce «cuando el juez o el árbitro describe los hechos alegados por las partes sin analizarlos y los da por ciertos».²⁹² A mayor detalle:

[S]e tiene que, nos encontramos frente a una decisión que no cumple con realizar una debida motivación en la medida que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la misma. A dicha conclusión arriba el colegiado debido a que, el razonamiento glosado, no expone la razón o razones para sustentar por qué se adhiere a los alegatos presentados por [una parte], siendo insuficiente, reproducir in extenso, los alegatos realizados por una de las partes.²⁹³

En este caso, más allá de que en el documento del laudo haya una parte titulada o nominada como «motivación», se está frente a una ausencia absoluta de motivación porque el discurso no presenta el razonamiento de los árbitros.

Hacemos énfasis en que el supuesto deberá demostrar una total ausencia de exposición del razonamiento de los árbitros. Esto sólo se produce cuando la «motivación» se conforma total y exclusivamente por citas doctrinales o citas de lo afirmado por las partes en el procedimiento arbitral.

- Motivación impertinente. Si la motivación del laudo versa sobre asuntos que, a todas luces, son ajenos a la controversia, se está produciendo un vacío absoluto en la motivación. Este supuesto

²⁹² Expediente n.º 905-2010, Res. 8, 2.ª Sala Comercial, p. 4.

²⁹³ Expediente n.º 155-2012, Res. 43, 2.ª Sala Comercial, p. 24.

—bastante inusual— se puede dar a través de un error o confusión en el contenido del documento (ej., el árbitro único confunde textos y adjunta a un laudo sobre un caso «A» la motivación de un caso «B» en el que también es árbitro).

2.3.1.2. Motivación con defectos lógicos

Definición general

Los defectos lógicos son aquellas anomalías en la motivación que develan errores en la aplicación del razonamiento lógico-jurídico. Estamos, pues, frente a un razonamiento incongruente, que transige las reglas de la lógica formal.

En sentido estricto, según lo desarrollado en el capítulo II del presente trabajo, los aquí denominados defectos lógicos abarcan a (i) los defectos en la justificación interna; y a (ii) la justificación externa ilógica. En ambos casos, se produce un error lógico que daña la ilación del razonamiento.

Tal y como señaló ya Wong Abad, el defecto lógico se produce cuando el razonamiento vulnera a alguno de los principios más básicos de la lógica formal: principio de identidad, principio de no contradicción y principio de tercero excluido.²⁹⁴ En general, si el razonamiento es errado en sentido lógico-formal, se estará frente a una justificación interna defectuosa.

Supuesto común. La contradicción

Más allá de que, desde la ciencia lógica, los defectos lógicos formales puedan ser diversos, lo cierto es que la jurisprudencia sobre anulación

²⁹⁴ WONG ABAD, Julio Martín. *La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo: una revisión de la jurisprudencia de la subespecialidad comercial*. Lima: Jurista Editores, 2013, p. 171.

de laudos reconoce a una categoría específica: el principio de no contradicción. Este principio significa que «una cosa no puede ser y no ser a la vez»,²⁹⁵ y en diferentes casos²⁹⁶ la judicatura ha evaluado que el laudo no sufra de «rupturas de logicidad en el razonamiento del tribunal arbitral».²⁹⁷

Así, el laudo se anulará si «el tribunal arbitral afirma y niega un mismo hecho de modo tal que no es posible entender cuál es el verdadero sentido de la decisión».²⁹⁸ En términos simples, si se afirma «A» y luego se rechaza «A», habrá una contradicción en la motivación. Veamos un caso concreto:

En efecto, del razonamiento expresado en el laudo, se aprecia que es incongruente, dado que el tribunal arbitral se faculta cuantificar el derecho a indemnización, en mérito a lo dispuesto en el artículo 1332 del Código Civil (véase considerando séptimo y octavo del laudo arbitral respecto al sexto punto controvertido), para luego de analizarlo y expresar que éste no estaba acreditado, decide otorgarlo pero que no es posible su cuantificación.

Bajo este orden de ideas, se concluye que los argumentos del laudo son contradictorios, evidenciándose que la motivación del laudo no es compatible con las exigencias del artículo 139 inciso 3 de la Constitución, al no contener las razones jurídicas congruencia mínimas entre sí. En efecto, la incongruencia en la motivación no se compadece con el respeto a este principio constitucional.²⁹⁹

²⁹⁵ Expediente n.º 378-2011, Res. 38, 2.ª Sala Comercial, p. 34.

²⁹⁶ Expediente n.º 250-2016, Res. 8, 1.ª Sala Comercial; expediente n.º 18-2015, Res. 8, 1.ª Sala Comercial; expediente n.º 375-2013, Res. 7, 1.ª Sala Comercial; expediente n.º 203-2015, Res. 8, 1.ª Sala Comercial; expediente n.º 150-2015, Res. 8, 1.ª Sala Comercial; expediente n.º 143-2015, Res. 9, 2.ª Sala Comercial;

²⁹⁷ Expediente n.º 203-2015, Res. 8, 1.ª Sala Comercial, p. 17.

²⁹⁸ Expediente n.º 250-2016, Res. 8, 1.ª Sala Comercial, p. 6.

²⁹⁹ Expediente n.º 150-2015, Res. 8, 1.ª Sala Comercial, p. 18.

En el mencionado caso, los árbitros señalaron que el artículo 1332 les facultaba a determinar el monto de la indemnización; para luego decir que no era viable para ellos realizar tal cuantificación. Es claro, pues, que hay una contradicción.

Finalmente, cabe precisar que la contradicción puede «ubicarse» de diferentes maneras. Así, puede haber contradicción entre (i) argumentos de la motivación de una misma pretensión; (ii) la motivación de una pretensión y la motivación de otra pretensión; o (iii) la motivación (parte considerativa) y la decisión del laudo (parte resolutive).

2.3.1.3. Motivación con defectos de insuficiencia

¿Qué son los «defectos de insuficiencia»?

En términos simples, los defectos de insuficiencia son aquellas anomalías en el discurso argumentativo de la motivación por ausencia de sustento de alguna premisa considerada pertinente, relevante o crítica para la decisión. En otras palabras, se dan cuando una parte de la motivación presenta o da por sentada cierta afirmación sin sustentarla de manera «adecuada» o «suficiente».

En sentido estricto, según lo desarrollado en el capítulo II del presente trabajo, los aquí denominados defectos de insuficiencia encuadrarían como supuestos de justificación externa inexistente.

En función a la jurisprudencia, consideramos que hay dos supuestos claros de motivación con defectos de insuficiencia:

- Motivación «insuficiente» a secas. Se trata de aquellos casos en los que el tribunal arbitral realiza alguna afirmación sin sustentarla.

Un ejemplo: en un laudo, el tribunal arbitral ordena al pago de US\$ 5'342,134.80 sin exponer cómo llegó a tal cifra. En este

caso, podría afirmarse que hay un «vacío» en cuanto a sustentar por qué el tribunal arbitral llegó a la referida cifra y no a otra.

- Motivación que no absuelve en absoluto los argumentos de una parte. La motivación también tendrá un defecto de insuficiencia cuando no responda a los argumentos de una o ambas partes del arbitraje.³⁰⁰ Veamos:

Así, como puede advertirse, el laudo **no contiene la exposición de ningún análisis**, acto valorativo ni razón de parte del árbitro único, **respecto de las observaciones formuladas por la Entidad** y que se glosan en el mismo laudo, respecto de las cuales únicamente se expresa con no disimulada pretensión apodíctica que tales observaciones «no están debidamente acreditadas», lo cual aseverado en esos términos absolutos y sin referencia objetiva a ninguna prueba ofrecida y actuada, no puede ser objeto de crítica, verificación según lo actuado en el proceso arbitral ni —por ende— validado o cuestionado, por lo que tal fórmula dista mucho de satisfacer el estándar constitucional de la debida motivación [...].³⁰¹ (El énfasis es nuestro).

Esto también aplica para cuando la motivación no absuelve los medios probatorios de alguna de las partes. Así:

De la lectura del fundamento III.1 del citado laudo aparece que en efecto, se limita a efectuar una enumeración de cada uno de los medios probatorios aportados por el demandante; **pero el árbitro no analiza ni expresa las razones porqué [sic] los aludidos medios probatorios no le generan convicción de la existencia de una deuda a favor del recurrente**, respaldando únicamente su decisión en la mera invocación del artículo 177 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, omi-

³⁰⁰ Expediente n.º 86-2014, Res. 7, 2.ª Sala Comercial; expediente n.º 34-2012, Res. 8, 2.ª Sala Comercial; expediente n.º 36-2015, Res. 12, 1.ª Sala Comercial; entre otros.

³⁰¹ Expediente n.º 86-2014, Res. 7, 2.ª Sala Comercial, p. 9.

tiendo que a todas luces vulnera el derecho de defensa, generando obviamente la nulidad del laudo que debe ser declarada.³⁰²

En síntesis, si el laudo no expone cómo ciertos argumentos o pruebas no logran «convencerlo», el laudo también incurrirá en una motivación afectada por «insuficiencia».

2.3.2. La necesaria materialidad de la anomalía

Definición

En cualquier caso, para que el laudo se anule por afectación al derecho a la motivación, la anomalía en la motivación debe ser *material*. Esto porque, como ya señaló el Tribunal Constitucional, no cualquier defecto en la motivación constituye automáticamente una vulneración al derecho a la debida motivación.³⁰³

Ahora bien, la materialidad se da por descontada para el caso de la motivación absolutamente inexistente; a fin de cuentas, si no hay en absoluto motivación es clarísimo que se produce una afectación al derecho a la motivación. Pero, por otra parte, los defectos lógicos o de insuficiencia no necesariamente serán materiales; por lo que debe tenerse especial cuidado en evaluar si el defecto es efectivamente material.

¿Cómo se determina si la anomalía en la motivación es material o no? En líneas generales, se trata de verificar si el defecto constituye una lesión grave para la integridad y validez del discurso argumentativo presentado por los árbitros como motivación. Veamos el siguiente ejemplo comparativo:

- Si los árbitros determinan que los daños ascienden a US\$ 12,5 millones, pero luego ordenan el pago de US\$ 25 millones, es

³⁰² Expediente n.º 7-2012, Res. 8, 2.ª Sala Comercial, p. 8.

³⁰³ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 00896-2009-PHC/TC, fundamento 7.

evidente que hay una contradicción *material*. Tal divergencia impide que pueda hablarse de una motivación íntegra y válida.

- Por el contrario, si los árbitros determinan que los daños ascienden a US\$ 12'502,324.00, y luego ordenan que se pague US\$ 12'501,134 (sin explicar por qué la reducción), existe aquí también, en sentido estricto, una contradicción. No obstante, la contradicción no puede considerarse material; el sentido común basta para notar que estamos frente a un defecto insignificante.

Si la motivación tiene como función —entre otras— la de hacer entender a las partes por qué se decidió de tal manera, entonces la anomalía de la motivación será material cuando impida que las partes puedan leer un discurso claro, completo, razonable e integral. La materialidad de la anomalía se determina en función a si el defecto impide que la motivación cumpla tal función.

Algunos supuestos destacables de defectos no materiales

Si bien los supuestos de defectos irrelevantes son muy variados, aquí mencionaremos a dos que consideramos destacables: (i) defectos en argumentos *obiter dicta*; y (ii) defectos en supuestos de argumentación multipilar.

Primero, en cuanto a (i) los defectos en argumentos *obiter dicta*, empecemos con un ejemplo: Si luego de haber fundamentado exhaustiva y lógicamente una premisa fáctica «X», el árbitro emplea un argumento adicional de estilo «de forma adicional, podría también considerarse que [...]» y este último individualmente resulta ilógico, tal defecto no afecta el derecho a la debida motivación, porque dicho argumento no formaba parte de la *ratio decidendi*, sino más bien era una consideración complementaria.

Así, sucede que el *obiter dicta* se conforma por consideraciones adicionales, que no son esenciales ni tampoco constituyen un componente estructural en el razonamiento que derivó en la decisión. Por lo tanto, que haya defectos en los argumentos *obiter dicta* resulta inocuo para el derecho a la motivación, puesto que éste se satisface con la motivación de los argumentos que constituyen *ratio decidendi*.

En segundo lugar, sobre (ii) los defectos en una argumentación «multipilar», empecemos también con un ejemplo: Imaginemos que una premisa determinada se sustenta en cuatro subelementos distintos, siendo que cada uno de éstos puede sostener la premisa por sí sólo. Si se determina posteriormente que uno de tales subelementos es arbitrario (no tiene base/sustento), ello no afecta la validez de la premisa, toda vez que la misma cuenta con otros tres argumentos que la sostienen —si es que éstos sí tienen sustento, naturalmente—.

El defecto en alguna parte de la motivación no podrá ser considerado material si es que existen otros fundamentos que sostienen la afirmación o premisa traída por los árbitros. Esto es como poner cuatro columnas para un techo que sólo necesita una; si al final alguna de las cuatro columnas está mal construida, ello en nada afectará el hecho de que el techo puede mantenerse en su lugar (no se caerá).

En conclusión, la judicatura, al momento de evaluar la anulación de laudo por afectación al derecho a la motivación, debe enfocarse sólo en defectos «materiales»; es decir, defectos que afecten seriamente la integridad y suficiencia de la motivación. Si la motivación se «mantiene en pie» con todo y defectos encontrados, no se puede hablar de afectación al derecho a la debida motivación.

2.4. Alcance y consecuencias procedimentales de la anulación del laudo por afectación al derecho a la motivación

2.4.1. Alcance extensivo de la afectación. Anulación parcial o total del laudo

Según expusimos en 3.4.2.0 del capítulo II, la motivación puede individualizarse en función a las pretensiones, lo que resultaba útil al momento de delimitar el alcance del defecto en la motivación. Esto también es relevante para determinar si el vicio en la motivación alcanza a todo o a parte del laudo.

Un ejemplo: un laudo arbitral resuelve (i) declarar inválida la resolución contractual hecha por la entidad; y (ii) ordenar el pago de US\$ 1'500,000.00 como indemnización a favor del contratista. No obstante, el tribunal arbitral no motivó nada respecto de por qué el contratista debía ser indemnizado con dicha suma.

En un caso así, la judicatura encontraría un vicio en la motivación, que afectaría la validez del laudo. No obstante, el laudo sería anulado sólo *parcialmente*. Esto, porque si la motivación relativa a la invalidez de la resolución contractual carece de anomalías, no existe razón alguna para que tal decisión arbitral sea anulada.

Entonces, el vicio en la motivación no necesariamente invalida todas las decisiones de fondo contenidas en el laudo. El vicio puede limitarse sólo a algunas decisiones arbitrales, dejando incólumes a otras.

En este punto, consideramos pertinente individualizar, en cuanto sea posible,³⁰⁴ a la motivación según cada pretensión. De esta manera, uno puede separar la argumentación viciada de la argumentación «váli-

³⁰⁴ En última instancia, cada tribunal arbitral decide cómo organiza la exposición de motivos de las decisiones que tomaron para el caso.

da», lo que permitiría delimitar qué decisiones del laudo se anulan y qué decisiones se mantienen.

Sin perjuicio de ello, queremos enfatizar que el vicio en la motivación puede alcanzar al laudo íntegro. Así:

- Toda la motivación en general podría estar viciada.
Ejemplo: Si todo el texto del laudo es ininteligible, se estará ante una ausencia de motivación que alcanza a todas las pretensiones.
- Un defecto específico en la motivación de un aspecto nuclear común a todas las pretensiones terminará invalidando todas las decisiones arbitrales.
Ejemplo: El tribunal arbitral precisó en un mismo apartado la sustentación de las premisas fácticas involucradas para todas las pretensiones y todas éstas se originan en un error lógico de la evaluación de medios probatorios (el tribunal arbitral encuentra que los medios probatorios demuestran que la liquidación de obra se presentó fuera de plazo, no obstante pasa a fijar como premisa que la liquidación de obra se presentó dentro del plazo legal, y sobre tal base construye las demás premisas). En un caso así, el defecto invalida toda la argumentación, porque toda la argumentación partió de una premisa ilógica.
- Cada decisión arbitral se deriva de una motivación «viciada».
Ejemplo: La primera pretensión principal tiene una motivación con defectos de insuficiencia; la segunda pretensión principal carece totalmente de motivación; y la tercera pretensión principal tiene una motivación ilógica.

En síntesis, si se evalúa la motivación del laudo y se encuentran anomalías, debe cuidarse de delimitar qué parte del laudo se ve afectada. En tal sentido, pueden darse dos supuestos:

- *Afectación parcial.* En este caso, la supuesta anomalía se configura sólo para la motivación de determinadas pretensiones y no afecta a otras. En estos casos, el laudo se anularía de manera parcial. Por lo tanto, los árbitros deberán reformular la motivación sólo para las pretensiones que se vieron afectadas.

Ejemplo: Laudo arbitral que resuelve dos pretensiones: la declaratoria de invalidez de la resolución del contrato; y el pago de daños y perjuicios. Si, por ejemplo, no hay motivación en absoluto para la segunda pretensión, tal anomalía no afectaría la validez de la primera pretensión.

- *Afectación total.* En este caso, las anomalías de la motivación alcanzan a todas las pretensiones. Esto, sea porque (i) hay vicios individualizables para cada pretensión; o (ii) el vicio altera/afecta a todas las pretensiones. En estos casos, el laudo se anularía de manera total. Por lo tanto, los árbitros deberán construir de nuevo toda la motivación para la controversia.

2.4.2. *Consecuencias de la anulación del laudo en el procedimiento arbitral*

Nuestra LA ha establecido los pasos a seguir luego de la anulación del laudo. Así, para las causales de los literales b) y c) del artículo 63.1 de la LA —causales por las que se encauza el cuestionamiento a la motivación del laudo—, el artículo 65.1³⁰⁵ establece que, anulado el laudo, se

³⁰⁵ «Artículo 65.- Consecuencias de la anulación.

1. Anulado el laudo, se procederá de la siguiente manera:

[...]

b. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso b. del numeral 1 del artículo 63, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa.

c. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso c. del numeral 1 del artículo 63, las partes deberán proceder a un nuevo nombramiento de árbitros o, en su caso, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje en el estado en el que no se

deben reanudar las actuaciones arbitrales desde el momento en que se produjo la situación anómala (imposibilidad de hacer valer derechos o actuación no conforme a lo establecido por las partes o, en su defecto, por la LA).

Entonces, ¿en qué punto deben reanudarse las actuaciones arbitrales luego de producirse una anulación del laudo por defectos en su motivación? Dado que la anomalía recién se produjo en el laudo, las actuaciones arbitrales hasta el punto inmediatamente anterior a éste son válidas. Por lo tanto, en sentido estricto la reanudación consistiría en volver a emitir un laudo. En otras palabras, devuelto el expediente arbitral³⁰⁶ al tribunal arbitral, éste debería reunirse para deliberar y expedir un nuevo laudo.

No obstante, lo ideal pasa por realizar algunas actuaciones arbitrales adicionales, a efectos de evitar cualquier posibilidad de que se anule otra vez el laudo, pero esta vez por afectación a los derechos de las partes en el desarrollo de las actuaciones arbitrales. Así, en específico:

- Se debería convocar a una audiencia de reinstalación del tribunal arbitral. Naturalmente, luego de expedido el laudo previo —incluyendo las respuestas a los pedidos de rectificación, interpretación, integración y exclusión, si se hubiesen planteado éstos— el tribunal arbitral cesa en funciones y se «disuelve». Por lo tanto, resulta razonable que el tribunal arbitral se reinstale de nuevo. Esto, asimismo, sirve para delimitar y fijar cualquier aspecto que pudiera ser materia de controversia en cuanto a la expedición del nuevo laudo (ej., el plazo para emitir nuevo laudo).
- Si el tribunal arbitral lo considera conveniente, y teniendo en cuenta el tiempo transcurrido entre la expedición del primer lau-

observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable».

³⁰⁶ En la práctica judicial, los tribunales nacionales solicitan el expediente arbitral al momento de conocer cuestiones relativas a la anulación del laudo.

do y la anulación del mismo, se podría convocar a una audiencia de ilustración complementaria. En ésta, las partes sintetizarían sus posiciones, a efectos de lograr que el tribunal arbitral pueda «sumergirse» de nuevo en la materia controvertida.

- Finalmente, el tribunal arbitral deliberará y expedirá el nuevo laudo.

Por contrapartida, las cosas que *no* deberían realizarse so pretexto de reanudar las actuaciones debido a un laudo anulado por defectos en su motivación son las siguientes:

- Ofrecimiento, admisión o actuación de pruebas (ej., audiencias de sustentación pericial). La reanudación de las actuaciones no afecta el hecho de que los procedimientos arbitrales durante la fase de instrucción, que incluye los mencionados aspectos probatorios, fueron válidos.
- Designación de nuevos árbitros. Aunque esto parece una obviedad, la anulación del laudo por defectos en su motivación no resulta argumento suficiente para que se designen nuevos árbitros. Constituye un error alegar que los árbitros hicieron un pronunciamiento anticipado (el laudo anulado), por lo que deberán ser otros los árbitros los que deberán emitir el nuevo laudo. Así:

[V]olver a laudar en la etapa procesal expresamente acordada para tal fin y en razón de que el «primer laudo» ha perdido toda validez, sólo implica resolver nuevamente la controversia en la etapa propicia para tal efecto y sin que exista o subsista «opinión previa» emitida prematuramente o «fuera de lugar» respecto de dicha controversia.³⁰⁷

³⁰⁷ Expediente n.º 296-2013, Res. 12, 1.ª Sala Comercial, p. 12.

Por otra parte, nuestra LA ha establecido, en su artículo 29.3,³⁰⁸ que la recusación no procede —salvo pacto en contrario— cuando el arbitraje se encuentra en la etapa final de emisión del laudo (etapa posterior al cierre de instrucción).

En síntesis, la reanudación de las actuaciones arbitrales luego de anulado el laudo por anomalías en su motivación pasa, en sentido estricto, por expedir un nuevo laudo. Esto, porque en sí todas las actuaciones arbitrales anteriores a la expedición del laudo fueron válidas y no adolecen de anomalías. No obstante, resulta adecuado (i) realizar una audiencia de reinstalación del tribunal arbitral; y (ii) realizar una audiencia de ilustración complementaria, para que los árbitros puedan volver a tomar cercanía con el caso.

2.5. ¿Qué gana la parte que logra la anulación del laudo por defectos en su motivación?

Una pregunta muy importante al momento de estudiar la anulación del laudo por afectación al derecho a la motivación radica en las consecuencias de tal anulación. ¿Implica que los árbitros deberán resolver en sentido distinto? ¿La anulación de un laudo que era contrario al interés de una parte deriva en que el nuevo laudo deberá emitir una decisión favorable a aquélla? ¿Los árbitros deben cambiar su decisión bajo pena de nueva anulación?

Este tema es relevante porque, en la práctica, muchas —por no decir todas— anulaciones se solicitan con el fin de lograr que al final del día se obtenga un laudo con decisiones distintas a las contenidas en

³⁰⁸ «Artículo 29.- Procedimiento de recusación.

[...]

3. Salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación. Sin embargo, el árbitro debe considerar su renuncia, bajo responsabilidad, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia».

el laudo que se busca anular. En este punto, haremos una afirmación evidente, pero esencial:

La anulación del laudo por afectación al derecho a la motivación no significa que automáticamente la parte resolutive del nuevo laudo será diferente a la del laudo anulado.

La anulación del laudo por afectación al derecho a la motivación en modo alguno constituye un mecanismo excepcional cuyo empleo exitoso permita necesariamente «corregir» o «rectificar» las decisiones arbitrales que ponen fin a la controversia.

Veamos esto con el caso más lesivo de afectación al derecho a la motivación: el laudo que carece absolutamente de motivación. Supongamos que en un caso de responsabilidad civil el laudo arbitral dispone que «A» pague a «B» la suma de US\$ 21'342,000.00, pero tal decisión no tiene motivación alguna. Posteriormente, en vía judicial se logra la anulación del laudo por afectación del derecho a la motivación, lo que deriva en que los árbitros deban expedir un nuevo laudo.

¿La anulación del laudo implica que ahora los árbitros ya no puedan resolver que A sea responsable por daños generados a «B» ascendientes a una suma aproximada de US\$ 21 millones? La respuesta es negativa. Los árbitros podrían mantener su decisión si es que la consideran correcta y exponen las razones por las que llegaron a la misma. En términos simples, en el nuevo laudo los árbitros llegarán a la misma decisión, pero ahora sí exponiendo la motivación para la misma.

La anulación del laudo por anomalías en la motivación, entonces, no genera automáticamente que la decisión de los árbitros para la controversia sea incorrecta y deba plantearse otra. Lo que genera tal anulación es la reformulación de la motivación, pero ello no condiciona la libertad de los árbitros para determinar el resultado final para la con-

troversia, pudiendo incluso persistir con el resultado consignado en el laudo anulado.

Ahora bien, en algunos casos sí es posible —aunque poco probable, como veremos a continuación— que la anulación del laudo por afectación al derecho a la motivación derive en que el nuevo laudo termine modificando aspectos de su parte resolutive. Para desarrollar esto, expondremos qué eventuales consecuencias puede traer la anulación del laudo, según si la motivación sufre de (i) defectos lógicos; o (ii) defectos de insuficiencia.

2.5.1. Posibilidad de un resultado distinto si el laudo se anuló por un defecto lógico

Si el laudo se anuló por un defecto lógico, en la reformulación de la motivación tal defecto deberá corregirse, porque de lo contrario el laudo volverá a ser anulado. Pues bien, esta subsanación del defecto lógico genera una rectificación en el discurso de los árbitros, lo que puede derivar en un *cambio* en las decisiones finales que tomaron los árbitros para resolver el caso.

La subsanación de un error lógico involucra una modificación en el discurso presentado por los árbitros, lo que potencialmente podría generar un cambio material en la parte resolutive del laudo. La razón de esto radica en que un defecto lógico en el razonamiento distorsiona el camino que sigue el razonamiento. Veamos un ejemplo:

En un caso de indemnización, el tribunal concluyó que, en los hechos, «A» generó daños patrimoniales a «B» por US\$ 8'500,000.00 debidamente acreditados; y que, en el derecho, aquel que daña a otro está obligado a indemnizarlo por el valor del patrimonio afectado —siempre que se verifique la antijuridicidad, el nexo causal, el factor de atribución y el daño—. Sobre ello, el tribunal falla y ordena que se pague a «B» US\$ 5'000,000.00.

En este caso, el error lógico es simple y fácil de notar: si se concluyó un valor «X» de daños, y se debe indemnizar por el valor equivalente a «X», entonces es incongruente que se ordene una indemnización menor a esa cifra. La corrección del error lógico, por consiguiente, tendrá palpables efectos en lo decidido, puesto que al corregirse el error el monto indemnizado pasará de US\$ 8'500,000.00 a US\$ 5'000,000.00.

Debemos resaltar, no obstante, que no siempre un error lógico derivará en que al corregirse el mismo la respuesta final cambie. Así, recordemos el siguiente ejemplo, señalado en 2.3 del capítulo II:

«Si el contrato es de compraventa, entonces existe una transferencia de propiedad. En el presente caso, el contrato no es de compraventa, sino de donación; por lo tanto, no hay transferencia de propiedad».

La inferencia es inválida. Según vimos, desde la lógica es un error señalar que si $P \rightarrow Q$, entonces necesariamente $\sim P \rightarrow \sim Q$.

En el caso, hay un error lógico. Su corrección, asimismo, derivará en que se acepte que un contrato de donación sí produce transferencia de derechos. No obstante, ello no finaliza la discusión en el eventual caso específico. Aceptado que el contrato de donación produce transferencia de derechos, los árbitros deberán proceder a evaluar si el contrato específico analizado contiene realmente una donación, o si por el contrario esconde un negocio jurídico distinto que no implique transferencia de derechos.

En última instancia, podría ser que el contrato de «donación» escondiese un negocio jurídico distinto en el que no hay transferencia de derechos, por lo que al final la conclusión sería la misma que la que se obtuvo con error lógico incluido: «en este caso no se produce una transferencia de derechos».

Por lo tanto, los errores lógicos destacan por el hecho de que su corrección conlleva una rectificación en la ilación argumentativa de la motivación. Esto, a su vez, *podría* tener como consecuencia que se modifiquen las decisiones finales tomadas para la solución del conflicto (parte resolutive del laudo).

En última instancia, la posibilidad de que la rectificación del error lógico que afectó el laudo anulado derive en que el nuevo laudo varíe en su parte resolutive, depende del caso concreto. Un estudio integral de la motivación y de la ubicación del error lógico en la misma permitirá, para cada caso, determinar cuán posible es que, si se logra la anulación del laudo, el nuevo laudo tenga una decisión distinta a la previa.

2.5.2. Posibilidad de un resultado distinto si el laudo se anuló por un defecto de insuficiencia

Si el laudo se anuló por un defecto de insuficiencia, la reformulación de la motivación del laudo se dirigirá no a modificar la ilación argumentativa, sino a suplir un vacío en cuanto al sustento de la parte que se consideró insuficientemente motivada. Así, el nuevo laudo se dirigirá a exponer mayores fundamentos, no a modificar los ya expuestos.

En otras palabras, la corrección de un defecto de insuficiencia no generará la modificación del resultado del laudo, sino simplemente pasará por exponer de manera más exhaustiva la validez de determinada sección del razonamiento expuesto. Así, la línea argumentativa no se verá afectada.

Imaginemos, aquí, a la motivación con defecto de insuficiencia como una pintura de una flor con un defecto en el pintado: La flor es toda roja, salvo una parte en la que el pintor dejó el lienzo sin pintura. En otras palabras, hay una parte del lienzo vacía de color, pero rodeada de color rojo. Veamos:³⁰⁹

³⁰⁹ Esta imagen está libre de derechos de autor. <http://www.reusableart.com/christmas-poinsettia.html>.



En este caso, luego de anulado tal laudo, el nuevo laudo deberá exponer argumentos que llenen el «vacío» de la motivación del laudo anterior. Siguiendo el ejemplo de la pintura de la flor, esto equivale a pintar la parte del lienzo que estaba en blanco. ¿Qué color cree usted que se empleará para cubrir la parte en blanco? El sentido común dicta que será rojo. Así:



Y claro, no podemos descartar que quizá el vacío se rellene con un color distinto. Siguiendo el ejemplo de la pintura, pudiera ser que en el espacio vacío se dibuje una abeja de color amarillo. No obstante, lo más probable es que el vacío se rellene en armonía con el contexto que está en rededor.

¿Qué buscamos demostrar con esta analogía? Simple: en la mayor parte de los casos, el llenado del «vacío» argumentativo irá en el mismo sentido que la línea argumentativa ya planteada en el laudo anulado. En algunos casos el vacío podrá exponer algo nuevo o distinto a las afirmaciones previamente realizadas, pero ello constituye la excepción y no la regla.

Cabe destacar que los árbitros no pueden modificar aquellas partes no afectadas por el vacío argumentativo. Así, en un caso en que la judicatura anuló un laudo por considerar insuficiente la motivación del monto indemnizatorio, el tribunal arbitral modificó en el nuevo laudo tal monto. Frente a ello, la judicatura se pronunció de nuevo señalando lo siguiente:

[E]l laudo sub *litis* se ha apartado de lo ordenado en la sentencia dictada en el expediente n.º 254-2011, pues termina revocando el monto indemnizatorio sin que ello haya sido sugerido ni contemplado en dicha sentencia, la misma que sólo ordenó que se cumpla con exponer las razones que justifican el cuántum indemnizatorio, tal como lo entendió el mismo tribunal que dictó el laudo sub *litis*.³¹⁰

Por todo lo señalado, al momento de evaluar solicitar la anulación del laudo por afectación al derecho a la motivación, la parte interesada deberá tener cuidado en determinar si tal afectación se produce por un defecto de insuficiencia. En caso fuese así, deberá evaluar de manera completa e integral el defecto, a efectos de evaluar si hay alguna probabilidad considerable de que —suponiendo que efectivamente el laudo se anule— la argumentación pendiente de completar genere un cambio en las decisiones de los árbitros.

En síntesis, las consecuencias de un defecto lógico y de un defecto de insuficiencia pueden ilustrarse de la siguiente manera:

³¹⁰ Expediente n.º 256-2014, Res. 9, 1.ª Sala Comercial, p. 9.

	Consecuencia en la motivación	Consecuencia en el resultado del nuevo laudo
Defecto lógico	Una sección del razonamiento debe rectificarse debido al defecto lógico encontrado.	La rectificación del razonamiento podría derivar en que el resultado final (decisión) también varíe. Probabilidad de que el nuevo laudo decida en sentido distinto al laudo anulado = Depende del caso concreto.
Defecto de insuficiencia	Una sección de la motivación debe ser fundamentada de manera más exhaustiva.	No hay rectificación de razonamiento. Por regla general, la mayor fundamentación armonizará con la línea argumentativa de la motivación ya presentada. Probabilidad de que el nuevo laudo decida en sentido distinto al laudo anulado = Baja.

En general, un defecto lógico en la motivación tiene mayor posibilidad que un defecto de insuficiencia de generar un cambio en la decisión final en un eventual nuevo laudo. No obstante, en última instancia el diagnóstico de un nuevo resultado luego de anulado un laudo por defectos en su motivación dependerá del caso concreto.

En conclusión, la anulación de un laudo por anomalías en su motivación no tiene como consecuencia lógica la variación de las decisiones tomadas por los árbitros para la controversia. Los árbitros deben corregir la anomalía presentada, sí; pero, también pueden mantener las decisiones que tomaron.

2.6. Legitimidad de la tutela judicial del derecho a la debida motivación de los laudos

Hemos evaluado, en los puntos anteriores, el fenómeno de la anulación del laudo por afectación al derecho a la debida motivación, tal y como se produce en la realidad. En otras palabras, hemos expuesto lo que es, y no *lo que debería ser*.

En este punto, evaluaremos si realmente es correcto y válido que se puedan anular laudos por afectación al derecho a la debida motivación. Nuestra respuesta es sencilla y contundente: evaluar judicialmente si hay una debida motivación involucra una interferencia sobre la competencia exclusiva de los árbitros para resolver el fondo del asunto.

Ahora bien, hay que diferenciar entre verificar si hay una «debida» motivación y verificar si hay simple y llanamente motivación. En este segundo caso, no se estaría interfiriendo sobre la competencia exclusiva de los árbitros para resolver el fondo. Finalmente, también evaluaremos cómo es que, de manera ideal, debería producirse la tutela del derecho a la motivación (a secas) del laudo arbitral.

En síntesis, son tres los puntos que desarrollaremos:

- El examen judicial de la debida motivación como interferencia sobre la resolución del fondo.
- El examen judicial de la existencia de la motivación (motivación «a secas») y su validez.
- La tutela ideal del derecho a la motivación. Tutela en función al acuerdo de las partes.

2.6.1. Evaluación judicial de la «debida» motivación = afectación a la competencia exclusiva de los árbitros para la resolución del fondo

La intervención sobre la resolución del fondo del asunto

En el punto 3.4.1.2 del capítulo II expusimos que cuando, a través de un amparo o hábeas corpus, se evalúa la motivación de resoluciones judiciales, la judicatura constitucional interviene de manera indirecta y parcial en la resolución del fondo del asunto. Pues bien, sucede lo mismo cuando se evalúa la motivación del laudo.

Evaluar y calificar la motivación del laudo implica necesariamente una intervención —indirecta y parcial, como veremos— sobre la resolución del fondo del asunto. La respuesta a un problema (motivación del laudo) y el problema (fondo) son elementos que se encuentran indiscutiblemente entrelazados, por lo que tocar uno impacta indirectamente sobre el otro.

Por lo tanto, no es posible alegar que el juez no interviene sobre el fondo del laudo «porque en ningún caso descarta la decisión del tribunal arbitral e impone una nueva, sino que más bien siempre devuelve la controversia a los fueros arbitrales». En realidad, al anular un laudo por supuestas anomalías en su motivación, se ingresa de manera «negativa» a la resolución del fondo: no se dice cuál es la respuesta correcta, pero se dice cuáles son respuestas «incorrectas».

A efectos de ilustrar mejor nuestra posición, recurrimos a la siguiente analogía —la que ya presentamos en el mencionado capítulo II—: en la resolución de problemas matemáticos existen tres elementos: el problema, el proceso de solución —que es la exposición de cómo se resuelve el problema— y la respuesta. Éstos pueden equipararse de la siguiente forma:

Problema matemático	≈	Fondo de la controversia
Proceso de solución	≈	Motivación del laudo
Respuesta	≈	Laudo (parte resolutive)

Calificar el proceso de solución involucra un análisis indirecto de la resolución del problema matemático. Invalidar el proceso de solución por algún defecto involucra una intervención sobre la resolución problema, toda vez que a la hora de hacer nuevamente el proceso de solución se tendrá que superar el referido defecto si es que no se quiere que se invalide otra vez la respuesta.

Entonces, cuando un tribunal estatal califica una motivación del laudo como «correcta», «incorrecta», «debida» o «indebida», está ingresando indirectamente a la resolución del fondo, toda vez que se está implícitamente señalando de qué manera se debe o no se debe resolver el caso específico. Sobre ello, el tribunal arbitral se vería en la obligación de volver a resolver el caso y exponer su motivación siguiendo los parámetros establecidos por la judicatura.

Debemos entender, entonces, que la intervención sobre el fondo no se limita a una intervención frontal y abierta (ej., el poder judicial anula el laudo porque considera que la decisión es injusta; procediendo a resolver el mismo según su visión de justicia), sino que también puede darse a través de maneras matizadas.

Veámoslo con otro ejemplo: Imaginemos que el fondo de la controversia es un bloque de mármol. Frente a ello, el escultor contratado por el mecenas es el único encargado de definir cómo talla y hace una escultura final sobre el bloque asignado. Pues bien, hay dos maneras para que un ajeno intervenga en el tallado: (i) el tercero ajeno sustrae el bloque del dominio del escultor, y procede a tallarlo por su propia mano; o (ii) el tercero ajeno logra que su aprobación de la escultura sea necesaria para que el escultor pueda entregar su obra al mecenas.

En otras palabras, no se interviene sobre el diseño de la escultura sólo cuando se «mete la mano» directamente en la misma, sino también cuando se requiere el «visto bueno» de un tercero para que la escultura quede en versión final. No puede hablarse de competencia *exclusiva* si un tercero ajeno cuenta con el poder de calificar lo realizado.

En síntesis, los tribunales nacionales intervienen sobre la resolución del fondo de la controversia cuando analizan la motivación del laudo. Se trata de una interferencia:

- (i) Indirecta, puesto que los tribunales judiciales se entrometen en la resolución del fondo a través de la calificación de la motivación del laudo.
- (ii) Parcial, puesto que en puridad los tribunales judiciales no imponen una respuesta final y vinculante al fondo de la controversia (lo que constituiría una intervención total sobre la resolución del fondo), sino que más bien al calificar la motivación condicionan al tribunal arbitral para cuando éste vuelva a laudarse el caso.

La resolución del fondo del asunto como competencia exclusiva de los árbitros

Los jueces, entonces, intervienen en la resolución del fondo del asunto al evaluar la motivación. ¿Qué de malo tiene ello? Simple, sucede que, como ya señalamos varias veces, la resolución del fondo es competencia exclusiva de los árbitros.

Esta competencia exclusiva de los árbitros sobre la resolución del fondo no sólo es un principio general en el arbitraje, sino que, para el caso peruano, está reconocido en el artículo 62 de nuestra LA. Nuestra norma, inclusive, tiene cuidado de precisar que los tribunales nacionales no pueden calificar criterios, motivaciones o interpretaciones realizadas por el tribunal arbitral. Veamos:

Artículo 62.- Recurso de anulación.

[...]

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. **Está prohibido** bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o **calificar** los criterios, **motivaciones** o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral. (El énfasis es nuestro).

En síntesis, nadie está habilitado para criticar, calificar o evaluar la «calidad» de la motivación. El enlace, por cierto, de esta prohibición con la protección de la competencia exclusiva de los árbitros sobre el fondo

del asunto es indiscutible. Así, «en el artículo 62 [de la LA] claramente se señala que no se discuten las motivaciones. No pueden ser discutibles si es que corresponde al árbitro y sólo a él ver el fondo de la controversia».³¹¹ Si los árbitros tienen exclusiva competencia para resolver el fondo, el análisis judicial de la motivación del laudo constituye una violación a tal competencia.

2.6.2. *Evaluación judicial de la motivación «a secas» (motivación inexistente) = tutela legítima*

Luego de leer lo señalado en el punto anterior, el lector podría plantear el siguiente razonamiento: «Pero, suponiendo que las partes acordaron que el laudo esté motivado, ¿qué pasa si los árbitros expiden un laudo que carece absolutamente de motivación?».

Frente a ello, consideramos que sí puede haber una tutela judicial del derecho crediticio a la existencia de la motivación de un laudo. Sucede que no hay intervención sobre el fondo vía calificación de la motivación si no hay motivación alguna que pueda ser calificada.

En ese sentido, sólo la motivación *inexistente* podría constituir una vulneración al derecho a la motivación, pasible de ser tutelada vía anulación de laudo.³¹² Motivación inexistente equivale a la ausencia de motivación, significa un vacío absoluto e indiscutible de las razones que dieron lugar a la decisión arbitral. Por lo tanto, para notarlo bastaría una lectura rápida y superficial del laudo. En esa línea, Cantuarias sostiene que lo único que debe acreditarse es la existencia de la motivación, sin importar si ésta es «correcta» o «debida». Así:

³¹¹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «El control judicial del arbitraje». En *Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje 2010*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra, vol. xx, 2012, pp. 31.

³¹² BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «El control judicial del arbitraje». *Ob. cit.*, pp. 30-31.

El estándar de análisis debe ser uno formal, en el sentido que debe bastar que de una simple y superficial lectura del laudo arbitral aparezca que los árbitros han explicado, bien o mal, corto o largo, correcta o defectuosamente, lógica o ilógicamente (pues todo es una cuestión de fondo), las razones por las cuales ha fallado a favor de una de las partes, para que se tenga por cumplido el requisito de motivación.³¹³

La posición, por cierto, resulta coherente. Se plantea que los jueces no pueden calificar la motivación realizada por los árbitros, puesto que ello constituye una intervención en la resolución del fondo; no obstante, en el supuesto de motivación inexistente, no hay motivación, y no se puede calificar aquello que no existe. El supuesto de motivación inexistente y su detección, entonces, no transgreden la exclusividad de la competencia arbitral sobre el fondo.

Ahora bien, debe tenerse bastante cuidado al delimitar aquí lo que significa que no haya motivación. Debe tratarse de un caso evidente e indiscutible. Cualquier argumentación referida a que no hay motivación porque la exposición no es suficiente, correcta, o porque es muy pequeña o sintetizada debe considerarse inválida. Los supuestos de ausencia de motivación deben ser apreciables de manera rápida a través de un análisis superficial. Así, ausencia absoluta de motivación se referiría:

- Principalmente, a casos en que simplemente no hay texto alguno de motivación. Esto es, la decisión se presenta en el laudo sola, sin ningún apartado de considerandos en los que se expongan las razones de la misma.
- De manera excepcional, ausencia absoluta de motivación también puede abarcar a supuestos en los que hay un texto pero éste, a todas luces y de manera indiscutible, no puede calificarse de motivación. Ejemplos: el poner como motivación a la letra

³¹³ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «La motivación del laudo arbitral». En *Revista de Economía y Derecho*. Lima, noviembre de 2006, n.º 11, p. 70.

de una canción, o, para poner casos más factibles, que la motivación se refiera a un caso totalmente distinto,³¹⁴ o que la motivación se conforme por citas de lo alegado por las partes, doctrina, y/o jurisprudencia sin un análisis propio del tribunal arbitral.

En síntesis, si las partes pactan que el laudo esté motivado se constituye una prestación, sobre los árbitros, consistente en cumplir con entregar un laudo motivado. Si el laudo carece, de manera absoluta y evidente, de motivación, se está incumpliendo con lo establecido y por lo tanto ello debe derivar en una sanción, la que consistiría en la anulación del laudo.

2.6.3. Tutela ideal: la evaluación judicial de la motivación según cómo la definan las partes

¿Qué pasaría si las partes quieren que el laudo no sólo esté motivado, sino que esté «debidamente motivado»? Más aún, ¿qué pasaría si las partes están de acuerdo en que contra el eventual laudo debería haber la posibilidad de que los tribunales nacionales puedan revisar si la motivación cumple con ser «debida»?

Estas preguntas ya han sido respondidas por nuestra doctrina. Así, Bullard señaló que las partes podrían efectivamente pactar que la motivación del laudo deba calificar como una «debida» motivación, y consintiendo por tanto en que el laudo pueda ser anulado si la motivación, a ojos de los jueces, no cumple con tal estándar.³¹⁵

³¹⁴ Este ejemplo constituye un supuesto exagerado de un caso real que no podemos mencionar debido a la confidencialidad. En el caso, la motivación de una de las pretensiones accesorias consignaba información que correspondía a un proceso ajeno al discutido. El *impasse* se solucionó a través de una solicitud de integración.

³¹⁵ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Comentario al artículo 56 de la LA». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (coords.). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 631-632.

Este importante tema, si bien enlazado al análisis de la tutela judicial, será evaluado *in extenso* en el capítulo v. Tal capítulo se enfoca en la regulación que pueden hacer las partes —en el arbitraje entre particulares— sobre el derecho a la motivación y las consecuencias que ello tiene en la tutela de tal derecho.

2.6.4. Breve excursio: la imposibilidad de extender todas las garantías del debido proceso al arbitraje

Al presentar el estado de la cuestión, expusimos que el análisis judicial de la motivación de laudos arbitrales tiene como sustento base la extrapolación del debido proceso judicial al ámbito arbitral. Esta extrapolación involucra la extensión de *todas* las garantías que componen el debido proceso. Pues bien, este traslado total y completo del debido proceso al arbitraje es (i) inviable y, a nuestro juicio, (ii) contraproducente.

Es (i) inviable porque un análisis rápido de todas las garantías que componen el debido proceso judicial permite concluir que algunas de ellas van en contra de la estructura esencial del arbitraje.

Extender las garantías del debido proceso a instituciones distintas al proceso judicial no es una tarea de «copiar y pegar». Así, «que el debido proceso tenga una vocación expansiva más allá del terreno exclusivamente judicial, no quiere decir que todos los derechos que lo conforman puedan ser susceptibles de ser titularizados, sin más, en cada uno de esos ámbitos ajenos al estrictamente judicial». ³¹⁶ A mayor detalle, el propio Tribunal Constitucional se encargó de dejar en claro ello en el conocido caso de *Sulliden-Algamarca*:

Sin embargo, esta vocación expansiva del derecho al debido proceso no significa que todos los derechos que lo conforman se extiendan, *tout court*, a todos los procesos o procedimientos a los que antes se ha hecho referencia. El tribunal ha advertido tam-

³¹⁶ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 7829-2005-PA/TC, fundamento 6.

bién la existencia de determinados derechos que, perteneciendo al debido proceso judicial, no necesariamente forman parte del debido proceso en los procedimientos ante personas jurídicas de derecho privado, como puede ser el caso de la pluralidad de la instancia.³¹⁷

El arbitraje tiene naturaleza y contenido distintos a los del proceso judicial, y cuya esencia radica en la libertad de las partes; por lo que si se pretende instaurar un «debido proceso arbitral»,³¹⁸ las garantías de éste —en tanto derecho continente que agrupa un haz de garantías y derechos diversos—³¹⁹ «serán aplicables al arbitraje siempre que sean compatibles con su naturaleza y fines de dicha institución, los mismos que deben ser interpretados de conformidad con el artículo 1 de la Constitución».³²⁰ En esa línea, el maestro Santistevan de Noriega señaló lo siguiente:

³¹⁷ Sentencia del TC sobre los expedientes n.º 6149-2006-PA/TC y n.º 6662-2006-PA/TC, fundamento 38.

³¹⁸ No podemos evitar señalar, a pie de página, nuestra total discrepancia para con un concepto como éste. Si bien es cierto que los mecanismos heterocompositivos de solución de conflictos comparten una base mínima que podría traducirse en «garantías» para los usuarios de los mismos, éste no equivale al actual concepto de debido proceso en el Perú. El debido proceso, en el Perú, es una concepción que nace, crece y vive en el proceso judicial, se encuentra enmarcada en él.

Así, la aproximación metodológica resulta incorrecta. No se debe tratar de buscar en el debido proceso aquellas partes de su contenido que puedan ser extensibles a los otros mecanismos heterocompositivos de solución de conflicto; ello representa una visión sesgada, enfrascada y desarrollada sobre conceptos contruidos para un contexto específico. Debe más bien hacerse un nuevo análisis, desligado al ámbito procesal, que busque determinar qué principios o garantías son inmanentes a cualquier mecanismo que administre justicia. Sobre tal base, nacerían especies singulares y distintas al clásico proceso judicial, tales como —y esto constituye una tentación académica— el procedimiento arbitral adecuado, el procedimiento estándar en *dispute boards*, entre otros.

³¹⁹ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 7829-2005-PA/TC, fundamento 6.

³²⁰ LANDA ARROYO, César. «El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En *Thémis*. Lima, n.º 53, 2007, p. 40.

El arbitraje, de por sí, exige un contenido propio del debido proceso que responda a una de sus características esenciales, el ejercicio de la libre voluntad de las partes, desde el inicio y hasta la conclusión del proceso arbitral, lo que incluye la efectividad de las decisiones que adopte el tribunal arbitral, que se traduce al final del día en laudos ejecutables nacional e internacionalmente.³²¹

Recapitulando, las garantías de la función jurisdiccional establecidas en nuestra Constitución no pueden ser aplicadas sin más al arbitraje. Aquéllas, dado nuestro marco actual, deberían³²² armonizar con el contenido de ésta, y aplicarse en la medida de que no atenten contra la naturaleza del arbitraje.

En realidad, esto se debe a que las garantías propias de la función jurisdiccional fueron establecidas en nuestra Constitución pensando que la única forma de administrar justicia era la de los tribunales ordinarios. La asamblea constituyente debió tener en cuenta que si iba a considerar al arbitraje como jurisdicción, los principios de la función jurisdiccional debían conformarse por el «mínimo común» aplicable a cualquier mecanismo heterocompositivo.³²³

Sea como fuere, es evidente que diferentes garantías, principios y derechos del debido proceso no pueden resultar aplicables al arbitraje. Sólo como referencia:

- Derecho a la pluralidad de instancias. Reconocido en el artículo 139.6 de la Constitución. Éste establece que uno de los princi-

³²¹ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes?: el debido proceso en sede arbitral». En *Ius et Veritas*. Lima, n.º 37, 2008, p. 44.

³²² Todo esto presumiendo que el arbitraje se considere válidamente como jurisdicción. Nuestra posición, en realidad, va en sentido contrario.

³²³ Arbitraje y proceso judicial no son los únicos mecanismos heterocompositivos de solución de conflictos. Así, existe por ejemplo la institución del procedimiento pericial (regulada en la décimo tercera disposición complementaria de la LA), y no puede descartarse que en el futuro el avance de la sociedad y el comercio generen nuevos mecanismos heterocompositivos de solución de conflictos.

pios de la función jurisdiccional es la pluralidad de instancias. Esto es, siguiendo la literalidad del Pacto de San José, el derecho a «recurrir de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior».

Bajo la norma vigente de arbitraje, el laudo arbitral es definitivo e inapelable. No hay, en el arbitraje peruano, pluralidad de instancias —salvo que las partes pacten ello—. Esta garantía de la función jurisdiccional, entonces, no se cumple para el arbitraje. Y la razón es bastante simple, no se cumple porque atentaría contra la naturaleza del arbitraje como institución. Imponer que las partes tengan, siempre, un derecho a apelar haría obsoleto al arbitraje.

- Derecho a plazos razonables. En general —y aunque no es tema del presente trabajo—, podemos afirmar que el propio derecho de defensa no se manifiesta de igual forma en el proceso judicial que en el arbitraje. Una forma de ilustrar esto se encuentra el derecho al plazo razonable, que constituye una manifestación del derecho de defensa.

Se plantea que el principio de celeridad procesal debe regularse de forma tal que no se afecte el derecho de defensa. En general, «todo acto de celeridad debe tener como propósito esencial el respeto del derecho a la tutela procesal efectiva».³²⁴ Así, de acuerdo al derecho al plazo razonable, los plazos asignados a las partes para que éstas realicen determinadas actuaciones no pueden llegar al punto de ser tan breves que afecten el tiempo mínimo necesario para que la parte pueda preparar adecuadamente su estrategia procesal y defensa sustancial.³²⁵ Más aún, se plantea que el derecho al plazo razonable deriva en que los

³²⁴ Sentencia del TC sobre el expediente n.º 6712-2005-HC/TC, fundamento 29.

³²⁵ Sentencia C-699/00 de la Corte Constitucional de Colombia, fundamento 5. En el Perú, esto ya se ha señalado expresamente en el ámbito del derecho sancionador, *vid.* Sentencia del TC sobre el expediente n.º 00156-2012-PHC/TC.

plazos deban adaptarse según la complejidad del tema y los derechos en disputa.³²⁶

No obstante, ¿sería posible reclamar una afectación al derecho de defensa si las partes decidieron establecer plazos brevísimos para realizar sus actuaciones? La respuesta es evidentemente negativa. ¿Y para el caso de actuaciones importantes en temas complejos? La respuesta es la misma: negativa.

El derecho de defensa, en este aspecto, pasa pues a ser indirectamente regulable por los usuarios del arbitraje. Su «extensión», así, se ve delimitada según el consenso de los sujetos involucrados. Algo impensable para el proceso judicial es algo perfectamente posible dentro de un procedimiento arbitral.

- ¡Derecho a la debida motivación! La tutela de este derecho implica la afectación del principio de competencia exclusiva de los árbitros sobre la resolución del fondo de la controversia. Esto que es tan claro parece no ser aceptado por una considerable sección del medio arbitral peruano, los que al concebir la anulación del laudo por afectación al derecho a la debida motivación están implícitamente afirmando que el principio de competencia sobre la resolución del fondo no es exclusivo de los árbitros.

Pero, esta medida de extrapolación de todas las garantías del debido proceso no sólo es inviable. También es (ii) contraproducente, porque este ejercicio de extrapolar todas las garantías del debido proceso judicial al arbitraje daña a la regularidad del procedimiento arbitral. Al insertar el debido proceso judicial se genera un fenómeno de «procesalización» del arbitraje, el que involucra la inserción de criterios y lineamientos

³²⁶ GRILLO CIOCCHINI, Pablo Agustín. «Debido proceso, “plazo razonable” y otras declamaciones». En *Debido proceso. Realidad y debido proceso. El debido proceso y la prueba*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 184.

formales contruidos para la dinámica judicial, pero ineficientes para el arbitraje.

En síntesis, el presente excursio busca exponer que el fenómeno base que ha dado origen a la imposición del derecho a la debida motivación al arbitraje es, en sí, un fenómeno sumamente criticable. Si bien escapa a este trabajo, es esencial reflexionar respecto de la justicia en el procedimiento arbitral y cómo el mismo no requiere del debido proceso para mantenerse. En última instancia, el tema base pasa por la consideración del arbitraje como jurisdicción, tema sobre el que, aquí, no diremos nada.

2.7. Estadísticas sobre información empírica

En la búsqueda por tener una noción *cuantitativa* sobre la anulación del laudo por afectación del derecho a la motivación, sistematizamos todas las sentencias (821)³²⁷ sobre anulación del laudo evaluadas bajo la vigente LA. Veamos:

Información sobre la muestra

Sentencias evaluadas	:	821
Arco temporal	:	2009 hasta el 7 de enero de 2017
Órganos emisores	:	Primera Sala Comercial y Segunda Sala Comercial
Criterio de selección	:	Sentencias que evalúan el pedido de anulación bajo el Decreto Legislativo n.º 1071

³²⁷ Información obtenida de:

<http://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/resolucion-busqueda-especializada-superior.xhtml>.

Número de casos reportados al 7 de enero de 2017. No se cuentan sentencias que declaran improcedente o inadmisibile a la demanda de anulación. Según tal web, ésta recopila todas las sentencias expedidas sobre anulación, sin excepción.

Sobre ello, pasaremos a exponer la siguiente información: (i) frecuencia de las causales empleadas; (ii) análisis de la motivación del laudo; y (iii) porcentaje de casos en los que el laudo fue anulado por anomalías en su motivación.

En cuanto a (i), sabemos que la anulación del laudo se produce cuando se prueba la configuración de alguna de las causales establecidas en el artículo 63 de la LA. Veamos la norma:

Artículo 63.- Causales de anulación.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.

b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

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 la 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.

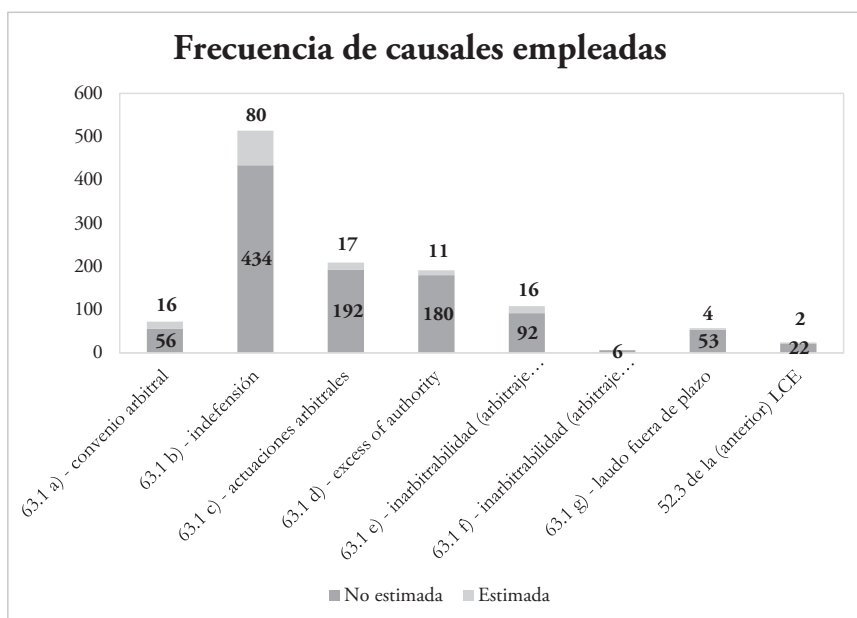
d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.

f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.

g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

El artículo 63 de la LA establece siete causales; pero a dicha lista cabe añadir la causal establecida en el artículo 52.3³²⁸ de la anterior Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo n.º 1017. Por lo tanto, tendríamos ocho causales «oficiales». Veamos ahora el recuento de las veces en que cada causal ha sido objeto de demanda de anulación, así como su estimación o desestimación.



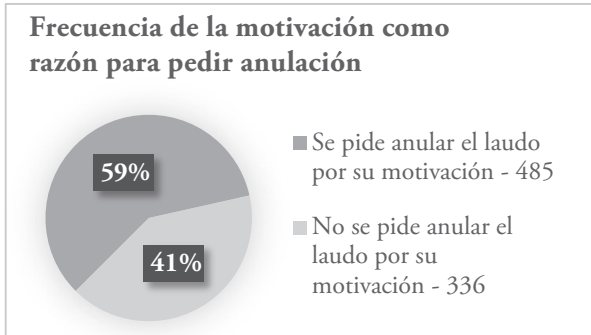
La información muestra que la causal más empleada es la del artículo 63.1 b) (514); seguida por la causal 63.1 c) (209); d) (191); e) (108); a) (72); g) (57); 52.3 de la anterior Ley de Contrataciones del Estado (24); y, finalmente, la causal 63.1 f) (6).

³²⁸ «Artículo 52.- Solución de controversias

[...]

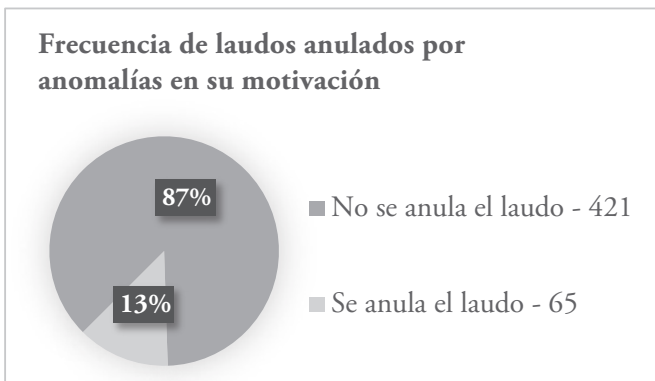
52.3 El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo».

Sobre (ii), un análisis de las 821 sentencias denota que la principal razón para pedir la anulación radica en supuestas anomalías o defectos en la motivación del laudo. Veamos:



Así, la anulación del laudo por vulneración del derecho a la motivación constituye un supuesto *sui generis*. Como ya expresamos, la revisión de la motivación constituye una afectación a la competencia arbitral exclusiva sobre el fondo del asunto. No obstante, tal argumentación de nada sirve ante la contundente realidad: el argumento más frecuente para pedir la anulación de un laudo radica en el cuestionamiento a su motivación.

Finalmente, en cuanto a (iii), de los 485 casos en los que se analiza la motivación, sólo en 65 (13,4%) el laudo se anuló por algún defecto o anomalía en la motivación.



3. LA TUTELA JUDICIAL DEL DERECHO A LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES ARBITRALES DISTINTAS A LAS DE RESOLUCIÓN DEL FONDO

La anulación del laudo por defectos en la motivación del mismo en cuanto a sus decisiones sobre el fondo es algo, según vimos, común en nuestro marco actual. No obstante, ¿puede anularse un laudo por anomalías en la motivación de una resolución que incorpora una parte no signataria o que resuelve si la materia es o no arbitrable? Para resolver si el laudo puede anularse por cuestiones de la motivación de decisiones arbitrales distintas a la resolución del fondo, desarrollaremos el siguiente esquema:

- La irrelevancia de tutelar el derecho a la motivación de decisiones arbitrales que (i) resuelven sobre la competencia del tribunal arbitral; o (ii) disponen la incorporación de partes no signatarias.
- La siguiente regla general: los árbitros no están obligados —salvo imposición de ley o acuerdo convencional— a motivar sus decisiones. Luego, no hay derecho a la motivación de las decisiones arbitrales, y por lo tanto mucho menos puede pedirse tutela de tal derecho.
- Análisis de la tutela judicial del derecho a la motivación en los casos en que hay obligación legal de motivar decisiones arbitrales distintas al laudo.
- Análisis de la tutela judicial del derecho a la motivación en los casos en que hay obligación convencional de motivar decisiones arbitrales distintas al laudo.

A continuación, el desarrollo separado de cada uno de estos aspectos.

3.1. Antesala: tutela judicial de la motivación innecesaria para decisiones sobre la competencia del tribunal arbitral y sobre la incorporación de partes no signatarias

Un aspecto previo a tener en cuenta antes de evaluar la tutela judicial del derecho a la motivación de decisiones distintas a las de resolución del fondo del asunto radica en que para algunas de ellas ya existe una vía específica de tutela judicial. En términos específicos, no es necesario que haya tutela del derecho a la motivación de decisiones sobre:

- (i) La competencia objetiva del tribunal arbitral.
- (ii) La incorporación de partes no signatarias.³²⁹

Esto se debe a que para ambos temas existen vías judiciales que permiten impugnar tales decisiones arbitrales.

Si existe una vía de impugnación que permite a los tribunales nacionales revocar determinada decisión arbitral e imponer una nueva decisión con carácter final y vinculante, entonces una vía para cuestionar la motivación resulta innecesaria. ¿Para qué crear una vía de tutela de la exposición de las razones de una decisión (motivación) cuando se puede cuestionar directamente la validez y corrección de la decisión? En último caso, si existe una vía que otorga a la judicatura *full review* de una decisión arbitral, dentro de ella también podría reclamarse por la afectación del derecho a la motivación generada por dicha decisión arbitral.

Así, para el caso de (i) la competencia objetiva del tribunal arbitral, sucede que una de las causales para cuestionar la validez de un arbitraje en vía de anulación de laudo es justamente la de la competencia objetiva del tribunal arbitral. Si una de las partes considera que el tribunal

³²⁹ En sentido estricto, éste también es un tema de competencia (subjctiva) del tribunal arbitral. No obstante, para facilidad en la exposición hemos decidido separarlo.

arbitral carecía de competencia para resolver (toda o parte de) la controversia, puede recurrir a los tribunales judiciales para lograr revocar la decisión tomada por los árbitros.

Por otro lado, para el caso de (ii) las decisiones que disponen la incorporación de partes no signatarias al arbitraje, éstas pueden ser cuestionadas mediante un amparo. Según señalamos, uno de los supuestos de procedencia del amparo arbitral consiste en el tercero que no forma parte del convenio arbitral y que reclama por la afectación que genera el laudo en sus derechos constitucionales.

En síntesis, para estos casos carece de sentido que haya una vía judicial para impugnar la motivación. Ello, puesto que en ambos los tribunales judiciales tienen competencia para analizar de manera integral la decisión arbitral y revocarla si así lo consideran pertinente.

3.2. Regla general: ausencia de tutela judicial para el derecho a la motivación

El punto de partida al momento de evaluar la tutela del derecho a la motivación de decisiones arbitrales no contenidas en el laudo está en que, por regla general, no hay tutela judicial. Por defecto, las partes no tienen un derecho a la motivación de decisiones arbitrales sobre aspectos distintos a la resolución del fondo del asunto; y si no hay derecho, mucho menos puede haber tutela del mismo.

El análisis de la tutela judicial del derecho a la motivación aquí, entonces, se da justamente cuando, como base, las partes tienen tal derecho. Este derecho puede derivarse de dos fuentes: fuente legal y fuente convencional. Ambos casos serán evaluados a continuación.

3.3. La tutela judicial del derecho a la motivación en supuestos de obligación legal de motivar

Según expusimos, la LA establece obligación legal de motivar para (i) decisiones que disponen prescindir la actuación de prueba admitida; y (ii) decisiones que reconsideran decisiones previas. Ambos supuestos serán analizados a continuación.

3.3.1. El caso de las decisiones de prescindir de prueba admitida

Análisis de la viabilidad de la anulación

Según desarrollamos en el capítulo anterior, nuestra LA establece, en su artículo 43.2, que «el tribunal arbitral está facultado, asimismo, para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso». Existe, pues, una obligación legal de motivar tales decisiones, generándose un respectivo derecho de las partes a obtener dicha decisión de manera motivada.

Entonces, ¿qué pasaría si un tribunal arbitral decide prescindir de actuar prueba admitida sin motivar tal decisión? ¿Podría la parte afectada solicitar la anulación del laudo? Nuestra respuesta aquí es afirmativa: el laudo puede ser anulado por afectación al derecho a la motivación de una decisión que dispone prescindir la actuación de prueba admitida.

Esta anulación del laudo podría considerarse justificada en la medida en que una decisión de tal naturaleza —prescindir de prueba ya admitida— es una decisión *sensible*. No estamos aquí frente a una decisión que programa una audiencia o que establece un plazo adicional para la presentación de un informe pericial. En realidad, esta decisión está directamente enlazada con el derecho a probar, un derecho esencial para cualquier mecanismo heterocompositivo.

Así pues, el incumplimiento de la obligación de motivación pone en riesgo a un derecho trascendental: el derecho a ofrecer prueba y que ésta sea valorada en caso se haya admitido. La afectación de tal derecho hace peligrar incluso a la justicia del propio arbitraje, y por lo tanto tendría sentido que pueda reclamarse la anulación del laudo por afectación del derecho a la debida motivación.

El examen de la motivación de la decisión de prescindir de prueba admitida

La anulación del laudo procedería sólo ante el flagrante supuesto en que el tribunal arbitral no haya motivado absolutamente nada. En estos casos, los tribunales judiciales verifican la afectación del derecho sin interferir con la competencia exclusiva del tribunal arbitral para admitir, actuar y valorar pruebas.

Como ya señalamos, el examen judicial de la motivación involucra —salvo el supuesto en que es absolutamente evidente que no hay motivación alguna— una intervención sobre la competencia del tribunal arbitral. Recordemos que los árbitros tienen, según el artículo 43.1 de la LA, exclusiva competencia para decidir respecto de qué pruebas se admiten, se actúan, y cómo se valoran. Por lo tanto, pretender que la justificación interna y externa de la motivación puedan ser materia de evaluación judicial en estas decisiones constituye una ilegítima intervención a la competencia exclusiva de los árbitros respecto a la prueba.

Nuestro argumento estaría respaldado en el hecho de que el debido proceso judicial no puede «clonarse» y aplicarse en toda su integridad a otros mecanismos distintos al proceso judicial.³³⁰ En este caso, el derecho a la debida motivación no sería aplicable para las decisiones sobre prueba,³³¹ por lo que no podría darse un examen judicial de la «debida»

³³⁰ Sentencia del TC sobre los expedientes n.º 6149-2006-PA/TC y n.º 6662-2006-PA/TC, fundamento 38.

³³¹ Salvo que las partes pacten en sentido distinto.

motivación en estos casos. El examen se limitaría a evaluar si, de manera indiscutible, hay una flagrante ausencia de motivación, y ése sería el único caso en que se podría anular el laudo por afectación del derecho a la motivación establecido en el artículo 43.2 de la LA.

Procedimiento a seguir

La parte afectada deberá cumplir con el trámite previo establecido en el artículo 63.2 de la LA. Es decir, deberá presentar un reclamo, el que se canalizaría a través de una solicitud de reconsideración, a efectos de lograr proteger su derecho supuestamente afectado.

A nuestro juicio, el artículo 63.2 constituye una excelente herramienta para proteger la validez del arbitraje. En el presente caso, si por alguna razón realmente el tribunal arbitral incumplió con el mandato del artículo 43.2, podrá tomar nota de ello dado el reclamo que tiene que hacer la parte.

Por lo tanto, la anulación del laudo por falta de motivación de la decisión que prescinde de actuar prueba admitida no podría proceder en supuestos de «descuido» del tribunal arbitral. Por el contrario, para que tal tema pueda discutirse ante los tribunales judiciales, habrá sido necesario que la parte afectada haya hecho primero el reclamo ante el tribunal arbitral, y que éste haya mantenido su posición consistente en que la decisión arbitral sí estaba motivada.

3.3.2. El caso de las decisiones de reconsideración

Análisis de la viabilidad de la anulación

Según desarrollamos en el capítulo anterior, nuestra LA establece, en su artículo 49.1, que «las decisiones del tribunal arbitral, distintas al laudo, pueden ser reconsideradas a iniciativa de una de las partes o del tribunal arbitral, por razones debidamente motivadas». Existe, aquí

también, una obligación legal de motivar tales decisiones, generándose un respectivo derecho de las partes a obtener dicha decisión de manera motivada.

Destaca el empleo del término «debidamente» para la motivación. Aun cuando en la práctica la imposición de la debida motivación judicial para el arbitraje deriva en que la decisión tenga que estar «debidamente» motivada incluso si la norma sólo dispusiese que tenga que estar motivada a secas (caso del artículo 43.2 de la LA), resulta interesante que el legislador haya considerado que, más allá de la imposición o no de la debida motivación judicial al arbitraje, esta decisión siempre tenga que estar «debidamente» motivada.

Si bien discrepamos de la opción tomada por el legislador, cabe tener presente que éste en ningún momento concibió que el derecho a la debida motivación podría ser causal de anulación de laudos. El legislador supuso —con toda validez— que no habría interferencia judicial en el arbitraje a través de la tutela del derecho a la «debida» motivación.

El examen de la motivación de la decisión de reconsideración

Aquí, al igual que el caso anterior, la anulación del laudo procedería sólo ante el flagrante supuesto en que el tribunal arbitral no haya motivado absolutamente nada. En estos casos, los tribunales judiciales verifican la afectación del derecho sin interferir con la competencia del tribunal arbitral para resolver cualquier incidencia que surja durante las actuaciones arbitrales.

El sustento estaría, de nuevo, en el hecho de que el debido proceso y sus garantías no se aplican de la misma manera en el arbitraje y en el proceso judicial. En aquél, es necesario que la aplicación no altere ni afecte la esencia de la institución. Por ello es que en estos casos la tutela del derecho a la «debida» motivación no podría proceder, puesto que en caso contrario se generaría una herramienta que haría inviable cualquier arbitraje.

En efecto, ¿se imagina las consecuencias de solicitar anulación por cualquier resolución de reconsideración que revoca una decisión anterior e impone una nueva? El control judicial se extendería a diferentes aspectos del procedimiento arbitral; perjudicando así la seguridad y fiabilidad de éste.

En síntesis, si la decisión que reconsidera una decisión previa adolece de un indiscutible vacío de motivación, entonces la misma podrá derivar en la anulación del laudo. En cualquier otro caso, no; porque permitir un examen más «profundo» de la motivación desnaturalizaría el procedimiento arbitral.

Procedimiento a seguir

Si una de las partes percibe que una decisión de reconsideración carece de motivación, deberá cumplir con lo establecido en el artículo 63.2 de la LA. En específico, deberá dejar constancia de su reclamo expreso, señalando que se valdrá de tal incidencia para solicitar la anulación del laudo en sede judicial.

Frente a ello, nos animamos a señalar que, en función a la flexibilidad de las actuaciones y el poder de dirección de los árbitros, el tribunal arbitral podría expedir, de oficio, una exposición de motivos respecto de su decisión de reconsideración. De esta forma, se lograría prevenir cualquier posible anulación futura por tal supuesto vicio.

3.4. La tutela judicial del derecho a la motivación en supuestos de obligación convencional de motivar

Según vimos, el derecho a la motivación es un derecho crediticio. Esto no se limita al laudo; las partes podrían generar este derecho para cualquier decisión que consideren merece ser motivada.

Pues bien, ¿qué pasa si las partes pactan que una decisión —distinta al laudo— deberá estar motivada y ello no se cumple? ¿Cuál es el ámbito de tutela judicial en estos casos? La respuesta aquí es que la extensión del examen judicial para tutelar el derecho a la motivación *dependerá* de lo que pactaron específicamente las partes.

Veamos: Si «A» se obliga a entregar un carro —de marca y modelo determinados, pero sin señalar el color— a «B», «A» podrá cumplir entregándole el carro pactado, sin importar el color puesto que en este caso las partes no pactaron nada respecto del color del vehículo. Aun si a «B» no le gusta el color del vehículo, no podrá recurrir a la tutela judicial para que «A» le entregue un carro de color distinto.

No obstante, si «A» y «B» hubiesen pactado que el carro tenía que ser, necesariamente, de color azul, entonces «B» podrá recurrir a los tribunales judiciales para tutelar su derecho en caso reciba un vehículo de color distinto. La judicatura, aquí, podrá (i) determinar si el carro es efectivamente del color pactado; y (ii) ordenar la entrega de un carro de color azul.

El tema, entonces, está enlazado a la regulación que pueden hacer las partes sobre su derecho a la motivación de decisiones arbitrales. En ese sentido, reservamos el análisis de este aspecto para el capítulo siguiente, en el que se evaluará *in extenso* lo que las partes pueden establecer respecto de la motivación, y cómo ello tiene efectos la tutela judicial de tal derecho.

4. EL CONTROL ADMINISTRATIVO-REGISTRAL DE LA MOTIVACIÓN: LA INSCRIPCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES CON EFECTOS REGISTRALES PARA PARTES NO SIGNATARIAS

En adición a la tutela judicial del derecho a la motivación del laudo, existe otro supuesto de control estatal que evalúa y califica —en determinados

casos— la motivación de decisiones arbitrales. La entidad estatal que realiza esto es la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp); y el control que ejerce se da al momento de inscribir decisiones arbitrales en partidas registrales cuando aquéllas afectan a partes no signatarias del convenio arbitral que derivó en el arbitraje.

Sobre ello, procederemos a evaluar lo siguiente:

- (1) Contexto histórico en el que se originó el control administrativo-registral de la motivación de los laudos.
- (2) Análisis del artículo 56.3 de la LA.
 - (2.1) Estructura de la disposición.
 - (2.2) Naturaleza de la disposición.
 - (2.3) Alcance de la disposición.
- (3) La «motivación» según el criterio de los Registros Públicos.
- (4) Evaluación crítica del artículo 56.3 de la LA.

4.1. Contexto histórico

Hacia el año 2013, numerosas denuncias y reportajes dieron cuenta del empleo de procedimientos arbitrales irregulares y fraudulentos para lograr la apropiación ilícita de bienes inmuebles.³³² En términos simples «laudos arbitrales amañados, en donde no hay acuerdo de las partes para someterse a un árbitro, pero ese árbitro asume competencia y decide

³³² ROMERO, César. “Así operaba la red de Rodolfo Orellana”. En *La República*. Lima, 22 de junio de 2014, pp. 6-7. Consulta: 31 de julio de 2016. Recuperado de: <http://larepublica.pe/22-06-2014/asi-opera-la-red-de-rodolfo-orellana>.

sobre la propiedad de un inmueble». ³³³ En respuesta, la Sunarp decidió tomar medidas para evitar/dificultar la transferencia de inmuebles vía laudos fraudulentos. Así, se añadió, entre otros, el artículo 32-A ³³⁴ al Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos. Observemos:

Artículo 32-A.- Alcances de la calificación de los laudos arbitrales

En los casos de los laudos y los procedimientos realizados por el tribunal arbitral o árbitro único para laudar, el registrador público y el tribunal registral efectuarán su calificación de conformidad con las normas que regulan el arbitraje y lo dispuesto en el artículo 32 del presente reglamento.

No será inscribible el laudo arbitral que afecte a un tercero que no suscribió el convenio arbitral.

Sin perjuicio de ello, las instancias registrales no podrán evaluar la competencia del tribunal arbitral o árbitro único para laudar, el contenido del laudo, ni la capacidad de los árbitros para ejecutarlo. Tampoco podrá calificar la validez del convenio arbitral ni su correspondencia con el contenido del laudo.

El tribunal arbitral o árbitro único asume exclusiva responsabilidad por las decisiones adoptadas en el ámbito de su competencia. Tratándose del convenio arbitral, la calificación se circunscribirá únicamente a la verificación del sometimiento de las partes a la vía arbitral.

Si el tribunal arbitral o árbitro único reitera su mandato de inscripción sin haberse subsanado los defectos advertidos en la calificación del título presentado, el registrador no inscribirá el acto o derecho contenido en el laudo arbitral debiendo emitir la correspondiente esquila de observación.

³³³ MONZÓN KCOMT, Ricardo. «Entrevista a Gunther Gonzales Barrón». En *Perú 21*. Lima, 12 de mayo de 2015, pp. 15-16. Consulta: 12 de junio de 2016. Recuperado de: <http://peru21.pe/opinion/sistema-juridico-fallo-caso-orellana-2218628>.

³³⁴ Artículo incorporado por la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos n.º 226-2014-SUNARP-SN, publicada el 10 de septiembre de 2014 en el diario oficial *El Peruano*.

En estricto, el citado artículo 32-A se limita a establecer prohibiciones para los registradores de calificar diferentes tipos de decisiones arbitrales. No hay, hasta aquí, control administrativo alguno sobre la motivación.³³⁵ Lo que sí hay, en su segundo párrafo, es una prohibición vocal y abierta de inscribir laudos que afectasen a terceros que no hayan suscrito el convenio arbitral.

Luego, mediante Decreto Legislativo n.º 1231, publicado el 26 de setiembre de 2015, se modifica la LA y se crea el artículo 56.3 de la misma. Éste se dirige a regular la inscripción de laudos que involucren a partes no signatarias³³⁶ del convenio arbitral:

Artículo 56.- Contenido del laudo.

[...]

3. Para que se inscriba en los Registros Públicos el laudo que comprenda a una parte no signataria, de acuerdo a lo regulado por el artículo 14 de este Decreto Legislativo, la decisión arbitral deberá encontrarse motivada de manera expresa.

El citado artículo establece que el laudo que abarque a una parte no signataria podrá inscribirse si la decisión arbitral está motivada de forma expresa. Con esto, empero, no sólo se reconoció expresamente la posibilidad de inscribir laudos que involucren partes no signatarias, sino que se constituyó un control administrativo de la motivación del laudo.

³³⁵ Observemos que el artículo 32-A establece que el registrador puede calificar el convenio arbitral a efectos de determinar si el mismo efectivamente vinculaba a las partes a la vía arbitral. El convenio arbitral no es una decisión de los árbitros.

³³⁶ Las partes no signatarias son aquellos agentes que forman parte del asunto materia de controversia en sede arbitral aun cuando no hubiesen firmado el convenio arbitral. *Vid.* BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «¿Y quiénes están invitados a la fiesta?». En *Latin Arbitration Law*. s/l, 2010. Consulta: 2 de julio de 2016. <http://www.latinarbitrationlaw.com/y-quienes-estan-invitados-a-la-fiesta/>; VILLALOBOS LÓPEZ, Adelina y Mauricio PARÍS CRUZ. «La cláusula arbitral a partes no signatarias». En *Revista de Ciencias Jurídicas*. San José, mayo-setiembre 2013, n.º 131, pp. 13-42; entre otros.

4.2. *Análisis del artículo 56.3 de la Ley de Arbitraje*

El análisis del artículo 56.3 pasa por cuatro elementos importantes: (i) la estructura del artículo; (ii) su naturaleza como obligación legal de motivar; y (iii) y su alcance.

4.2.1. *Estructura de la disposición*

En cuanto a su estructura, el artículo 56.3 se configura como una habilitación expresa sujeta al cumplimiento de un requisito.

- Habilitación expresa: «Para que se inscriba en los Registros Públicos el laudo que comprenda a una parte no signataria [...]» = Se pueden inscribir laudos que repercutan en partes no signatarias del convenio arbitral.

Al evaluar el artículo 32-A del Reglamento General de los Registros Públicos, se evidencia que aquél no impide la inscripción de laudos que afecten a partes no signatarias;³³⁷ no obstante, su redacción es un poco confusa. En esa línea, el artículo 56.3 de la LA zanja cualquier cuestionamiento relativo a la inscripción de laudos que afecten a partes no signatarias, al establecer expresamente que ello es posible.

Resaltamos: el artículo 56.3 de la LA sólo habilita la inscripción de laudos que afecten a partes no signatarias. Para los casos de terceros totalmente ajenos al arbitraje correspondería únicamente la aplicación del artículo 32-A del RGRP.

³³⁷ El artículo 32-A del Reglamento General de los Registros Públicos prohíbe la inscripción de laudos que afecten a terceros no signatarios. Esta última es una categoría distinta a la de partes no signatarias. Los terceros no signatarios son sujetos ajenos al arbitraje.

- Requisito a cumplir: La inscripción de laudos que repercuten en partes no signatarias sólo puede darse en caso la «decisión arbitral» esté motivada de forma expresa. Ello, sin perjuicio de los requisitos establecidos para todos los actos inscribibles en registros.

Dos son los aspectos que deberían definirse. Primero, qué significa «decisión arbitral»; y segundo, qué califica y qué no como motivación «de forma expresa».

En cuanto al primer punto, recordemos que las decisiones arbitrales se conforman como las disposiciones expedidas por el tribunal arbitral. Según vimos, estas decisiones pueden versar sobre el fondo de la controversia o sobre aspectos ajenos al mismo.

En el presente caso, consideramos que cuando el artículo 56.3 habla de «decisión arbitral» se refiere a aquella decisión sobre el fondo que el tribunal arbitral adoptó en el marco de la solución de la controversia y que afecta registralmente a la parte no signataria. Veamos el siguiente ejemplo:

[...] El tribunal arbitral resuelve:

- 1.- Declarar FUNDADA la primera pretensión principal. Por lo tanto, es nulo el contrato de compraventa mediante el cual Verzimar S.A. adquirió el INMUEBLE que le pertenecía a Taxeco S.A., a favor de Verzimar Internazionale S.p.A. (parte no signataria).
- 2.- Declara FUNDADA la pretensión accesoria a la primera pretensión principal. Por lo tanto se ordena la cancelación del asiento inscrito en la partida n.º 13948930, relativa al INMUEBLE, en la que consta la transferencia del mismo a Verzimar Internazionale S.p.A.
- 3.- Declarar FUNDADA la segunda pretensión principal. En consecuencia, se ordena solidariamente a Verzimar S.A. y/o Verzimar

Internazionale S.p.A. al pago de una indemnización a favor de Taxeco S.A., por la suma de US\$ 500,000.00.

- 4.- Declarar FUNDADA la tercera pretensión principal. En consecuencia, se ordena a Verzimar S.A. realizar las reparaciones y mejoras al inmueble consignadas en la parte considerativa del presente laudo.

En el ejemplo, observamos que las decisiones sobre la primera pretensión principal y su pretensión accesoria afectan derechos inscritos en el registro de una parte no signataria (Verzimar Internazionale S.p.A.). De otra parte, la decisión sobre la segunda pretensión principal afecta también a la parte no signataria, pero tal afectación no se da en el plano registral. Finalmente, la decisión sobre la tercera pretensión principal no afecta en absoluto a la parte no signataria. Por lo tanto, las decisiones que deberían estar motivadas «de manera expresa» son las relativas a la primera pretensión principal y su pretensión accesoria, puesto que éstas son las que generan consecuencias registrales para la parte no signataria. Nada tendrían que ver las decisiones relativas a la segunda y a la tercera pretensión principal.

En cuanto al segundo punto, tenemos que por su importancia nos pronunciaremos sobre el mismo en el punto 4.3.

4.2.2. Naturaleza de la disposición

En el punto 2.4.1 del capítulo III, expusimos que la regla general pasaba porque las partes podían decidir si el laudo contaba o no con motivación. En esa línea, expusimos que el artículo 56.3 podía considerarse como una excepción a tal regla, configurándose así como un supuesto de obligación *legal* de motivar.

No obstante, debemos notar que este supuesto de obligación «legal» no es uno que se inserta dentro de una relación crediticia. En realidad, en este caso la «obligación» de motivar el laudo debe considerarse sólo como un requisito en el marco de un procedimiento administrativo.

Empecemos aquí con lo básico: no cualquier mandato imperativo constituye una obligación crediticia. Por ejemplo, según Ley n.º 28705, está prohibido fumar cigarrillos en lugares públicos. Tal norma establece el deber jurídico de abstenerse de realizar una conducta determinada en ciertos lugares, pero los sujetos abarcados por la norma —es decir, cualquier persona que esté en lugares públicos— no tienen acreedores que estén atentos al estricto cumplimiento de lo establecido.

En el presente caso, notemos que la «obligación» de motivar, en realidad, se configura como un requisito a cumplir para lograr la finalización de un procedimiento administrativo dirigido a la inscripción del laudo arbitral en los registros públicos. De ello, podemos obtener las siguientes valiosas conclusiones:

- El artículo 56.3 de la LA no genera, en absoluto, un derecho a la motivación del laudo que afecte a partes no signatarias cuando busque ser inscrito en Registros Públicos.

En efecto, si las partes pactaron que no hubiese obligación de motivar el laudo y el consiguiente derecho a la motivación a su favor, tal situación no será cambiada por el artículo 56.3 de la LA.³³⁸

- El laudo no motivado que afecte a partes no signatarias y busque ser inscrito en Registros Públicos en ningún caso podrá considerarse inválido o nulo. La norma, según vimos, establece un imperativo (requisito) a cumplir en el marco de un procedimiento administrativo. Por lo tanto, el no cumplimiento de tal requisito en nada afecta la validez del laudo, sólo impide que el mismo pueda ser inscrito en Registros Públicos.

³³⁸ Sin embargo, si las partes observan que el laudo podría tener efectos registrales para partes no signatarias, lo juicioso sería que éstas acuerden, de manera expresa, que los árbitros estarán en la obligación de motivar.

4.2.3. *Alcance de la disposición*

El artículo 56.3 de la LA impide la inscripción de aquellos laudos que afecten a partes no signatarias del convenio arbitral si es que los mismos no están motivados «de manera expresa». En específico, dicho artículo impide la materialización —en la realidad registral— de los efectos del laudo.

Ahora bien, en específico, el alcance del artículo 56.3 se da en dos dimensiones distintas: el alcance *extensivo* y el alcance *intensivo*.

- Alcance extensivo: Éste se refiere a la longitud del manto de la obligación, es decir, a lo que llega a cubrir. Así, observamos que la obligación sólo alcanza a los laudos arbitrales, dejando de lado a otras resoluciones que contienen decisiones sobre la resolución del fondo, como las medidas cautelares. Por lo tanto, no hay obligatoriedad de que las resoluciones cautelares que se inscribirán en los registros estén motivadas «de manera expresa», aun cuando éstas pudiesen abarcar a partes no signatarias.
- Alcance intensivo: Según vimos, la obligación de motivar se limita a los laudos arbitrales. Pero, como ya señalamos, el laudo puede contener distintas decisiones, y no necesariamente todas afectarán a la parte no signataria. Empero, si se incumple el requisito de motivación, no sólo se bloqueará la inscripción de la decisión que afecta a la parte no signataria, sino que se impedirá la inscripción del laudo en su integridad, lo que incluye a todas sus decisiones, incluso a las que pudiesen afectar sólo a las partes signatarias del convenio.

4.3. *Ámbito del control administrativo-registral*

4.3.1. *¿Qué entender por decisión motivada «de manera expresa»?*

Para entender el significado de que una decisión arbitral esté «motivada de manera expresa», hay que ver, primero, cómo ha entendido la

SUNARP a tal disposición. Hasta la fecha, existe sólo un pronunciamiento levemente enlazado a este tema,³³⁹ no obstante, ese pronunciamiento hace evidente que el control de la Sunarp sobre la motivación es bastante leve, limitándose a verificar que el laudo arbitral enuncie y reconozca el hecho de que generará efectos en las partes no signatarias.³⁴⁰

En líneas generales, nos parece excelente que la Sunarp mantenga una posición dirigida a constatar *superficialmente* la existencia de motivación. En efecto, a nuestro juicio, cuando el artículo 56.3 de la LA hace mención a que la decisión arbitral deberá estar expresamente motivada, se refiere a que ésta esté materializada (que no sea implícita) y pueda ser aprehensible a través de una lectura superficial.

¿Qué es lo que deberían buscar, en específico, los registradores en la motivación? La pregunta es truculenta y peligrosa. Asignar, en abstracto, contenidos específicos que debe tener el laudo a ser verificados por el registrador constituye una manera de generar un control sobre la resolución del fondo. Esto podría permitir una suerte de «instancia» donde se discute si están justificadas, explicadas o expresadas las razones que derivan en la afectación de la parte no signataria.³⁴¹

Sin perjuicio de lo señalado, a nuestro entender el registrador debe limitarse a verificar que, en específico, la motivación haga referencia expresa a (i) el tercero como parte no signataria, puesto que sobre esto

³³⁹ Resolución n.º 28-2016-SUNARP-TR-L, de fecha 8 de enero de 2016.

³⁴⁰ En la Resolución n.º 28-2016-SUNARP-TR-L se evalúa, entre otros aspectos, el impacto de una adjudicación de propiedad para terceros que ostentaban hipotecas inscritas sobre el inmueble. Esta resolución cita la parte resolutive del laudo, en la que se consigna que sus disposiciones afectarán a terceros, para concluir lo siguiente: «Como se puede apreciar, se dispone la notificación a los acreedores hipotecarios del predio *submateria* en virtud al laudo arbitral. Así la intervención de los terceros no signatarios se encuentra debidamente motivada, cumpliéndose de este modo con el artículo 56 del D. Leg. n.º 1071».

³⁴¹ No sorprendería, dado el ingenio de muchos litigantes, que incluso se hallase la forma de oponer una contradicción dentro del procedimiento de inscripción, complicando sobremanera el procedimiento y generando así vicios o irregularidades sobre los cuales puedan lograr paralizar el procedimiento en favor suyo.

se define si corresponde aplicar el 56.3 de la LA o sólo el artículo 32-A del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos;³⁴² y (ii) el impacto concreto de la decisión en la parte no signataria (ej., inscripción de un acto en la partida del inmueble de la parte no signataria).

De otro lado, plantear un mayor ámbito de control administrativo-registral sobre la motivación nos resulta incorrecto. Las razones son las siguientes:

- (1) El citado artículo 56.3 se limita a señalar que la motivación debe constar de manera «expresa», no señalando que la misma debe ser «adecuada» o «debida». Nuestro sistema jurídico, según hemos visto en el capítulo II, asigna un contenido y ámbito de tutela especial al concepto de *debida* motivación, por lo que puede colegirse válidamente que el concepto de motivación «a secas» carece de tal contenido y ámbito de tutela especial.
- (2) Asignar un mayor ámbito de control para los registradores podría permitir una suerte de «instancia» donde se discutiría si están explicadas o justificadas las razones que derivan en la afectación de la parte no signataria. Esto desnaturalizaría totalmente el procedimiento de inscripción de título, el que es de naturaleza formal, y atentaría contra la exclusiva competencia que tienen los árbitros sobre el fondo del asunto.

Resaltamos: los únicos que están habilitados para decidir si tal o cual decisión tendrá efectos inscribibles que incidan sobre par-

³⁴² Si en el laudo no se señalase que el tercero afectado es parte no signataria, tendríamos que se estaría afectando a un tercero que no tiene ninguna relación con el arbitraje. Por lo tanto, aplicaría el artículo 32-A del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos en el extremo que señala que «No será inscribible el laudo arbitral que afecte a un tercero que no suscribió el convenio arbitral».

tes no signatarias son los árbitros; los registradores no cuentan con tal competencia.

- (3) La especialidad de los registradores, en tanto operadores del derecho, no pasa por evaluar la «calidad» de una motivación, sino que más bien se dirige a calificar la configuración de aspectos formales que permitan trasladar a la realidad registral eventos acaecidos en la realidad jurídico-social. Plantear que el artículo 56.3 de la LA busca que los registradores realicen una labor similar a la que hacen los jueces cuando califican la motivación de las resoluciones judiciales requeriría medidas adicionales (Resoluciones de Sunarp que desarrollen el tema, capacitaciones, etc.) que no se han generado.

4.3.2. ¿Es subsanable una observación registral relativa a que la motivación no se hizo «de manera expresa»?

Tenemos, entonces, que el registrador puede y debe evaluar si el laudo está motivado «de manera expresa» cuando éste pretenda inscribirse en Registros Públicos y alguna de sus decisiones afecte a partes no signatarias. Pues bien, ¿qué sucede si el registrador considera que la decisión no está motivada «de manera expresa»? Si tenemos en cuenta el último párrafo del artículo 32-A³⁴³ del Reglamento General de los Registros Públicos, los defectos en cuanto a los requisitos para la inscripción de laudos pueden ser subsanados. En esa línea, no hay justificación, en la normativa registral, para excluir la subsanación, por parte del tribunal registral, de una motivación supuestamente no realizada «de manera expresa».

³⁴³ «Artículo 32-A.- Alcances de la calificación de los laudos arbitrales

[...]

Si el tribunal arbitral o árbitro único reitera su mandato de inscripción sin haberse subsanado los defectos advertidos en la calificación del título presentado, el registrador no inscribirá el acto o derecho contenido en el laudo arbitral debiendo emitir la correspondiente eschuela de observación».

En específico, las acciones que podrían tomar los árbitros frente a observaciones contra la inscripción del laudo son las siguientes:

- Insistir en la inscripción del laudo, precisando al registrador cómo es que el laudo cumple con estar motivado «de manera expresa».

Esto se lograría exponiendo una «interpretación» del laudo hecha por el propio tribunal, mediante la cual se demuestre cómo es que el laudo sí cumple con (i) hacer una referencia a las partes no signatarias; y (ii) expresar las consecuencias de la resolución de la controversia para dichas partes. Los argumentos dirigidos al registrador, por cierto, en absoluto forman parte del laudo, por lo que el mismo no se está alterando o modificando.

- Realizar, de oficio o a pedido de parte, una interpretación del laudo. De acuerdo al artículo 58.1, inciso b), de la LA, la interpretación se dirige a precisar «algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución».

Esta vía puede parecer un poco forzada,³⁴⁴ pero, en estricto, es perfectamente posible y lícito que el tribunal arbitral pueda apuntar a aquellas decisiones que impactan en partes no signatarias y proceder a realizar un desarrollo más extenso de las mismas.

³⁴⁴ El plazo predeterminado por ley (artículo 58 de la LA) para realizar interpretaciones de quince (15) días contados a partir de la notificación del laudo. Si, por ejemplo, la observación del registrador se da luego de ese plazo, nada se podría hacer. En última instancia, las partes podrían, por ejemplo regular este extremo para permitir que, excepcionalmente, se puedan realizar interpretaciones adicionales en caso la inscripción del laudo sea objeto de observación por el registrador.

Dado que, de acuerdo al artículo 58.2 de la LA, la interpretación forma parte del laudo, se estaría de esta forma añadiendo mayor contenido a éste para que así el registrador pueda realizar una nueva revisión y verificar si, ahora sí, el laudo está motivado «de manera expresa».

En conclusión, el ámbito de control administrativo-registral se dirige a verificar que haya en la motivación una referencia constatable (es decir, expresa) de (i) los sujetos que son partes no signatarias; y (ii) el efecto o consecuencias que genera el laudo en las partes no signatarias.

4.4. Evaluación crítica del artículo 56.3 de la ley de arbitraje

Son dos los aspectos cuestionables del artículo 56.3 de la LA: (i) de plano, la creación de un supuesto que permite el examen de la motivación; y (ii) el alcance intensivo que tiene.

4.4.1. Cuestionamiento al examen de la motivación

El artículo 56.3 de la LA abre la puerta al control administrativo-registral de la motivación del laudo. Un control que, en abstracto, debe considerarse como perjudicial y desalentador. Esto porque, como ya se ha advertido para el caso del examen judicial de la motivación de laudos, el control de la motivación permite interferir en el fondo del asunto, fondo que le pertenece exclusivamente a los árbitros.

Podría señalarse que el requisito de motivación del artículo 56.3 de la LA busca evitar que bajo el manto de «parte no signataria» se establezcan medidas que afecten a terceros ajenos al arbitraje. Frente a ello, sólo queda decir que la decisión de incorporar a un agente al arbitraje como parte no signataria es una decisión del árbitro. Si éste, por error o por mala fe, incorpora a terceros ajenos al arbitraje, remediar ello pasará por la vía constitucional del amparo. Son los jueces, no los registradores, los que deben resolver tal problema.

Finalmente, para que el registrador pueda delimitar quiénes son partes no signatarias y quiénes son terceros ajenos al arbitraje (puesto que los laudos que afecten a estos últimos no pueden ser inscritos), bastaría con que (i) lea los cargos de notificación del laudo; en ellos se evidenciará a qué sujetos se les envió el laudo por su condición de parte; y (ii) esté habilitado sólo a leer el laudo para ubicar en el mismo quiénes son las partes, signatarias y no signatarias, del arbitraje. No es necesario, para cumplir esa tarea, crear un ámbito de control administrativo de la motivación de las decisiones arbitrales.

4.4.2. Cuestionamiento al alcance intensivo

Según expusimos, el artículo 56.3 de la LA sanciona con la no inscripción del laudo en su integridad en caso una o más de las decisiones del laudo afecten a partes no signatarias y el laudo no haya sido motivado de manera expresa. Asimismo, el artículo 32-A del RGRP impide totalmente la inscripción de laudos que afecten a terceros ajenos al arbitraje.

Consideramos que lo óptimo sería que el alcance *intensivo* de las señaladas disposiciones se limite sólo a las decisiones que afecten a las partes no signatarias o terceros ajenos al arbitraje. Así, si el laudo arbitral tiene (i) decisiones que afectan a las partes signatarias; (ii) decisiones que afectan a partes no signatarias; y (iii) decisiones que afectan a terceros ajenos al arbitraje, debería aplicarse lo siguiente: Inscribir las primeras (siempre que se haya cumplido con los requisitos formales respectivos); inscribir las segundas u observarlas según se haya cumplido con el requisito de motivación expresa o no; y rechazar la inscripción de las terceras.

En términos simples, las decisiones del laudo arbitral que afecten exclusivamente a las partes no deberían tener problemas u obstáculos en su inscripción por el hecho de que en el laudo haya también otras decisiones que afecten a partes no signatarias o terceros ajenos al arbitraje.

5. SÍNTESIS

- 1) El control estatal de la motivación de decisiones arbitrales se da en dos ámbitos distintos:
 - La tutela judicial del derecho a la motivación de las decisiones arbitrales.
 - El control administrativo-registral ejercido por la Sunarp cuando se busca inscribir un laudo arbitral con efectos registrales para partes no signatarias.
- 2) En cuanto a la tutela judicial del derecho a la motivación, ésta puede estudiarse en función a si se trata de tutelar (i) el derecho a la motivación del laudo; o (ii) el derecho a la motivación de otras resoluciones.

En este punto, cabe aclarar que el laudo puede contener no sólo decisiones que resuelven el fondo del asunto, sino también decisiones sobre la competencia del tribunal arbitral. En tal sentido, para mayor facilidad en la exposición, por «laudo» se entiende aquí al conjunto de decisiones arbitrales sobre la resolución del fondo del asunto que están contenidas en el laudo.

- 3) La tutela del derecho a la motivación del laudo sólo puede darse por vía de anulación del laudo:
 - No puede recurrirse a la tutela judicial ordinaria por inejecución de obligaciones puesto que prima la norma especial de arbitraje, que veta tal vía.
 - Tampoco puede recurrirse a la tutela constitucional excepcional del amparo, puesto que ésta, en cuanto a arbitrajes,

sólo procede en tres supuestos específicos, siendo el derecho a la motivación ajeno a los mismos.

- 4) Esta tutela del derecho a la motivación del laudo es, hoy, una tutela del derecho a la «debida» motivación del laudo. Esto empieza en el año 2007, cuando la judicatura comienza —sustentándose en que, según el Tribunal Constitucional, todas las garantías del debido proceso se debían aplicar al arbitraje, incluyendo naturalmente el derecho a la debida motivación— a pronunciarse a favor de controlar la motivación de los laudos. Esta situación no cambió con el ingreso del Decreto Legislativo n.º 1071, actual LA. La situación no varió incluso teniendo la nueva norma una prohibición vocal y expresa —contenida en su artículo 62.2— de calificar la motivación de los árbitros.
- 5) La anulación del laudo por afectación al derecho a la debida motivación del laudo puede sustentarse en dos causales de la LA:
 - Causal del literal b) del artículo 63.1, que establece que el laudo se anulará si una parte no pudo hacer valer sus derechos. En el presente caso, la parte afectada no habría podido ver satisfecho su derecho a la debida motivación.
 - Causal del literal c) del artículo 63.1, que establece que el laudo se anulará cuando las actuaciones arbitrales no se hubieren ajustado a lo establecido por las partes, por el reglamento de la institución arbitral pertinente o por la LA. En este caso, y dado que la LA establece que, salvo pacto en contrario, el laudo deberá estar motivado, un laudo no «debidamente» motivado constituiría una actuación arbitral incongruente con lo establecido.
- 6) El fundamento de la anulación del laudo por afectación del derecho a la debida motivación del laudo radica, como ya señaló, en

la naturaleza jurisdiccional del arbitraje. Dicha naturaleza deriva en que el debido proceso y todas sus garantías, en teoría, se apliquen al arbitraje. Por lo tanto, ello genera que las partes cuenten con un derecho a la debida motivación del laudo, y puedan lograr que los tribunales nacionales tutelen tal derecho en función a los criterios establecidos para la tutela del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales. Tal tutela, a falta de otras vías, se da a través de la acción de anulación del laudo.

- 7) El laudo se anula si el derecho a la motivación se ha visto afectado. Y tal afectación se da en los siguientes supuestos:
- Ausencia absoluta de motivación. Esto se da cuando el laudo carece totalmente de motivación alguna.
 - Motivación con defectos lógicos. Esto se da cuando la motivación adolece de fallas en el razonamiento lógico formal.
 - Motivación con defectos de insuficiencia. Esto se da cuando alguna afirmación/premisa adolece de un sustento que la valide.

En cualquier caso, el defecto debe ser siempre material. En el caso de ausencia absoluta de motivación, la materialidad en la afectación al derecho a la motivación es indiscutible. Por otro lado, para el caso de los defectos lógicos o de insuficiencia, debe evaluarse si el defecto es relevante; esto es, si el mismo afecta seriamente a la motivación entendida como un todo integrado.

- 8) La anulación de un laudo por afectación al derecho a la motivación no implica que automáticamente la parte resolutive del laudo anulado deba modificarse. La anulación por defectos en la motivación no constituye una vía para lograr «arreglar» o «rectificar» lo que los árbitros decidieron como solución a la controversia.

Así, incluso si la motivación es absolutamente inexistente, puede que la decisión del laudo se mantenga. Los árbitros podrían mantener su decisión exponiendo en el nuevo laudo las razones respectivas que sostengan la misma.

- 9) En realidad, lo más probable es que, si se anuló un laudo por problemas en su motivación, el nuevo laudo mantenga las decisiones que había tomado el laudo anulado. Ahora bien, según si el defecto en la motivación es (i) lógico o (ii) de insuficiencia, puede haber una probabilidad de que la parte resolutive varíe.

Así, la corrección de un error lógico generaría la modificación de la línea argumentativa, lo que podría —no necesariamente lo hará— modificar el resultado final (parte resolutive).

Por otro lado, la subsanación de un defecto de insuficiencia no genera un cambio en el hilo argumentativo, puesto que los árbitros sólo tienen que añadir una sustentación mayor en el área afectada por el defecto. Tampoco se produce una modificación a la línea argumentativa, por lo que es poco probable que haya un impacto en el resultado final (parte resolutive).

	Consecuencia en la motivación	Consecuencia en el resultado del nuevo laudo
Defecto lógico	Una sección del razonamiento debe rectificarse debido al defecto lógico encontrado.	La rectificación del razonamiento podría derivar en que el resultado final (decisión) también varíe.

Defecto de insuficiencia	Una sección de la motivación debe ser fundamentada de manera más exhaustiva.	No hay rectificación de razonamiento. Por regla general, la mayor fundamentación armonizará con la línea argumentativa de la motivación ya presentada = Poco probable que el resultado final (decisión) varíe.
---------------------------------	--	---

Un punto adicional a destacar está en que, por un lado, la detección de los defectos lógicos involucra —en adición a la valoración subjetiva siempre presente— el uso de criterios objetivos para su detección, lo que otorga mayor seguridad y solidez en la calificación hecha. Por otro lado, la detección de los defectos de insuficiencia responde sólo a criterios subjetivos, la insuficiencia se produce a ojos de la persona que evalúa la motivación; tanto es así que lo que para uno puede ser un defecto de insuficiencia para otro puede no serlo.

Para ambos supuestos, la determinación de la probabilidad de que la corrección del error genere un cambio en el resultado dependerá del caso concreto.

- 10) La anulación del laudo por afectación del derecho a la debida motivación del mismo puede alcanzar a todo o a parte del laudo. Ello se define en función a si la motivación que no cumple con ser debida se limita a la resolución de ciertas pretensiones, o si más bien alcanza a todas las pretensiones. En el primer caso, la anulación del laudo será parcial, invalidándose las decisiones arbitrales sobre las pretensiones afectadas por una motivación «no debida». En el segundo caso, la anulación del laudo será total.
- 11) La consecuencia de la anulación del laudo por la afectación del derecho a su motivación es la siguiente: reanudación de las

actuaciones arbitrales desde el punto inmediato anterior al vicio. En el presente caso, lo que sucedería es que los árbitros deberían de expedir un nuevo laudo, sin realizar alguna otra actuación arbitral.

Ello implica que los árbitros deban reinstalarse, convocándose por tanto a una audiencia de reinstalación del tribunal arbitral. En la misma, los árbitros definirían los aspectos relativos al momento y forma en que se emitirá el nuevo laudo.

En adición a ello, el tribunal arbitral, si lo considera conveniente, podría convocar a una nueva audiencia de ilustración. Esto, a efectos de que puedan «refrescar» su conocimiento sobre el caso.

En dirección contraria, lo que no debe suceder es la admisión y actuación de nuevas pruebas o la designación de nuevos árbitros —salvo que haya concurrido un supuesto de duda justificada sobre la imparcialidad de los integrantes del tribunal arbitral—.

- 12) ¿Es legítima la tutela judicial del derecho a la debida motivación del laudo? A nuestro juicio, ésta no lo es. Por regla general, el examen judicial de la motivación del laudo involucra interferir con la competencia exclusiva de los árbitros para resolver el fondo de la controversia. Recordemos aquí lo siguiente:

Problema matemático	≈	Fondo de la controversia
Proceso de solución	≈	Motivación del laudo
Respuesta	≈	Laudo (parte resolutive)

Calificar el proceso de solución involucra un análisis indirecto de la resolución del problema matemático. Invalidar el proceso de solución por algún defecto involucra una intervención so-

bre la resolución del problema, toda vez que a la hora de hacer nuevamente el proceso de solución se tendrá que superar el referido defecto si es que no se quiere que se invalide otra vez la respuesta.

Entonces, cuando un tribunal estatal califica una motivación del laudo como «correcta», «incorrecta», «debida» o «indebida», está ingresando indirectamente a la resolución del fondo, toda vez que se está implícitamente señalando de qué manera se debe o no se debe resolver el caso específico. Sobre ello, el tribunal arbitral se vería en la obligación de volver a resolver el caso y exponer su motivación siguiendo los parámetros establecidos por la judicatura.

El examen judicial de la motivación del laudo constituye una intervención (i) indirecta sobre el fondo, puesto que se valen de la motivación para ingresar a aquél; y (ii) parcial, puesto que la judicatura no revocará la decisión e impondrá una nueva distinta, sino que simplemente declarará inválido el laudo, debiendo los árbitros laudar de nuevo.

Resulta particularmente notorio que la judicatura se aboque al examen judicial de la motivación del laudo cuando nuestra LA establece, en su artículo 62.2, que aquélla no puede, bajo responsabilidad, hacerlo. Más aún, en jurisprudencia nunca se ha respondido qué legitima a los jueces a ignorar el mandato del referido artículo 62.2.

- 13) La excepción a lo señalado en el punto anterior está en el supuesto de motivación absolutamente ausente. Si las partes pactaron que los árbitros estaban obligados a motivar el laudo, y éstos presentan un laudo sin motivación, ello derivará en la anulación del laudo. Este supuesto no involucra una interferencia sobre la resolución del fondo, toda vez que la judicatura

no puede intervenir en el fondo a través de la motivación si es que no hay motivación.

- 14) En última instancia, cabe precisar que la tutela judicial del derecho a la motivación del laudo *dependerá* según lo que las partes establezcan al momento de regular la obligación de motivar. Este tema se verá en el capítulo siguiente.
- 15) Un análisis estadístico de las sentencias de anulación de laudo que resuelven casos bajo la actual LA denotan que más de la mitad de las demandas de anulación se sustentan en supuestas anomalías o defectos en la motivación. Esto devela que, en la práctica, la vía de anulación se ha desnaturalizado y está siendo empleada mayoritariamente para lograr interferir en vía judicial con la competencia exclusiva del tribunal arbitral sobre el fondo.
- 16) Por otra parte, también existen supuestos de tutela del derecho a la motivación de decisiones arbitrales distintas a las que resuelven el fondo del asunto.
- 17) Antes que nada, para el caso de las decisiones arbitrales sobre su propia competencia o sobre la incorporación de partes no signatarias, la tutela del derecho a la motivación es irrelevante. Esto se debe a que ambas decisiones pueden ser impugnadas ante los tribunales nacionales, lo que permite una evaluación judicial total y directa de tales decisiones.
- 18) Por regla general, no existe tutela del derecho a la motivación de decisiones arbitrales distintas a la resolución del fondo. Esto obedece a que lo normal es que los árbitros no estén obligados a motivar tales decisiones. Y si no hay obligación de motivar, tampoco hay derecho a favor de las partes de obtener decisiones motivadas.

Al no haber derecho, tampoco puede haber tutela, porque ésta requiere necesariamente de aquélla.

- 19) La regla general señalada cuenta con dos excepciones: (i) supuestos de obligación convencional de motivar; y (ii) supuestos de obligación legal de motivar. Para el caso de (i), el análisis se ha reservado para el capítulo siguiente.

Para el caso de (ii), son dos las decisiones arbitrales —que no versan sobre la resolución del fondo del asunto— en las que hay obligación legal de motivar: decisiones de prescindir de prueba admitida y decisiones que reconsideran decisiones previas. En ambos casos, la tutela judicial sólo procedería ante supuestos evidentes de ausencia absoluta de motivación. En cualquier otro caso, no podría darse la tutela judicial, puesto que la misma implicaría interferir con la competencia arbitral para resolver estos asuntos.

- 20) En adición a la tutela judicial del derecho a la motivación, existe también un control administrativo-registral sobre la motivación de los laudos. Éste se da cuando se pretende inscribir un laudo que tiene efectos registrales en partes no signatarias del convenio arbitral. De acuerdo al artículo 56.3 de la LA, se requiere que el laudo esté motivado de manera expresa para lograr su inscripción en tales casos. Sobre tal artículo, puede decirse lo siguiente:

- En cuanto a su estructura, el artículo 56.3 se configura como una habilitación sujeta al cumplimiento de un requisito. En caso la decisión arbitral esté motivada de manera expresa, se podrá inscribir el laudo que afecte a partes no signatarias.

- En cuanto a su naturaleza, el artículo 56.3 se configura como un requisito a cumplir dentro de un procedimiento administrativo. De ello, tenemos que (i) el artículo 56.3 de ninguna manera crea derecho alguno a la motivación del laudo; y (ii) el incumplimiento de tal exigencia no afecta la validez del laudo o del arbitraje, sino que sólo genera que el laudo no pueda ser inscrito en los Registros Públicos.
- Respecto a su alcance, el artículo 56.3 impide la inscripción de laudos arbitrales que afecten a partes no signatarias en caso éstos no estén motivados de manera expresa. En específico, el alcance del artículo 56.3 se da en una dimensión intensiva y en otra extensiva.

El alcance extensivo se refiere a la amplitud del manto de cobertura del artículo 56.3. Según vemos, este artículo limita su alcance a los laudos arbitrales, por lo que otras resoluciones arbitrales inscribibles en registros públicos, como las resoluciones cautelares, están exentas de cumplir con lo establecido en dicho artículo.

El alcance intensivo del artículo 56.3 se refiere al alcance de la norma dentro del laudo. Así, observamos que si un laudo afecta a partes no signatarias, y no se cumple el requisito establecido en la mencionada disposición, la totalidad del laudo no será inscrito, incluyendo las decisiones arbitrales que sólo afecten a las partes.

- 21) El control administrativo-registral nace, según vemos, por el requisito establecido en el artículo 56.3 de la LA. La inscripción del laudo que afecte a partes no signatarias requiere que el laudo esté motivado de manera expresa. ¿Quién evalúa el cumplimiento de ello? La Sunarp, puesto que tal evaluación se dará

en el marco del procedimiento que busque inscribir el laudo en registros públicos.

- 22) Dada la novedad del tema, la Sunarp no ha tenido oportunidad para pronunciarse a fondo sobre el mismo. No obstante, de una singular (y única) resolución, se desprende que la Sunarp entiende que su ámbito de control consiste sólo en verificar que en la motivación se enuncien expresamente los efectos del laudo en las partes no signatarias.
- 23) A nuestro juicio, la Sunarp debe limitarse a verificar que (i) se mencione en el contenido de la resolución arbitral expresamente al tercero afectado como parte no signataria —sin calificar ni evaluar si es correcto que lo sea o no—; y que (ii) se precise el impacto registral de la decisión en la parte no signataria.
- 24) Sea como fuere, en líneas generales la posición de la Sunarp resulta acertada. Un mayor control administrativo-registral queda descartado. Ello, por tres razones distintas. Primero, la norma se limita a establecer que la motivación esté «de manera expresa», y no señala que la misma deba ser «debida», «adecuada» o «correcta». En segundo lugar, un mayor control administrativo-registral terminaría interfiriendo en la competencia exclusiva de los árbitros sobre el fondo. Tercero, la especialidad de los registradores no se encuentra en evaluar la «calidad» o «corrección» de la motivación, sino en calificar aspectos formales en el marco de inscripción de actos en el registro.
- 25) En caso la Sunarp observe la inscripción de un laudo que afecta partes no signatarias en función al artículo 56.3, tal decisión puede ser materia de subsanación. En específico, los árbitros pueden (i) reiterar la solicitud de inscripción del laudo, precisando cómo es que el mismo sí cumple con una motivación expresa de la decisión que afecta a la parte no signataria; o (ii)

emitir, si están dentro del plazo respectivo, de oficio una resolución de interpretación; y dado que ésta se considera como parte del laudo, en la misma pueden precisar con mayor detalle lo relativo a las partes no signatarias y a las decisiones que las afectan, cumpliendo así con lo establecido en el mencionado artículo 56.3.

- 26) El artículo 56.3 de la LA es criticable. De plano, establecer un supuesto de control administrativo-registral de la motivación implica una posible apertura para ingresar al fondo y obstaculizar los efectos de las decisiones arbitrales. Sólo los árbitros cuentan con competencia (i) sobre el fondo del asunto y (ii) para decidir qué medidas adoptan como resolución de la controversia sometida a su competencia (competencia que alcanza a las partes, sean éstas signatarias o no signatarias).

En adición a ello, aun si se aceptase la validez del control administrativo-registral sobre la motivación del laudo, el alcance del artículo 56.3 es muy amplio. En efecto, si algunas decisiones arbitrales que afectan a partes no signatarias no cumplen con la motivación expresa que solicita el artículo 56.3, lo pertinente sería impedir la inscripción sólo de las decisiones que afectan a las partes no signatarias que incurren en tal incumplimiento. Las decisiones arbitrales que afectan sólo a las partes signatarias no deberían verse impedidas de ser inscritas debido a la aplicación del artículo 56.3.

CAPÍTULO V

LA MOTIVACIÓN EN EL ARBITRAJE ENTRE PARTICULARES

1. INTRODUCCIÓN

En los capítulos III y IV, evaluamos a la motivación en el arbitraje de manera general. Un aspecto central de tal evaluación estaba en que la obligación de motivar —prestación accesoria a la prestación principal de decidir— se conformaba por una base intangible, sobre la cual se establecía un contenido predeterminado.

Pues bien, este contenido predeterminado puede ser *regulado* por las partes. No se trata sólo de que las partes puedan determinar si las decisiones deben estar motivadas necesariamente, o prohibir la motivación. En realidad, la libertad de regulación de las partes permite que éstas puedan asignar lineamientos y establecer filtros para la motivación.

Según expusimos, el derecho a la motivación de las decisiones arbitrales es un derecho crediticio, originado en la relación partes-árbitros. Así, este derecho es, en su naturaleza, idéntico al derecho que tiene un comitente para reclamar la construcción de un edificio a cargo del contratista. Pues bien, si comitente y contratista pueden regular las características técnicas del edificio a construirse, ¿podrían las partes y los árbitros regular las «características técnicas» de la motivación del laudo arbitral? La respuesta, consideramos, es afirmativa.

Por lo tanto, el objetivo de este capítulo es evaluar la regulación que pueden hacer las partes y sus efectos. En específico, son dos los temas nucleares aquí:

- Ámbito y forma de regulación del derecho a la motivación.
- Impacto de la regulación del derecho en la motivación en la anulación del laudo sustentada en la afectación a tal derecho.

2. LA NATURALEZA FLEXIBLE DEL DERECHO A LA MOTIVACIÓN EN EL ARBITRAJE ENTRE PARTICULARES. IMPLICANCIAS

2.1. *Presupuesto necesario: ¿por qué el análisis se limita sólo al arbitraje entre particulares?*

La regulación del contenido de la motivación constituye, a nuestro juicio, algo sólo realizable en el arbitraje entre particulares. El arbitraje entre particulares, supuesto *ordinario* del arbitraje, involucra intereses *privados*, careciendo de interés alguno —al menos no intereses directos— para la sociedad. Así, la regulación que hagan las partes respecto del arbitraje y sus aspectos —entre ellos, la motivación de las decisiones arbitrales—, no afecta a la sociedad.

La situación, como veremos en el siguiente capítulo, es diferente para los arbitrajes con componente público. En éstos, la presencia del Estado y el respectivo interés que tutela —de ahí que lo llamemos arbitraje con «componente público»— generan consecuencias respecto al arbitraje y la regulación de sus actuaciones.

En síntesis, la regulación del derecho a la motivación, si bien en teoría factible para cualquier tipo de arbitraje, se analiza aquí respecto de los arbitrajes sólo entre particulares. Si el Estado participa, la situación y el análisis de ésta son distintos.

2.2. La libertad de las partes para configurar el contenido de la obligación de motivar

Según expusimos en el capítulo III, el derecho a la motivación es un derecho crediticio disponible. Ello no sólo implica que las partes pueden decidir si la decisión arbitral debe contener una motivación, o si no debe contenerla. Tal apreciación constituye una visión polarizada, y constituye una falacia de bifurcación.³⁴⁵ Entre ambos extremos existen diferentes opciones que las partes pueden elegir: y son estas «opciones» las que conforman el ámbito regulable del derecho a la motivación.

En efecto, si el ordenamiento jurídico reconoce a las partes la potestad de disponer totalmente de su derecho a la motivación, ¿por qué éstas no podrían asignarle un contenido específico a la materialización de tal derecho? Veamos:

- De acuerdo al literal a) del artículo 2.24 de la Constitución, «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe». En esa línea, no existe disposición, expresa o implícita, que prohíba a las partes delimitar las pautas que darán forma al concepto de motivación para el caso concreto.
- Quien puede lo más, puede lo menos. Este aforismo, plenamente aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, sustenta nuestra posición. Si las partes cuentan con el poder de establecer/remover la obligación de motivación, es claro que también

³⁴⁵ Para una definición concisa de esta falacia, *vid.* ENGEL, S. MORRIS. *With Good Reason: An Introduction to Informal Fallacies*. Quinta edición. Boston: Bedford/St. Martin's, 1994, pp. 140-142.

La falacia de la bifurcación plantea que sólo existen dos opciones posibles frente a una cuestión determinada, polarizando la discusión y ocultando que, en realidad, existen alternativas adicionales. Un ejemplo clásico de esta falacia se encuentra en la frase «O estás con nosotros, o estás contra nosotros».

pueden asignarle parámetros y contenido específico a la prestación objeto de la obligación.

- Desde el derecho de las obligaciones la motivación en el arbitraje privado constituye una obligación de hacer³⁴⁶ para los árbitros. Y como en cualquier caso estándar de obligaciones convencionales, las partes pueden pactar los lineamientos de la prestación.

En síntesis, queda fuera de toda duda que el derecho a la motivación de las decisiones arbitrales es regulable.

2.3. La configuración del contenido de la obligación de motivar el laudo por los particulares

En este extremo, nos abocaremos a evaluar las siguientes cuestiones específicas sobre la regulación del contenido de la obligación de los árbitros de emitir un laudo motivado:

- ¿Qué cosas escapan al ámbito de regulación de las partes?
- ¿Qué puede configurarse en específico?
- ¿Cómo se configura la motivación?

2.3.1. Límites a la configuración del contenido de la obligación de motivar

La regulación del contenido de la obligación de motivar se ve limitada por dos factores distintos.

³⁴⁶ Una obligación, por cierto, de naturaleza *intuitio personae*. De acuerdo al artículo 1149 del Código Civil, la prestación en una obligación de hacer puede ser realizada por persona distinta al deudor, salvo en aquellos casos en que, de acuerdo al pacto o las circunstancias, se determine que éste fue elegido por sus cualidades personales. Es evidente que en un arbitraje los árbitros son elegidos por sus cualidades personales.

- Existe, según vimos en el capítulo III, un contenido mínimo intangible de la motivación. Si las partes fijan la obligación de motivar el laudo para los árbitros, tal contenido mínimo intangible no puede ser alterado por las partes.
- La prestación de motivar el laudo es una prestación accesoria. En ese sentido, su contenido está enlazado a y depende del contenido de la prestación principal de resolver el fondo de la controversia.

2.3.1.1. La observancia del contenido mínimo intangible

La motivación de una decisión arbitral —sea hecha por obligación o no— tiene, en todos los casos, un contenido mínimo indiscutible: la exposición de razones objetivas. Este contenido base, no puede, en ningún caso, ser alterado o modificado por las partes.

Y la razón de tal impedimento es bastante simple. Si las partes pactasen que la motivación, por ejemplo, no consista en exponer nada a las partes, entonces simplemente se estaría frente a algo distinto a la motivación. En este caso, las partes están asignando al significante «motivación» un significado distinto y singular.

2.3.1.2. La naturaleza accesoria de la obligación (prestación) de motivar el laudo y sus consecuencias

La obligación (prestación) de motivar el laudo, sabemos, constituye una prestación accesoria a la prestación principal de decidir sobre la resolución del fondo de la controversia. Por lo tanto, el contenido de aquélla debe observar siempre los lineamientos establecidos para ésta.

La motivación debe siempre reflejar fielmente el razonamiento empleado por los árbitros para resolver el fondo del asunto. Así, no puede regularse la motivación para que ésta exponga algo que contravenga lo establecido para la obligación de resolver la controversia.

Reiteramos: la regulación de la prestación de motivar la decisión no puede distorsionar la obligación principal de los árbitros. Un ejemplo simple: las partes no pueden pactar que los árbitros deberán motivar su decisión dando mayor prioridad a lo que afirme la parte demandante, puesto que tal pacto afectaría a la prestación principal de los árbitros consistente en resolver administrando justicia, lo que implica resolver de manera imparcial.

En términos específicos, las partes pueden regular el contenido de la obligación de motivar en la medida en que ello no atente contra (i) las obligaciones y principios que delimitan la actuación de los árbitros en cuanto a la resolución del fondo; y (ii) la competencia exclusiva que tienen los árbitros para resolver el fondo según sus criterios y evaluación.

2.3.2. ¿Qué pueden las partes configurar de la motivación?

Señalamos que la prestación accesoria de motivar el laudo puede regularse y moldearse siempre y cuando no atente contra la prestación principal a la que está supeditada. Pues bien, esta configuración de la prestación accesoria puede darse en dos niveles: (i) un nivel formal; y (ii) un nivel material.

A nuestro juicio, la mejor manera de ilustrar estos niveles es a través de una analogía. Así, imaginemos que un comitente encargó a un contratista la construcción de un edificio, asignándole plena libertad para determinar el número de pisos y distribución de las habitaciones. En adición a ello, se pactó también que el contratista deberá elaborar, luego de culminado el edificio, unos planos que presenten las características técnicas del edificio.

En este ejemplo, la prestación principal consiste en construir el edificio, y su prestación accesoria es la de elaborar planos que presenten las características técnicas del edificio. Queda claro que los planos deben representar una ilustración fiel del edificio, por lo que la única forma de alterar la *sustancia* de los planos sólo puede darse si se mo-

difica la obligación principal (ej., se establece que el edificio tendrá necesariamente cinco pisos; por lo tanto los planos deberán necesariamente ilustrar las características técnicas de cinco pisos, no de cuatro ni de seis). Sobre ello, las partes pueden configurar los planos en dos ámbitos distintos:

- Por un lado, las partes pueden establecer lineamientos *formales* a los planos. Así, pueden pactar que los planos estén en papel de tamaño A3, A2 o de cualquier otra medida, que las medidas se consignen en pulgadas o en centímetros, que los trazos se hagan con lápiz, o que sean realizados por una impresora digital, etc.
- Por otro lado, las partes pueden establecer lineamientos *sustanciales* a los planos. Así, pueden pactar (i) que cada habitación del edificio tenga un plano específico; (ii) que los planos ilustren el color de pintura que se ha empleado para cada habitación; (iii) que se consigne una propuesta referencial de ubicación de muebles (mesas, sillas, camas, etc.); y (iv) que se exprese dónde eventualmente podrían construirse balcones o voladizos.

La configuración formal y la configuración material no pueden atentar contra la fidelidad de los planos en cuanto al edificio.

Ahora, reemplacemos la prestación principal de construir un edificio con la prestación de resolver una controversia; y reemplacemos la prestación accesoria de elaborar planos con la prestación de motivar el laudo. *Voilà.*

2.3.3. La configuración de la obligación de motivar en su dimensión formal

La motivación de un laudo consiste en la exposición del razonamiento jurídico empleado por los árbitros para justificar sus decisiones. Esta

motivación constituye un discurso que, como cualquier otro, sigue reglas formales básicas. Pues bien, tales aspectos pueden ser modificados por las partes. Tal modificación, por cierto, no atenta en ningún modo contra la libertad de los árbitros para resolver el fondo del asunto (obligación principal).

Estos requisitos o exigencias formales de la motivación pueden plasmarse en disposiciones variadas. Se trata aquí de regular la *forma* en que se presenta el discurso que constituye la motivación. Así, las partes pueden pactar lo siguiente: (i) la motivación del laudo arbitral deberá separarse en segmentos empleando números romanos (I, II, III, etc.); (ii) las citas textuales deberán hacerse en determinado tamaño (10, 12 puntos, etc.) y estilo de fuente (Times New Roman, Garamond, etc.); entre otros.

Este ámbito de regulación puede parecer poco relevante para el tema de la motivación. No obstante, consideramos importante entender que si la motivación se materializa en un discurso (escrito, oral, etc.), éste puede estar sujeto a disposiciones reguladas por las partes.

2.3.4. La configuración de la obligación de motivar en su dimensión material

Vimos en el ejemplo de los planos del edificio que las partes podían establecer lineamientos sustanciales a los planos. Es decir, que éstos aborden, de mayor o menor manera, temas técnicos vinculados al edificio que los planos ilustran. Pues bien, lo mismo puede darse con la motivación del laudo arbitral.

Las partes pueden regular el nivel de exhaustividad y detalle de la motivación. Recordemos aquí el contenido «predeterminado» que presentamos para la motivación de decisiones que resuelven el fondo del asunto:

Contenido predeterminado de la motivación del laudo

Exposición de

└ Hechos

└ Derecho aplicable

└ Razonamiento jurídico que subsuma los hechos y derecho presentados (justificación interna)

└ Sustento de los hechos y el derecho que los árbitros han determinado para el caso (justificación externa)* / **

* La justificación externa se inserta en el contenido predeterminado debido a la imposición del derecho a la debida motivación judicial en el arbitraje.

** En el caso del laudo arbitral de conciencia, esto incluye a la justificación externa de las premisas normativas generadas por los criterios de equidad de los árbitros (metajustificación).

¿Por qué este contenido es «predeterminado»? Simple, si las partes cuentan con la libertad para pactar que no haya motivación, pueden entonces regular también de manera «total» el contenido de la misma.

Un ejemplo —algo exagerado, pero útil para demostrar este punto—: las partes podrían pactar que la motivación sólo exponga los hechos a los que arribó el tribunal arbitral. El ejemplo presentado puede calificar como una regulación bastante cuestionable. Sin perjuicio de que en efecto tal pacto pueda ser problemático, lo cierto es que si las partes pueden pactar que los árbitros no expongan nada sobre las razones de su decisión (ausencia de motivación), no hay ningún impedimento para que puedan pactar una exposición que pueda ser considerada «incompleta», «insuficiente», «limitada», etc. El límite, naturalmente, estaría en que la motivación consista siempre en exponer *algo* (razones) *objetivo*.³⁴⁷

³⁴⁷ Éste es el contenido mínimo intangible de la motivación. *Vid. supra* 3.2. del capítulo III.

A continuación, expondremos cómo pueden regular las partes el contenido de la motivación. A grandes rasgos, la regulación puede darse de dos maneras:

- Establecimiento de consignas generales; y
- Establecimiento de consignas específicas.

Ambos elementos, como veremos, están enlazados a la rigurosidad y exhaustividad de la motivación.

2.3.4.1. Configuración general del nivel de rigurosidad de la motivación (justificación interna/externa)

Hemos señalado que, por defecto, la obligación de motivar consistiría en exponer (i) hechos (premisas fácticas), derecho (premisas normativas), el razonamiento lógico que engloba a éstos para una respuesta (justificación interna); y (ii) las razones que sostienen a las mencionadas premisas (justificación externa).

Ahora bien, es inviable que pueda regularse en qué sentido se decide o qué normas específicamente deben aplicarse y cómo, porque ello atentaría contra la competencia exclusiva de los árbitros para resolver la controversia. Por contraste, lo que sí se puede regular es cuán rigurosa/exhaustiva/minuciosa es la motivación.

Entonces, sobre el contenido predeterminado de la motivación del laudo, las partes pueden inclinarse hacia una motivación más «rigurosa», o menos «rigurosa». Veamos:

Mayor Rigurosidad ↑	Contenido predeterminado + Justificación externa exhaustiva
-------------------------------	--

Contenido predeterminado	Motivación = Exposición de: Hechos y derecho aplicable (premisas) Razonamiento que subsume hechos y derecho (justificación interna) Sustento de las premisas (justificación externa)
↓ Menor Rigurosidad	Exposición de: Hechos y derecho aplicable Justificación interna (No se exige justificación externa)
	Exposición de: Hechos y derecho aplicable (No se exige justificación interna ni externa)
	Exposición de sólo hechos, o de sólo derecho aplicable (No se exige justificación interna ni externa)

Esto, por cierto, ya ha sido señalado parcialmente en doctrina. Así, Bullard refirió que si las partes quieren una motivación más rigurosa, ello podría «reflejarse en fórmulas como las siguientes: “las partes acuerdan que el laudo deberá estar clara y adecuadamente motivado”, «no serán admisibles motivaciones incompletas, aparentes o defectuosas»». ³⁴⁸ Queda claro, pues, que las partes sí pueden regular el nivel de rigurosidad de la motivación del laudo arbitral.

A nuestro juicio, son tres los supuestos especialmente relevantes aquí:

- (1) *Motivación especialmente rigurosa (justificación externa exhaustiva)*. La imposición de mayor rigurosidad de motivación implica, es lógico, que la justificación externa sea más minuciosa, dedicada y detallada.

³⁴⁸ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Comentario al artículo 56 de la LA». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (coords.). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 631-632.

Este supuesto es importante, porque si las partes empleasen, al momento de regular el contenido de la motivación, las frases «especialmente exhaustiva», «exposición detallada», «presentación de un análisis minucioso», etc. Tales frases deberán entenderse como la imposición de una justificación externa especialmente severa.

Ahora bien, como ya señalamos desde el capítulo 1, es difícil determinar de manera exacta qué puede significar una motivación con mayor «exhaustividad» o «rigurosidad» en su justificación externa. No obstante, la idea que deben sacar los árbitros de tal pacto es simple: deben procurar —según lo que ellos conciban como una motivación más «exhaustiva» o «rigurosa»— presentar un sustento más extendido y detallado de cada una de las premisas que emplean.

- (2) *Motivación predeterminada*. En este punto no hay mayores comentarios que hacer.
- (3) *Motivación de «menor» rigurosidad (sin obligación de justificación externa)*. La imposición de «menor» rigurosidad aquí podría equipararse a un pacto mediante el que las partes se liberan del contenido impuesto por la debida motivación judicial a la motivación arbitral.

En efecto, recordemos que si no hubiese imposición de la debida motivación judicial, el contenido predeterminado de la obligación de motivar equivaldría sólo a la exposición de premisas (hechos y derecho) y a su conjugación en un silogismo jurídico (justificación interna). No habría aquí obligación para los árbitros de presentar justificación externa alguna.³⁴⁹

³⁴⁹ Esto no debe confundirse con que se prohíba la exposición de una justificación externa de las premisas. En otras palabras, en este caso, los árbitros no están obligados a presentar una justificación externa, pero igual pueden hacerlo si así lo consideran pertinente. Caso distinto —más radical— sería que los árbitros estuviesen prohibidos de exponer la justificación externa de sus premisas.

En otras palabras, a través del pacto, las partes pueden retornar al contenido ideal de la obligación de motivar.

Como veremos más adelante, el examen judicial de la motivación varía según el supuesto específico que las partes hayan establecido.

2.3.4.2. Establecimiento de lineamientos específicos para la motivación

En adición al nivel general de rigurosidad que las partes pueden establecer a la motivación del laudo, se tiene que éstas también podrían establecer consignas específicas para la motivación. Así, las partes pueden pactar:

- Ejemplo 1: La consignación expresa, en el marco de la justificación interna, de cómo es que el razonamiento no vulnera o atenta contra uno o más principios de la lógica (principio de no contradicción, tercio excluido, etc.).
- Ejemplo 2: La enumeración, en el marco de la justificación externa, de una lista de las pruebas valoradas, ordenadas según el nivel de preponderancia que tuvieron.
- Ejemplo 3: La elaboración de cuadros sinópticos que resuman, en una página, el razonamiento empleado por el tribunal arbitral para cada pretensión.
- Ejemplo 4: La consignación de jurisprudencia judicial (si la hubiere) sobre casos similares, y la expresa demostración de cómo ésta es o no aplicable al caso concreto. Ello, respetando naturalmente el hecho de que los árbitros no están obligados a seguir jurisprudencia pactada por las partes.
- Ejemplo 5: Una mención expresa a cada uno de los argumentos empleados por las partes en la audiencia de alegatos finales, precisando cómo es que los mismos eran pertinentes o no.

Según vemos, estos lineamientos específicos constituyen instrucciones especiales dadas por las partes a los árbitros en el marco de la exposición de sus razones. Notemos aquí que esto no implica intervenir en la competencia exclusiva del árbitro para resolver el fondo, sino que más bien se interviene en cómo aquél debe exponer algunos aspectos en específico.

2.3.5. Riesgos y problemas de regular el contenido de la obligación de motivar

La asignación de un alcance y rigurosidad específicos de la motivación constituye una tarea, cuando menos, compleja. Una no cuidadosa determinación del concepto de motivación podría derivar en lo que se denomina «cláusula patológica», es decir, una cláusula ambigua y/o contradictoria.³⁵⁰ Esto, entonces, podría (i) afectar la validez del convenio arbitral; y (ii) dificultar a los árbitros la tarea de exponer las razones de sus decisiones (motivación), toda vez que deberán ceñir su motivación según los parámetros establecidos por las partes aun cuando éstos puedan parecer/ser contradictorios.

Esta regulación de las partes, cabe anotar, puede equipararse a la de un mecenas dándole pautas a Mondrian para la elaboración de un cuadro de arte abstracto. Si las pautas asignadas son demasiado complejas e intrincadas, verificar supuestos incumplimientos a lo establecido por las partes constituirá, muchas veces, una tarea muy difícil.

Más aun, dado que en nuestro país se puede revisar judicialmente la motivación del laudo, en última instancia la regulación y el alcance de ésta sobre la motivación se definirá por el criterio propio de las personas encargadas de evaluar la motivación: los jueces. Por ello, la regulación debe cuidarse de ser precisa y clara, a efectos de que lo que las partes

³⁵⁰ RUSKA MAGUIÑA, Carlos. «Pacte con cuidado, podría terminar en el Poder Judicial». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2007, n.º 4, pp. 49-64.

buscaban conseguir no se convierta en un elemento perjudicial para el arbitraje.

2.4. La configuración del contenido de la obligación de motivar otras decisiones arbitrales

El desarrollo presentado para la configuración del contenido de la obligación de motivar decisiones que resuelven el fondo del asunto es también aplicable para otras decisiones arbitrales. Así, las partes podrían pactar que las decisiones arbitrales sobre la competencia del tribunal arbitral, de la incorporación de partes no signatarias o cualquier otra decisión se sometan a las disposiciones generales o específicas señaladas previamente.

Naturalmente, el pacto para ello deberá tener especial cuidado de fijar bien en qué decisiones los árbitros tienen obligación de motivar. Sobre ello, la regulación del contenido de la motivación deberá darse de manera precisa y adecuada, a efectos de evitar que aquélla termine siendo más perjudicial que beneficiosa.

2.5. Momento en que se puede regular el contenido de la obligación de motivar

El pacto de las partes dirigido a regular la motivación de las decisiones arbitrales tiene un rango temporal para darse. En otras palabras, no puede hacerse en cualquier momento. Así por ejemplo, las partes no pueden regular la motivación del laudo tres días antes de que venza el plazo legal para expedir el laudo y exigir a los árbitros que cumplan con la misma.

En doctrina, lo más cercano que se tiene a este tema está en el pacto de las partes relativo a si el laudo cuenta o no con motivación. De acuerdo a Guzmán Galindo, el pacto de no motivación del laudo «debe

darse con anterioridad a la designación de los árbitros». ³⁵¹ Por analogía, siguiendo tal posición tendríamos que el pacto de regulación de la motivación debería producirse antes de la referida designación del tribunal arbitral.

En este punto, consideramos que debe diferenciarse entre (i) el momento *ideal* para realizar el pacto; y (ii) el período posible en que se puede dar el mismo.

En cuanto a (i), consideramos que el momento *adecuado* para regular la motivación está antes de la designación de los árbitros. De tal manera, se logra que los árbitros puedan tener pleno conocimiento de los lineamientos específicos que deberán cumplir en cuanto a la motivación *antes* de aceptar el cargo. Las razones son las siguientes:

- En el momento previo a la designación de los árbitros, ninguna resolución del tribunal arbitral se puede haber emitido porque éste no existe. En esa línea, se evitan problemas en cuanto a la regulación de la motivación de decisiones arbitrales distintas al laudo (ej., medidas cautelares, recusaciones, etc.). Recordemos que la configuración de la motivación puede darse no sólo para el laudo, sino para todas las decisiones en general.
- Los árbitros designados podrán estudiar de manera adecuada cuál es el alcance de tal pacto, y tomar en cuenta ello al momento de definir si aceptarán o no el encargo.
- El pacto de motivación se hace a la luz de la prestación de motivar como una obligación dentro de la relación crediticia entre las partes y el árbitro. Si el árbitro aceptó un encargo específico de las partes a cambio de una contraprestación determinada, pretender imponerle al árbitro obligaciones adicionales —en-

³⁵¹ GUZMÁN GALINDO, Julio César. «La falta de motivación del laudo como causal de anulación en la LA peruana». En *Arbitraje PUCP*. Lima, n.º 3, 2013, p. 36.

marcadas dentro de la regulación de la motivación— escapa al pacto inicial acordado. A fin de cuentas, tales obligaciones adicionales representan una tarea «extra» para el árbitro, la cual debería reflejarse en la contraprestación que reciba.

No obstante, en estricto, más allá de que lo ideal pase por que el pacto se haga previamente a la designación de los árbitros, el (ii) período posible para realizar tal pacto no se limita al momento previo a la designación. En realidad, el mismo puede darse en cualquier momento *previo* a la expedición de la decisión cuya motivación se busca regular, siempre y cuando las partes y los árbitros (acreedores y deudores) estén de acuerdo en ello.

En efecto, si tanto las partes como los árbitros están de acuerdo, es posible que las primeras regulen la motivación de las decisiones arbitrales aun cuando el procedimiento arbitral está encaminado. Un ejemplo algo exagerado: Si, quedando cinco días para que venza la fecha de expedición del laudo, las partes acuerdan que la motivación del mismo debe contener una expresa mención y aceptación/refutación (según corresponda) a cada uno de los argumentos vertidos en la audiencia final, tal acuerdo será plenamente válido en caso los árbitros acepten cumplir con dicho encargo.

El núcleo aquí está en el acuerdo entre acreedores y deudores. Si las partes y los árbitros están de acuerdo en establecer lineamientos a la motivación, entonces tal acuerdo pasa a formar parte del arbitraje y es de obligatorio cumplimiento. Naturalmente, ello podría, según el caso, involucrar también un incremento en la remuneración de los árbitros, toda vez que se trata de tareas no contempladas al momento en que se fijaron los honorarios.

Un último aspecto a destacar aquí es que el pacto no puede tener efectos retroactivos, por lo que las resoluciones que ya se hayan expedido no deberán cumplir con los lineamientos establecidos por las partes.

La regulación sólo aplicará para la motivación de decisiones aún no expedidas.

En síntesis, el contenido de la obligación de motivar puede ser regulado en cualquier momento previo a la expedición de las decisiones cuyas motivaciones buscan ser reguladas. No obstante, lo idóneo es que las partes establezcan tal regulación antes de la designación de los árbitros, a efectos de que éstos tengan que cumplir con la misma necesariamente, puesto que aceptaron el cargo conociendo que dicha regulación formaba parte de sus obligaciones. En caso se pretenda regular la motivación una vez designado el tribunal arbitral, para que dicha regulación sea vinculante será necesario que los acreedores y deudores (partes y árbitros) acepten que la misma integre el haz de obligaciones y derechos de la relación crediticia.

3. EL IMPACTO DE LA REGULACIÓN DE LA MOTIVACIÓN DEL LAUDO EN ÉSTA COMO CAUSAL DE ANULACIÓN

El derecho a la motivación, en arbitrajes privados, es un derecho crediticio, disponible y configurable. Este derecho, a su vez, conlleva que la motivación constituye una obligación para los árbitros. Pues bien, regular el alcance y lineamientos del contenido de la obligación de motivar genera un *impacto* en el entendimiento de la motivación como causal de anulación del laudo.

La mejor manera de ilustrar esto es a través de un ejemplo —ya mencionado previamente—. Veamos:

Si «A» contrata a «B» para que le entregue un carro de marca y modelo determinados, «A» podrá reclamar ante los tribunales nacionales si es que «B» le entrega un vehículo de una marca o modelo diferente. Pero, «A» no podrá reclamar nada por el color del carro que «B» le entregue, toda vez que no se acordó el color del vehículo, lo que daba libertad a «B» para elegir cualquiera de los colores disponibles.

Por contraste, si «A» contrata a «B» para que le entregue un carro de marca, modelo y color determinados, «A» podrá reclamar ante los tribunales judiciales si es que «B» le envía un carro de un color distinto.

Es indiscutible, pues, que la tutela de un derecho dependerá del contenido del derecho. Si «A» tiene un derecho a un carro de color específico, podrá reclamar por que el vehículo que reciba sea de ese color. Si «A» no tiene tal derecho, nada podrá hacer frente al color que «B» elija para el carro que le entregará.

Lo señalado en el ejemplo puede suceder también para la obligación de motivar un laudo y la tutela de tal derecho. Según lo que las partes pacten, el examen judicial de la motivación puede ser más o menos severo. En esa línea, analizaremos a continuación los siguientes puntos:

- (1) Premisa base: ¿Qué buscan las partes en el caso específico con la motivación?
- (2) La regulación de la motivación como medio para configurar el ámbito del examen judicial a la motivación. Regulación para lograr:
 - (2.1) Examen judicial nulo de la motivación por ausencia de derecho a un laudo motivado (sin derecho, no puede haber tutela del derecho).
 - (2.2) Examen judicial de la motivación limitado a verificar su existencia.
 - (2.3) Examen judicial de la motivación sin anulación de laudo.
 - (2.4) Examen judicial de la validez lógica de la motivación. Examen de errores lógicos en la motivación.

(2.5) Examen judicial de validez lógica + suficiencia. Examen de errores lógicos y de una motivación «suficiente».

(3) Advertencias necesarias frente a la decisión de permitir el examen judicial de la motivación

3.1. Premisa base: ¿qué buscan las partes con la motivación del laudo?

En el capítulo III, expusimos las funciones que cumplía la motivación en el arbitraje. A grandes rasgos, respecto a las partes lograba (i) satisfacer su curiosidad legítima de saber por qué se decidió en tal o cual sentido; y (ii) legitimar la actuación de los árbitros que se habían designado. Pues bien, aquí nos enfocaremos en cuanto a las funciones que cumple la motivación del laudo para las partes.

En principio, podríamos afirmar que las partes se deciden por el arbitraje para lograr una solución a su conflicto a través de un sistema adversarial distinto al judicial. En otras palabras, cuando las partes acuden al arbitraje es indiscutible que están comunicando su intención de no litigar en las cortes nacionales. Es por ello que se asigna competencia exclusiva a los árbitros para resolver el fondo.

En esa línea, la motivación del laudo arbitral que resuelve la controversia serviría para cumplir las funciones generales señaladas líneas arriba. En específico, las partes podrían saber a qué hechos llegaron los árbitros, qué normas escogieron y como aplicaron todo ello para resolver el caso. En teoría, si una parte considerase que la motivación está errada (ej., «los árbitros se equivocaron»), nada podría hacer contra ello puesto que el laudo es una decisión final y vinculante.

Más aún, un aspecto que las partes —y los abogados— deben entender y aceptar es que el árbitro, como cualquier ser humano, no es infalible. El árbitro puede cometer errores al momento de resolver el caso, pero eso es irrelevante para efectos de la competencia exclusiva arbitral sobre la resolu-

ción del fondo. La decisión arbitral que resuelve la controversia es final, y lo es sin importar si alguien considera que las razones expuestas son erradas³⁵² (o mejor aún, sin importar si alguien *crea* que son erradas).

Lo señalado constituye una respuesta inicial y general al tema de las funciones que cumple la motivación del laudo. En efecto, si la pregunta es la siguiente:

Pregunta: ¿Para qué sirve la motivación del laudo?

La respuesta sería ésta:

Respuesta: Sirve para que las partes puedan verificar las razones que derivaron en la solución que pusieron los árbitros a la controversia.

No obstante, de esa pregunta puede derivarse otra, más problemática. La respuesta a ésta, como veremos, puede variar según lo que cada litigante considere mejor.

Pregunta: ¿Qué se debería poder hacer si la motivación del laudo no se considera adecuada?

Respuesta prodecisión final:

No se puede hacer nada. El laudo constituye una decisión final, no pudiendo cuestionarse la decisión ni las razones de la misma.

Respuesta procorrección:

Debe haber un mecanismo de corrección. Este mecanismo de corrección debe, inclusive, permitir que un órgano colegiado distinto pueda intervenir sobre el examen de la motivación.

³⁵² PAULSSON, Jan. *The Idea of Arbitration. Ob. cit.*, p. 93.

En un sentido puramente teórico, ninguna de estas respuestas puede ser considerada «buena» o «mala». Es justamente la voluntad de las partes la que debe definir, en última instancia, si puede haber un eventual examen judicial a la motivación del laudo.³⁵³

3.2. Regulación del examen judicial del laudo a través de la configuración del contenido de la motivación

Hoy en día, según vimos, tenemos un esquema establecido en el que el laudo puede ser anulado si es que su motivación no cumple con ser una «debida motivación» —afecta el derecho a la debida motivación que tienen las partes en el arbitraje—. Este esquema, no obstante, debe considerarse sólo como *predeterminado*, puesto que son las partes las que pueden definir la existencia y alcance de la tutela judicial sobre la motivación del laudo.

En efecto, recordemos aquí el ejemplo del deudor obligado a entregar un carro sin que el acreedor haya definido el color en el pacto. Sea que el color del vehículo le guste o no al acreedor, éste no podrá acudir a los tribunales nacionales para lograr que el deudor le entregue un vehículo con un color distinto. Pues bien, lo mismo sucede con la motivación.

La configuración convencional del contenido de la obligación de motivar el laudo tiene un efecto en la tutela que se haga sobre tal derecho. En específico, consideramos que esta configuración puede dividirse, principalmente, en las siguientes opciones distintas:

- **Pacto de ausencia de obligación de motivar**

En este caso, las partes acordarían que los árbitros no estarían en obligación de motivar el laudo. Asimismo, las partes carecerían de un derecho a la motivación del laudo.

³⁵³ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Comentario al artículo 56 de la LA». *Ob. cit.*, pp. 631-632.

Sobre ello, sería inviable que pueda darse tutela judicial sobre el derecho a la motivación, toda vez que no habría derecho alguno que tutelar.

- **Pacto de obligación de motivar para los árbitros + ausencia de examen judicial sobre la motivación**

En este caso, las partes acordarían que los árbitros sí están obligados a motivar el laudo. No obstante, regularían el pacto de tal manera que los tribunales nacionales no puedan inmiscuirse en la motivación del laudo.

En este caso, el único supuesto en que se podría anular el laudo por problemas en la motivación sería cuando se produzca un caso de ausencia absoluta de motivación.

- **Pacto de obligación de motivar para los árbitros + examen judicial sobre la motivación**

En este caso, las partes adoptan en principio el esquema actual existente hoy en nuestro país, consistente en que sí procede la tutela judicial del derecho a la debida motivación y el consiguiente examen judicial de la motivación.

No obstante, las partes pueden definir el alcance específico del examen judicial de la motivación a través de su pacto. A nuestro juicio, aquí son dos las principales opciones:

- Examen judicial sólo de validez lógica de la motivación.
- Examen judicial de validez lógica + suficiencia de la motivación.

A continuación, un análisis separado de cada uno de estos supuestos.

3.2.1. Pacto de ausencia de obligación de motivar el laudo

El ya muchas veces citado y mencionado artículo 56.1 de la LA establece que, como regla predeterminada, los laudos deberán estar motivados. Sobre ello, la norma consigna expresamente la libertad de las partes para pactar en sentido contrario a la regla predeterminada.

Pues bien, ¿qué podemos entender con un pacto en contrario? A nuestro juicio, son dos los supuestos que engloban bajo tal categoría:

- Las partes pactan que no existe obligación para los árbitros de motivar el laudo que expidan.

En este caso, los árbitros no tienen la obligación de motivar, pero pueden, voluntariamente, exponer una motivación del laudo.

- Las partes pactan que los árbitros están prohibidos de motivar el laudo que expidan.

En este caso, los árbitros no tienen la obligación de motivar tampoco. Pero en adición a ello, tienen la obligación de no motivar el laudo. Es decir, no pueden, por iniciativa propia, motivar el laudo.

En ambos supuestos, las partes carecen de un derecho a la motivación del laudo. Por lo tanto, ¿puede haber tutela alguna del derecho a la motivación? La respuesta aquí es negativa. Si no hay derecho, no hay nada que tutelar.

En síntesis, si las partes pactan que no hay obligación para los árbitros de motivar el laudo, es inviable hablar de tutela judicial del derecho a la motivación del laudo. Ésta no puede proceder, porque no puede tutelarse aquello que no existe.

3.2.2. *Pacto de obligación de motivar + sin examen judicial de la motivación*

3.2.2.1. *Esquema general*

En el apartado anterior expusimos cómo es que las partes pueden sustraerse al control judicial de la motivación del laudo pactando que los árbitros no tienen obligación de motivar el mismo. La respuesta, si bien correcta, no resulta muy convincente para efectos prácticos.

Sucede que, en el Perú, no se tiene conocimiento de casos arbitrales en los que las partes hayan pactado que el laudo carezca de motivación. En realidad, la regla también aplica en el arbitraje comercial internacional,³⁵⁴ y, posiblemente, sea igual en la mayoría de los arbitrajes domésticos del mundo. Lo ordinario es que los laudos arbitrales estén motivados. Esto es comprensible, toda vez que usualmente las partes quieren saber por qué ganan o pierden un caso.

Entonces, las partes, usualmente, quieren saber las razones de la decisión (motivación). Sobre ello, si las partes quieren un laudo motivado pero no quieren que tal motivación pueda luego emplearse para iniciar una acción judicial de anulación, ¿cómo podría lograr el pacto de las partes tutelar sus intenciones?

En este punto, recordemos que en teoría, si la naturaleza del arbitraje se respetase, no habría mayor pacto que realizar. La competencia exclusiva de los árbitros sobre la resolución del fondo sería argumento suficiente para impedir que tribunales judiciales examinen la motivación del laudo. No obstante, como ya vimos, en nuestro ordenamiento

³⁵⁴ Cabe precisar que el Reglamento de Arbitraje ICC establece, en su artículo 31, que «[e]l laudo deberá ser motivado». No obstante, las reglas Uncitral, las de la *American Arbitration Association* y las de la *London Court of International Arbitration* no establecen tal exigencia; y sin embargo la gran mayoría de laudos contienen motivación.

jurídico la imposición del debido proceso ha generado que, en específico, se hable de una «debida motivación» para el arbitraje, lo que conlleva que los tribunales judiciales examinen la motivación de los laudos.

La regulación, por lo tanto, debe dirigirse a prevenir que los tribunales judiciales se consideren inhabilitados para examinar la motivación del laudo. Esto, a nuestro juicio, puede lograrse a través de dos consignas distintas:

- Reconocimiento expreso de la competencia exclusiva del tribunal arbitral para resolver el fondo, lo que veta a cualquier tribunal judicial para intervenir, de manera directa o indirecta (motivación), en la resolución de la controversia.

Como ya sabemos, la LA recoge y reconoce el principio de competencia exclusiva del tribunal arbitral para resolver el fondo, pero ello no resulta suficiente para los tribunales judiciales. Pues bien, ¿qué pasaría si las partes consignan de manera expresa que el laudo debe estar motivado, pero que tal motivación no puede ser un medio para atentar contra la competencia exclusiva del tribunal arbitral sobre el fondo?

A nuestro juicio, el reconocimiento expreso de esta competencia exclusiva dificultaría mucho que, posteriormente, los tribunales judiciales puedan examinar la motivación. Esto, por dos razones:

- La consignación expresa de tal pacto obligaría a los tribunales judiciales a exponer cómo es que su examen judicial sobre la motivación no implica intervenir sobre la competencia exclusiva de los árbitros sobre el fondo del asunto. Esto es algo problemático para la judicatura, puesto que hasta ahora nunca han realizado la justificación de ello.
- Un reconocimiento expreso de las partes del principio de competencia exclusiva del tribunal arbitral y el consiguien-

te impedimento para la judicatura de analizar la motivación conllevaría consecuencias al momento de evaluar el proceder de la parte que demande la anulación del laudo por afectación del derecho a la motivación.

En efecto, si «A» celebró con «B» un convenio arbitral en el que reconocían que los tribunales nacionales no deben examinar la motivación —atentado contra la competencia exclusiva arbitral sobre la resolución del fondo—, ¿cómo «A» podría luego pedir la anulación del laudo por afectación al derecho a la motivación? Tal proceder sería incongruente, y podría ser considerado como un supuesto de actos propios.

A continuación, un ejemplo de redacción de una cláusula que contenga un pacto de este tipo:

El laudo deberá ser motivado. No obstante, las partes reconocen la exclusividad de la competencia arbitral para resolver el fondo. En tal sentido, los tribunales judiciales carecen de legitimidad para analizar la manera directa (revisión/apelación del laudo) o indirecta (a través de la motivación del laudo) la manera en que los árbitros resuelven la controversia.

- Reconocimiento de la subjetividad en y dificultad de calificar la motivación del laudo.

En este punto, recordemos al ejemplo del mecenas que contrata a Mondrian para realizar una obra de arte abstracto. ¿Se imaginan al Mecenas demandando a Mondrian por una obra «mal hecha»? ¿Estarían los jueces capacitados para definir si la prestación se cumplió o no? El ejemplo señalado es perfecto para ilustrar aquí lo que puede suceder con la motivación.

En el caso de la motivación del laudo, es indiscutible que el examen judicial de ésta involucra un componente subjetivo.

Apreciar si una motivación es «adecuada» o «debida» involucra hacer una valoración subjetiva persona sobre el objeto (la motivación) examinado.

En este punto, las partes pueden aprovechar esto para dejar en claro, mediante pacto, que cualquier examen judicial de la motivación será contraproducente. Veamos un modelo de redacción de este punto:

El laudo deberá ser motivado. Las partes acuerdan que, respecto a la motivación, es el propio tribunal arbitral el que define a su motivación como válida y correcta. Ningún otro órgano está facultado para decidir, bajo su criterio, si el razonamiento del tribunal arbitral es errado, incorrecto, insuficiente, ilógico, o deficiente.

De lo que se trata, entonces, es que las partes mediante pacto asignen a la obligación de motivación el mismo tratamiento que merecen aquellas obligaciones en que, por diferentes razones, es inviable realizar una calificación judicial del cumplimiento efectivo de la prestación.

En síntesis, las partes pueden establecer la obligación de motivar el laudo pero prevenir cualquier eventual examen judicial del mismo a través de un pacto que (i) reconozca de manera expresa la competencia exclusiva arbitral para resolver el fondo y el consiguiente impedimento de realizar un examen judicial de la motivación; y/o (ii) asigne a la obligación de motivar el tratamiento de aquellas obligaciones cuya ejecución en algunos casos no puede ser calificada por su propia naturaleza (ej., obligaciones de actuaciones artísticas).

3.2.2.2. ¿Pueden las partes acordar prohibir a los tribunales judiciales examinar la motivación?

Frente a todo lo señalado, uno podría pensar que se ha seguido el camino más complicado. ¿Por qué no simplemente pactar que las salas comerciales no pueden evaluar o calificar la motivación, limitándose a verificar su existencia? Pareciera que esta es una vía más fácil, simple y eficiente de evitar el examen judicial en la motivación realizada por los árbitros.

No obstante, tal propuesta podría considerarse inviable. Puede afirmarse que las partes no pueden pactar su renuncia a acceder a los tribunales porque tal pacto atentaría contra el derecho de acción —mejor conocido ahora como derecho de acceso a la justicia—. ³⁵⁵ Este derecho es considerado un derecho humano, ³⁵⁶ fundamental, y por lo tanto irrenunciable. Los particulares no pueden disponer, total o parcialmente, de su derecho a reclamar ante los tribunales por la supuesta o real afectación de un derecho material.

Por lo tanto, un eventual pacto en el que las partes acuerdan que los árbitros están obligados a motivar, pero que la motivación no puede constituir causal de anulación, podría ser calificado como una ilegítima renuncia al derecho de acción. No podría descartarse, así, que aun con tal pacto los jueces examinen la motivación si es que una de las partes lo solicita. Sobre este tema, no hay a la fecha caso alguno en el que la jurisprudencia haya tenido la oportunidad de evaluar un pacto de tal tipo. ³⁵⁷

³⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. «El derecho fundamental de acción». En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México D.F., año XLI, n.º 123, septiembre-diciembre de 2008, p. 1381.

³⁵⁶ Al respecto, *vid.* MARABOTTO LUGARO, Jorge A. «Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia». En *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003, pp. 291-302.

³⁵⁷ Afirmación realizada sobre las sentencias disponibles en: <http://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/resolucion-busqueda-especializada-superior.xhtml>.

Ahora bien, para finalizar, resaltamos que la solución propuesta en este trabajo —la regulación del contenido de la motivación por las partes con el objeto de incidir en el examen que pueda realizar la judicatura al momento de evaluar una solicitud de anulación por supuestos o reales defectos en la motivación— no involucra afectación alguna al derecho de acción.

Más allá de si los particulares pueden o no renunciar a su derecho de recurrir ante la judicatura frente a cumplimientos defectuosos de obligaciones, lo cierto es que sí pueden regular y moldear la obligación para determinar qué cosas constituirán defectos en el cumplimiento de la obligación, y qué cosas no. Al asignar libertad/discrecionalidad al encargado de una obligación en determinados aspectos de la prestación, no puede hablarse de un cumplimiento defectuoso para tales aspectos, toda vez que las partes no establecieron algún lineamiento que permita verificar y distinguir entre un buen cumplimiento y un cumplimiento defectuoso.

Un ejemplo para cerrar: Si se contrata a un pintor para elaborar un cuadro y se le da absoluta libertad para elegir los insumos que empleará, no se podrá reclamar judicialmente si es que el cuadro termina siendo pintado con témperas escolares diluidas.

3.2.3. Pacto de obligación de motivar + examen judicial de la motivación

El supuesto de pacto de obligación de motivar y eventual examen judicial a la motivación constituye, como ya señalamos, el esquema por defecto en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo que para lograr encuadrar este supuesto no es necesario que las partes hagan nada.

No obstante, lo que sí puede regularse aquí es el nivel de intervención de los tribunales judiciales sobre la motivación del laudo. ¿Cómo puede lograrse eso? A través de la regulación del contenido de la obligación de motivar, las partes pueden asignar una mayor o menor ventana a la revisión judicial de la motivación.

Según vimos en el punto 2.3.4.1, las partes pueden regular el nivel de rigurosidad de la obligación de motivar el laudo. Esto, podía graficarse de la siguiente manera:

<p>Mayor Rigurosidad ↑</p>	<p>Contenido predeterminado + Justificación externa exhaustiva</p>
<p>Contenido predeterminado</p>	<p>Motivación = Exposición de: Hechos y derecho aplicable (premisas) Razonamiento que subsume hechos y derecho (justificación interna) Sustento de las premisas (justificación externa)</p>
<p>↓ Menor Rigurosidad</p>	<p>Exposición de: Hechos y derecho aplicable Justificación interna (No se exige justificación externa)</p>
	<p>Exposición de: Hechos y derecho aplicable (No se exige justificación interna ni externa)</p>
	<p>Exposición de sólo hechos, o de sólo derecho aplicable (No se exige justificación interna ni externa)</p>

Pues bien, la regulación del nivel de rigurosidad de la motivación derivaría en que el examen judicial de ésta varíe en función al rigor específico establecido para la motivación. Veámoslo con un ejemplo: si las partes pactan que la motivación se compone sólo por la exposición de hechos, derecho y justificación interna, entonces la justificación externa quedaría fuera del contenido del derecho a la motivación. Por lo tanto, los tribunales judiciales no podrían aplicar la categoría de «deficiencias en la justificación externa» para anular un laudo debido a su motivación.

Este ejemplo, si bien en estricto correcto, puede parecer demasiado complejo como para ser llevado a la práctica. En efecto, regular los niveles de justificación presentes en el contenido de la motivación y el consiguiente impacto de ello en el eventual examen judicial de la motivación constituye una tarea complicada. Más aún, como vimos antes, la regulación de este tema puede terminar generando cláusulas arbitrales confusas o difíciles de entender, perjudicando en última instancia al arbitraje.

Una forma viable, a nuestro juicio, de delimitar el ámbito del examen judicial de la motivación pasa por el empleo de la categorización funcionalista de los defectos de la motivación —presentada en el capítulo IV—: (i) defectos lógicos; y (ii) defectos de insuficiencia. Recordemos:

- Defectos lógicos: Anomalías que atentan contra las reglas de la lógica formal. Para su detección concurren criterios objetivos.
- Defectos de insuficiencia: Ausencia de una argumentación adecuada en la sustentación o exposición de algunas de las premisas empleadas.

En esa línea, mediante el convenio de los particulares, es posible lograr que el ámbito del eventual examen judicial sobre la motivación se limite a (i) la detección de defectos lógicos; o a (ii) la búsqueda de defectos de insuficiencia; aunque naturalmente si las partes lo desean el examen judicial (iii) puede abarcar a ambos tipos de defectos.

3.2.3.1. Examen judicial de la validez lógica de la motivación

Supongamos que las partes quieren que los árbitros tengan la obligación de motivar, y que la motivación pueda ser evaluada judicialmente. Pero, más aún, las partes en específico buscan que el laudo se anule sólo cuando la motivación contenga errores lógicos. Esto podría justificarse en el

hecho de que denunciar un error lógico involucra apoyarse en criterios objetivos establecidos por las reglas de la lógica —aun cuando la evaluación de la motivación siempre implica emplear criterios subjetivos—, lo que asigna mayor seguridad y predictibilidad al examen judicial de la motivación y su resultado.

A nuestro criterio, es posible plasmar tal intención en un acuerdo que deba ser observado por la judicatura. Para ello, las partes deben definir el contenido de la obligación de motivar como una motivación necesariamente lógica. En igual sentido, el pacto debe dar libertad a los árbitros para que sustenten de la manera y extensión que mejor consideren sus premisas; de lo contrario, el laudo podrá también ser anulado por supuestos de motivación «insuficiente» (en sentido técnico, defectos en la justificación externa distintos a la justificación externa ilógica formal).

Veamos un modelo de redacción del señalado pacto:

Las partes acuerdan que, respecto a la motivación, el tribunal arbitral debe exteriorizar en su laudo un razonamiento jurídico que enumere las premisas empleadas, y cómo éstas derivan en la decisión de forma coherente y lógica. Cualquier error lógico en el razonamiento construido sobre las premisas presentadas por el tribunal constituye una afectación al derecho a la motivación de las partes, tal y como ha sido delimitado aquí.

El tribunal arbitral tiene plena libertad para sustentar de la forma y extensión que considere pertinente a las premisas que emplee para su razonamiento. Ninguna autoridad estatal está legitimada para calificar de «insuficiente» o «deficiente» a la motivación, salvo que en ésta haya errores lógicos objetivamente demostrables.

La idea es que, más allá de las categorías y clasificaciones que pueden hacerse a los defectos de la motivación, los tribunales judiciales entiendan que sólo los errores lógicos-formales constituirían una afectación del derecho a la debida motivación en este caso. Por lo tanto,

deberán abstenerse de sancionar la nulidad de un laudo por considerar que la motivación es «insuficiente» o «defectuosa» (salvo que empleen estas etiquetas para referirse a los mencionados defectos lógicos).

3.2.3.2. Examen judicial de la suficiencia de la motivación

Si las partes buscan que el laudo pueda ser anulado sólo cuando éste adolezca de vacíos en la ilación argumentativa, tal intención puede plasmarse a través de un pacto que limite la actuación de la judicatura a la búsqueda de defectos de insuficiencia.

A nuestro juicio, si las partes buscan que la motivación sea exhaustiva y detallada, entonces un pacto de esta naturaleza les resultará muy útil. Si se recoge en el pacto una expresa habilitación para anular el laudo por defectos de motivación insuficiente, se generará como consecuencia que los árbitros dediquen mayor esfuerzo a sustentar de manera extensiva cada una de las afirmaciones que realicen.

Veamos ahora un modelo de redacción del señalado pacto:

Las partes acuerdan que, respecto a la motivación, el tribunal arbitral debe fundamentar de manera adecuada las premisas que emplee para su razonamiento. Cualquier premisa no adecuadamente motivada constituye una afectación al derecho a la motivación de las partes, tal y como ha sido delimitado aquí.

El tribunal arbitral tiene plena libertad para definir la forma en que enlaza, correlaciona, subsume o discrimina las premisas que emplee para resolver el caso. Ninguna autoridad estatal está legitimada para calificar de «ilógica» o «incongruente» a la motivación.

Notemos que en este caso se está habilitando a la judicatura sólo a anular laudos si encuentra «vacíos» en la motivación. En caso la judicatura considere que existen errores lógicos, deberá abstenerse de calificar éstos, toda vez que el pacto de las partes impide que puedan anular el

laudo sustentándose en la incongruencia lógica del discurso expuesto por los árbitros.

3.2.3.3. Examen judicial de la validez lógica + suficiencia de la motivación

El examen judicial de la suficiencia + validez lógica de la motivación es el examen que, por defecto, se produce cuando las partes no pactan ni señalan nada respecto de la motivación del laudo. Por lo tanto, en este punto no habría mayor comentario que hacer.

No obstante, en un utópico escenario en el que, por defecto, los tribunales judiciales no se consideren habilitados para examinar la motivación, las partes podrían habilitar a dichos tribunales a través de su pacto. Veamos un modelo de redacción del señalado pacto:

Las partes acuerdan que, respecto a la motivación, el tribunal arbitral debe exteriorizar en su laudo un razonamiento jurídico que enumere las premisas empleadas, y cómo éstas derivan en la decisión de forma coherente y lógica. Tales premisas, a su vez, deberán estar adecuadamente fundamentadas, a efectos de que pueda apreciarse cómo es que el Tribunal Arbitral llegó a cada una de ellas.

Cualquier error lógico en el razonamiento construido sobre las premisas presentadas por el tribunal constituye una afectación al derecho a la motivación de las partes, tal y como ha sido delimitado aquí.

Cualquier premisa no adecuadamente motivada constituye una afectación al derecho a la motivación de las partes, tal y como ha sido delimitado aquí.

En síntesis, la regulación que hagan las partes del contenido de la obligación de motivar puede derivar en modificar el ámbito del examen judicial de la motivación. Así, el examen judicial puede (i) limitarse a anular el laudo por defectos lógicos en la motivación; (ii) limitarse a

anular el laudo por defectos de insuficiencia; o (iii) anular el laudo por cualquier defecto (lógico o de insuficiencia).

3.2.4. Legitimidad del examen judicial de la motivación sustentado en el pacto de las partes

Luego de leer los puntos anteriores, preguntas muy válidas pueden surgir, como las siguientes: ¿Pueden las partes habilitar y regular el análisis judicial de la motivación? ¿Acaso al hacer ello no están las partes transgrediendo el principio de exclusiva competencia del tribunal arbitral para resolver el fondo?

En primer lugar, debemos tener presente la relevancia del principio de flexibilidad en el arbitraje. Sobre ello, nos hacemos la siguiente pregunta: ¿En qué se fundamenta el hecho de que el laudo sea final e incuestionable? ¿En qué se fundamenta la exclusiva competencia de los árbitros para resolver el fondo? El fundamento no radica en alguna ley natural intocable o incuestionable, sino más bien en el acuerdo de las partes.

En efecto, un laudo es final e inapelable —y la competencia para resolver el fondo es exclusiva— debido a que las partes *lo acuerdan así*. Es la voluntad de las partes lo que genera tales efectos. En esa línea, ¿qué pasaría si las partes estuviesen de acuerdo en que el laudo fuese apelable? ¿Acaso alguien podría denegar valor a tal pacto alegando que el laudo es siempre inapelable? La respuesta —por lo menos para nosotros— es evidente: el laudo puede ser apelable y la competencia de los árbitros no exclusiva si es que las partes lo disponen así. Cabe anotar que nuestra LA no dice nada respecto a esto, pero la anterior norma sí reconocía textualmente la facultad de pactar que el laudo de derecho sea apelable.³⁵⁸

³⁵⁸ Ley n.º 26572

«Artículo 60..- Recurso de Apelación.- Procede la interposición del recurso de apelación ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral, cuando se hubiere pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o si está previsto en el reglamento arbitral de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido su

Tenemos, entonces, que las partes pueden pactar que el laudo sea apelable. El laudo podría ser apelado, si las partes lo acuerdan así, ante un nuevo tribunal arbitral o ante tribunales judiciales. Esto implica que las partes tienen la facultad de generar un arbitraje en el que la competencia para resolver el fondo no sea exclusiva para los árbitros, sino que más bien sea compartida con los tribunales judiciales.

Entonces, si se puede pactar que un laudo sea apelable ante tribunales judiciales para que éstos puedan realizar una completa revisión del caso, ¿por qué no podría pactarse que el examen judicial sólo pueda ser parcial e indirecto (a través de la evaluación de la motivación)? En última instancia, la voluntad de las partes y el principio de flexibilidad del arbitraje pueden habilitar el examen judicial de la motivación.

3.3. Advertencias necesarias y consideraciones finales

En el apartado anterior, hemos desarrollado y presentado un esquema mediante el cual, a nuestro juicio, las partes pueden regular no sólo la motivación, sino también incidir en el margen que tiene los jueces para analizar a la misma. No obstante, es esencial advertir una vez más que la regulación de la motivación conlleva graves riesgos.

Si se habilita a los jueces a evaluar la motivación, ¿quién define qué buscaban las partes al regular la motivación? En primera instancia, los árbitros; y luego los jueces en caso la motivación sea sustento de una acción de anulación de laudo. Pues bien, los riesgos son los siguientes:

controversia. A falta de acuerdo expreso o en caso de duda, se entiende que las partes han pactado el recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral. El recurso de apelación tiene por objeto la revisión del laudo respecto de la apreciación de los fundamentos de las partes, de la prueba y, en su caso, aplicación e interpretación del derecho, y se resuelve confirmando o revocando total o parcialmente el laudo. Contra los laudos de conciencia no procede recurso de apelación».

- Los árbitros podrían entender el pacto de las partes de una manera que, para una de ellas o incluso para ambas, transige o incumple lo pactado. Esto se debe a que, como hemos señalado desde el capítulo I, el análisis y estudio de la motivación y todo lo enlazado a ésta conlleva un fuerte componente de subjetividad. La presencia de este componente de subjetividad, en última instancia, siempre significará que haya un riesgo de que el acuerdo de las partes pueda ser interpretado y aplicado de muy diferentes maneras.
- Los jueces pueden entender el pacto no como una limitación a su ámbito de examen, sino más bien como una consigna dirigida a hacer inclusive un examen más exhaustivo y severo de la motivación.

Veámoslo de esta manera, ¿cómo podría entenderse pactar que se «debe fundamentar de manera adecuada» cada premisa empleada? Según el criterio personal de cada uno, tal consigna puede abarcar un número distinto de premisas. Y, por otro lado, ¿cómo definimos si una premisa ha sido efectivamente fundamentada «de manera adecuada». Podemos estar todos de acuerdo en que la premisa tiene que estar fundamentada; ¿pero, acaso hay criterios objetivos para establecer si, efectivamente, se fundamentó o no?

Más aún, es usual que los árbitros elegidos por las partes sean especialistas en la materia controvertida. En esa línea, éstos pueden dar por sentados muchos conceptos, elementos o principios enlazados a las ciencias o disciplinas involucradas en el caso (ej., casos arbitrales sobre incumplimiento de obligaciones de un auditor contable). Así, lo que la judicatura puede percibir como un defecto en la motivación externa no es más que el fruto de su falta de su especialidad en la materia discutida.

Al final, esto podría equiparse a dejarle a un vecino una llave de nuestra casa «sólo para emergencias»; pero al final el vecino

termine empleándola para muchas situaciones que, para uno, no califican de ninguna manera como «emergencias».

En última instancia, la regulación del contenido de la obligación de motivar y del ámbito del examen judicial de la motivación es viable. No obstante, para efectos prácticos son, a nuestro juicio, pocos los pactos que pueden tomarse sin que se genere a la vez un grave riesgo de distorsión de lo acordado.

Para finalizar, consideramos que si las partes estiman que la motivación del laudo pueda ser revisada, lo mejor sería limitar la revisión a la búsqueda y sanción de defectos lógicos. Esto se debe a que tal examen involucra criterios objetivos, lo que asigna mayor predictibilidad y seguridad para las partes.

4. SÍNTESIS

- 1) En el arbitraje entre particulares, el contenido de la obligación de motivar es moldeable y regulable por las partes. Ello no conlleva ningún problema para o afectación a terceros, dado que la motivación de decisiones arbitrales en arbitrajes privados no afecta a la sociedad.
- 2) La legitimidad de la regulación del contenido de la obligación de motivar radica en que (i) nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe (y no está prohibido regular el contenido de la obligación de motivar en el arbitraje); (ii) quien puede lo más puede lo menos, por lo que si las partes pueden fijar o eliminar la obligación de motivar, entonces con más razón pueden regular su contenido; y (iii) el contenido de las obligaciones crediticias es, por definición, regulable por las partes —y la obligación de motivar es una obligación crediticia—.

- 3) La regulación del contenido de la obligación de motivar el laudo debe, en cualquier caso, respetar ciertos límites. En específico, la regulación debe respetar siempre (i) el contenido mínimo base de la motivación, el que consiste en la exposición de razones objetivas; y (ii) los límites establecidos a la prestación de motivar en tanto prestación accesoria a la obligación principal de resolver la controversia.
- 4) La configuración del contenido de la obligación de motivar el laudo puede darse a dos niveles: formal y material.

En cuanto al nivel formal, éste versa sobre la regulación de cuestiones y lineamientos formales para la exposición de las razones que derivaron en la decisión arbitral. Aquí encuadran aspectos como el formato de las páginas, el tamaño y estilo de la letra, criterios para el citado de bibliografía, etc.

- 5) En cuanto al nivel material, éste se refiere al grado de exhaustividad y rigor con el que se expone el razonamiento de los árbitros. En otras palabras, sobre el contenido predeterminado de la motivación del laudo (exposición de hechos y derecho aplicable (premisas); presentación del razonamiento que engloba a éstos; y sustentación de las premisas), las partes pueden «aumentar» o «reducir» el contenido de la obligación de motivar.
- 6) La regulación del contenido de la obligación de motivar el laudo en su nivel material puede darse a través de (i) una configuración general; o (ii) consignas específicas.
- 7) La configuración general de la obligación de motivar el laudo se da a través del establecimiento de una motivación más o menos rigurosa. Esto se puede ilustrar de la siguiente manera:

Mayor Rigurosidad ↑	Contenido predeterminado + Justificación externa exhaustiva
Contenido predeterminado	Motivación = Exposición de: Hechos y derecho aplicable (premisas) Razonamiento que subsume hechos y derecho (justificación interna) Sustento de las premisas (justificación externa)
↓ Menor Rigurosidad	Exposición de: Hechos y derecho aplicable Justificación interna (No se exige justificación externa)
	Exposición de: Hechos y derecho aplicable (No se exige justificación interna ni externa)
	Exposición de sólo hechos, o de sólo derecho aplicable (No se exige justificación interna ni externa)

En específico, son tres los supuestos más relevantes: (i) Motivación especialmente rigurosa (justificación externa exhaustiva); (ii) Motivación predeterminada; y (iii) Motivación sin exigencia de justificación externa.

- 8) Por otro lado, las partes pueden establecer consignas específicas para la motivación del laudo. Esto se, instrucciones especiales que los árbitros deben seguir al momento de exponer las razones de su decisión. Así, por ejemplo, puede pactarse que los árbitros deban enumerar todas y cada una de las pruebas aportadas, y expresar cuánto valor le dieron —por separado y en conjunto— a éstas.

- 9) Lo señalado en los puntos anteriores es plenamente aplicable a decisiones distintas a las de resolución del fondo del asunto.
- 10) La regulación del contenido de la obligación de motivar puede darse en cualquier momento previo a la expedición de la decisión —o decisiones— cuya motivación será objeto de regulación. Esto, siempre y cuando las partes y los árbitros estén todos de acuerdo con el pacto (celebrado por las partes).

Sin perjuicio de ello, el momento ideal para regular el contenido de la obligación de motivar está en el período previo a la designación de los árbitros. Esto, principalmente, porque imponer lineamientos e instrucciones adicionales derivaría en que los árbitros tengan en cuenta ello al momento de evaluar si aceptar o no el encargo.

- 11) La regulación del contenido de la obligación de motivar el laudo tiene un impacto en la tutela que se haga de tal derecho. Esto es fácil de ilustrar con un ejemplo. Si «A» se obliga a entregar a «B» un carro de color negro; «B» podrá solicitar tutela judicial en caso el carro sea de otro color. No obstante, si en el pacto no se consignó el color del carro, «B» no podrá solicitar tutela judicial por el hecho de que el color del carro recibido no le guste.

En términos específicos: El alcance de la tutela del derecho dependerá de la propia extensión del derecho. Sólo puede tutelarse aquello a lo que se tiene derecho.

- 12) Antes de evaluar cómo la regulación del contenido de la obligación de motivar el laudo afecta el ámbito de tutela judicial de dicho derecho, es esencial preguntarse «¿qué buscan las partes con la motivación del laudo?». Una respuesta base está en que con la motivación las partes satisfacen la legítima curiosidad e

interés que pudieran tener de saber por qué se resolvió de tal o cual forma.

No obstante, sobre dicha base, las partes tienen que hacerse una pregunta adicional: «¿qué se debería poder hacer si la motivación del laudo no se considera adecuada?». Ante ésta, hay dos posibles respuestas generales:

- Primera respuesta: No se puede hacer nada. El laudo es final, y la competencia de los árbitros sobre la resolución del fondo es exclusiva.
- Segunda respuesta: Si el laudo no está motivado de manera adecuada, debe existir un mecanismo de corrección mediante el que un órgano colegiado distinto pueda corregir las posibles anomalías de la motivación.

Según la respuesta que tengan las partes, la regulación del contenido de la obligación de motivar variará.

- 13) A nuestro criterio, son cuatro los principales pactos que pueden adoptar las partes en cuanto a la obligación de motivar el laudo y su contenido:
- a) Pacto de ausencia de obligación de motivar.
 - b) Pacto de obligación de motivar para los árbitros + ausencia de examen judicial sobre la motivación.
 - c) Pacto de obligación de motivar para los árbitros + examen judicial sobre la motivación.
- 14) En cuanto a (a), sucede que si las partes acuerdan que no hay obligación para los árbitros de motivar el laudo, es inviable que

pueda haber tutela del derecho a la motivación. No puede tutelarse un derecho que no se tiene.

- 15) Sobre (b), pacto de obligación de motivar para los árbitros + ausencia de examen judicial sobre la motivación, en teoría ésta sería la opción predeterminada, toda vez que la competencia exclusiva de los árbitros para resolver el fondo resulta argumento suficiente para impedir el examen judicial de la motivación. No obstante, en el Perú se considera que el derecho a la debida motivación del laudo es tutelable aun cuando esto implica afectar el señalado principio de competencia exclusiva arbitral sobre la resolución de la controversia.

Sea como fuere, las partes sí pueden acordar que los árbitros estén obligados a motivar el laudo, pero a la vez, mediante su pacto, pueden lograr que la judicatura no esté habilitada para examinar la motivación. Esto se lograría mediante un pacto que (i) reconozca la primacía del principio de competencia arbitral exclusiva para resolver el fondo, puesto que así si una de las partes luego solicita la anulación por afectación del derecho a la motivación estaría incurriendo en actos propios; y (ii) reconozca el papel que tiene la subjetividad al momento de determinar si una motivación afecta el derecho a la motivación de las partes; la motivación de un laudo puede equipararse a una pintura de arte abstracto: calificarla de «buena» o «mala» depende de cada uno ya que no hay una verdadera respuesta correcta.

Un último tema importante aquí está en si un pacto que expresamente estableciese la prohibición para la judicatura de revisar la motivación sería válido. Esta, en realidad, sería la manera más fácil de lograr que haya motivación pero que la misma no pueda luego ser objeto de examen judicial.

No obstante, sucede que un pacto como ése podría ser considerado como una renuncia ilegítima al derecho de acceso a la justicia. Por lo tanto, no parece aconsejable seguir esta vía.

- 16) Sobre (c), pacto de obligación de motivar + examen judicial de la motivación, ésta constituye la opción por defecto, por lo que para lograr llegar a este esquema no se requiere pacto especial alguno.

Ahora, sobre esta base, las partes podrían regular el ámbito del examen judicial de la motivación. Así, por ejemplo, si las partes pactasen que el contenido de la motivación se conforma sólo por hechos, derecho y justificación interna, entonces la justificación externa quedaría fuera, y por tanto aquellos defectos en la justificación externa que pudiera encontrar el tribunal judicial no podrían derivar en la anulación del laudo.

Consideramos que la mejor manera de regular el nivel del examen judicial de la motivación del laudo pasa por dividir a los defectos de aquélla en dos tipos: (i) defectos lógicos; y (ii) defectos de insuficiencia, los que definimos en el capítulo anterior.

Así, las partes pueden establecer que la judicatura sólo anule el laudo cuando encuentre defectos lógicos, o sólo cuando encuentre defectos de insuficiencia, o cuando encuentre cualquiera de dichos defectos.

Un pacto que habilite a la judicatura sólo a anular el laudo por los defectos lógicos de la motivación asigna, a nuestro juicio, mayor seguridad y predictibilidad en el examen judicial (buscado por las partes). Esto, porque como ya mencionamos, para la detección de defectos lógicos deben emplearse principios de lógica-formal objetivos.

Un pacto que habilite a la judicatura sólo a anular laudos por los defectos de insuficiencia de la motivación puede, en ciertos casos, resultar adecuado para las partes. Si las partes buscan una motivación exhaustiva y detallada, un pacto de este tipo logrará ello.

Un pacto que habilite a la judicatura a anular el laudo por ambas clases de defectos constituye hoy en día la opción predeterminada. En tal sentido, si las partes buscan eso, pues bajo la regulación actual no requerirán realizar ningún pacto en especial.

- 17) La habilitación del examen judicial de la motivación hecha por las partes es legítima. Es cierto que en principio el laudo es final e inapelable, y que la competencia del tribunal arbitral sobre el fondo es exclusiva. No obstante, tales elementos pueden ser modificados por el acuerdo entre las partes. Así como es posible establecer un recurso de revisión del laudo ante un tribunal arbitral distinto o inclusive ante un tribunal judicial, así también resulta posible que las partes puedan pactar que haya un examen judicial de la motivación, limitado a calificar ésta pero sin que los jueces puedan revocar la decisión arbitral e imponer una distinta.
- 18) La regulación del contenido de la obligación de motivar y su incidencia en el examen judicial debe ser realizada con mucho cuidado. En última instancia, serán los jueces los que determinarán el alcance y contenido del pacto de regulación, lo que puede derivar en resultados no deseados.

CAPÍTULO VI LA MOTIVACIÓN EN EL ARBITRAJE CON COMPONENTE PÚBLICO

1. INTRODUCCIÓN

El análisis del derecho a la motivación en los capítulos anteriores tiene como base al supuesto más típico del arbitraje: el arbitraje entre agentes privados. No obstante, como señalamos en el capítulo I, el arbitraje también puede contener un componente público —participación del Estado en el arbitraje—, y sucede que éste tiene consecuencias en la estructura y lineamientos del arbitraje.

En específico, el derecho a la motivación varía para el caso del arbitraje con componente público. En esa línea, presentaremos a continuación lo siguiente:

- (1) Las funciones que cumple el derecho a la motivación en el arbitraje con componente público.
 - (1.1) Componente público *vs.* confidencialidad en el arbitraje.
 - (1.2) Evaluación de si puede hablarse de una función «extra-procesal» para la motivación en el arbitraje con componente público.
 - (1.3) La función social de la motivación en el arbitraje con componente público.
- (2) La naturaleza del derecho a la motivación en el arbitraje con componente público.

- (2.1) El derecho a la motivación como un derecho crediticio, pero a la vez no disponible.
 - (2.2) Las decisiones arbitrales que requieren estar obligatoriamente motivadas en el arbitraje con componente público.
 - (2.3) Incongruencia en la regulación actual del derecho a la motivación del laudo en el arbitraje con componente público.
 - (2.4) La necesidad de uniformizar la regulación del derecho a la motivación en el arbitraje con componente público.
- (3) El contenido del derecho a la motivación en el arbitraje con componente público.
 - (4) La tutela judicial que tiene el derecho a la motivación en el arbitraje con componente público y su legitimidad.

Todo esto será analizado a continuación.

2. LAS FUNCIONES DE LA MOTIVACIÓN EN EL ARBITRAJE CON COMPONENTE PÚBLICO

2.1. Punto de partida: componente público vs. confidencialidad

Según hemos señalado en diferentes secciones de esta obra, las funciones que cumple la motivación son las que en última instancia delimitan, delimitan y llenan el contenido del derecho a la motivación. En esa línea, vimos en el capítulo III que el derecho a la motivación de las decisiones arbitrales no cumple realmente con las funciones que tiene el derecho a la debida motivación judicial.

En específico, afirmamos en el mencionado capítulo que el derecho a la motivación en el arbitraje carece absolutamente de función extraprocesal alguna; es decir, no cumple ningún rol para sujetos ajenos al arbitraje o para la sociedad en general. En efecto, dijimos, ¿cómo podría hablarse de función extraprocesal cuando el arbitraje constituye un mecanismo cuya información e incidencias quedan reservadas para las partes involucradas? La confidencialidad en el arbitraje, entonces, impedía de plano que agentes ajenos al arbitraje pudieran informarse sobre lo sucedido en éste, o del resultado final (laudo) impuesto al conflicto.

Pues bien, el arbitraje con componente público representa un «desafío» para el principio de confidencialidad. Este «desafío» radica en que, según como se enfoquen las cosas, el principio de confidencialidad (i) debe ceder debido al componente público; o (ii) en la práctica se vuelve inútil aun cuando se le «respete». Veamos:

- (i) El principio de confidencialidad debe ceder debido a que el Estado no puede equipararse a un ciudadano o a una empresa (por más grande que ésta sea). El Estado en el arbitraje no actúa para la defensa de intereses privados, sino más bien de intereses públicos. Los ciudadanos, entonces, tienen derecho a enterarse de cómo el Estado actúa en defensa de sus intereses.
- (ii) El principio de confidencialidad debe respetarse, por lo que el procedimiento arbitral y su resultado no puede ser conocido por sujetos ajenos a las partes.

Ahora, cuando el Estado litiga lo hace en nombre de los ciudadanos de la república. ¿Realmente los ciudadanos pueden ser calificados de sujetos «ajenos» al arbitraje? La respuesta es que no es posible, porque el Estado no es más que la suma de sus ciudadanos. Por lo tanto, bajo el propio principio de confidencialidad, los sujetos legitimados para conocer sobre el arbitraje y sus sucesos serían las partes, y los ciudadanos puesto que una de las partes justamente representa a éstos.

Sea como fuere, nuestro marco legal denota que no puede hablarse realmente de una «confidencialidad total» para el arbitraje con componente público. Así, la quinta disposición final³⁵⁹ de la LA —incorporada por el Decreto Legislativo n.º 1231, publicado el 26 de septiembre de 2015—, dispone que los laudos arbitrales de arbitrajes en los que el Estado haya sido parte deberán ser publicados en una página web de acceso público.

En conclusión, es claro que el principio de confidencialidad no puede constituir una barrera para descartar de plano cualquier posible función «extraprocesal» de la motivación en el arbitraje con componente público, es decir, una función que se extienda fuera del procedimiento arbitral. Por lo tanto, pasaremos a evaluar si, «levantado» el principio de confidencialidad, puede hablarse de función «extraprocesal» para la motivación en el arbitraje con componente público.

2.2. ¿Función «extraprocesal» de la motivación arbitral?

La función extraprocesal de la debida motivación judicial, vimos anteriormente, se dirigía a (i) justificar la investidura de los jueces; (ii) validar el marco normativo; y (iii) educar a los ciudadanos sobre cómo funciona el marco legal (conocida también como función pedagógica). Pues bien, ¿es esta función aplicable al arbitraje con componente público? Veamos:

- En cuanto a (i), como ya mencionamos antes, en el arbitraje no hay jueces, por lo que legitimar la investidura de aquéllos simplemente no es viable. Por cierto, si alguien pretende que se legitime la «investidura de los árbitros», deberá respondersele

³⁵⁹ «QUINTA.- Publicidad de los laudos arbitrales

Los laudos que se emitan en procesos arbitrales donde el Estado sea parte, deben ser remitidos por la entidad estatal o empresa del Estado participante en dicho proceso arbitral, y en un plazo no mayor a 30 días calendario, al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) para su publicación en su portal institucional (www.osce.gob.pe). Dichos laudos se mantendrán publicados por un plazo no menor a un (1) año».

que la legitimidad de los árbitros se sustenta en la designación realizada y consentida por las partes.

- Sobre (ii), a nuestro juicio la validación del marco normativo no nos parece una función que delimite el contenido del derecho a la motivación.

En efecto, es indiscutible que si las decisiones arbitrales se publicasen (especialmente aquéllas que resuelven el fondo), se contaría con información que permitiría que las personas puedan «validar» ante sus ojos las normas que se aplican en los arbitrajes. No obstante, el arbitraje no responde ni existe para lograr esto; ello es más propio de la dinámica judicial que de la arbitral.

- Respecto a (iii), tenemos la misma situación que (ii). La motivación de las decisiones arbitrales y el levantamiento del principio de confidencialidad derivaría en que los ciudadanos puedan ver cómo se aplican y funcionan las normas de nuestro ordenamiento. Sin embargo, es difícil afirmar que el arbitraje se debe para esta tarea.

En conclusión, no podríamos hablar de una función «extraprocesal» de la motivación incluso si se levantase el principio de confidencialidad debido al componente público del arbitraje. No obstante, la motivación de las decisiones arbitrales en el arbitraje con componente público sí cumple cierto rol para la sociedad, y esto es lo que evaluaremos a continuación.

2.3. Función social de la motivación arbitral

2.3.1. Interés legítimo y derecho de acceso a la información pública

Cuando el Estado litiga en un arbitraje, lo hace en defensa de intereses de la ciudadanía a la que representa. Es decir, los ciudadanos tienen interés en lo que está en juego dentro del litigio. Pues bien, es sobre esta base que se construye la función de la motivación arbitral.

En efecto, si los ciudadanos tienen interés sobre la materia que se discute, es evidente que éstos pueden tener un legítimo interés de saber qué sucede dentro de arbitraje. La ciudadanía, así, tiene legitimidad para informarse sobre cómo se llevó el procedimiento y cómo se llegó al resultado final de éste.

Recordemos que, en última instancia, son los ciudadanos los que asumen de manera indirecta los resultados —sean buenos o malos— de los litigios en los que el Estado defiende intereses públicos. Es, por lo tanto, indiscutible que el ciudadano de a pie tenga un legítimo interés en saber qué sucede dentro de los arbitrajes con componente público. Así, respecto al laudo pero aplicable para la motivación de las decisiones en general, «los ciudadanos, como «accionistas» que asumirán las consecuencias del laudo, están legitimados a saber cómo se arribó a la decisión».³⁶⁰

Pues bien, esto que denominamos «legítimo interés» se materializa en un derecho de rango constitucional: el derecho de acceso a la información pública, reconocido en el artículo 2.5³⁶¹ de la Constitución. Este derecho permite a las personas a solicitar y recibir información que manejen las entidades estatales.³⁶² En efecto, la información pública es

³⁶⁰ AGUILAR ÁLVAREZ, Guillermo y W. Michael REISMAN (eds.). *The Reasons Requirement in International Investment Arbitration*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008, p. 2.

Traducción libre del siguiente texto:

«Citizens, as “stakeholders” who may have to bear the consequences of an award, are entitled to know why a decision was made».

La cita es de un texto enfocado en el arbitraje de inversiones. No obstante, consideramos que el mismo es plenamente aplicable para el arbitraje en general.

³⁶¹ «Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional».

³⁶² Decreto Supremo n.º 043-2003-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

toda información que posee el Estado,³⁶³ salvo excepciones establecidas por ley.³⁶⁴

Claramente, la información que proviene de los arbitrajes en los que participa el Estado es información que maneja el Estado en su calidad de parte en el arbitraje. Asimismo, no existe excepción alguna que descalifique a ésta como información pública. Por lo tanto, la información en tales arbitrajes es efectivamente pública.³⁶⁵

En conclusión, existe un derecho constitucional de los ciudadanos a acceder a la información sobre las incidencias y el resultado de aquellos arbitrajes en los que el Estado participe como parte. Como veremos, la función social de la motivación garantiza tal derecho.

2.3.2. Función social. Concepto y objetivos específicos

La motivación de las decisiones arbitrales en arbitrajes con componente público cumple, como función, satisfacer el derecho de acceso a la infor-

«Artículo 10.- Información de acceso público

Las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control. Asimismo, para los efectos de esta Ley, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales».

³⁶³ BOZA, Beatriz. *Acceso a la información del Estado. Marco legal y buenas prácticas*. Lima: Konrad-Adenauer-Stiftunge V., 2004, p. 4.

³⁶⁴ *Vid. supra* nota 361.

³⁶⁵ Esta información pública no se limita al contenido de las resoluciones arbitrales, sino que más bien se extiende a cualquier incidencia acaecida durante el arbitraje. Así, dentro del concepto de información pública, encuadrarían los documentos presentados por las partes, los medios probatorios presentados (hayan sido admitidos y actuados, o no), lo desarrollado en las audiencias arbitrales (las que deberían estar almacenadas en algún soporte magnético o electrónico), etc.

mación que tienen los ciudadanos. Más aún, la motivación constituye un elemento esencial para la satisfacción de este derecho.

Así, si el Estado sólo suministrase a los ciudadanos información consistente en las decisiones tomadas por los árbitros en el marco del arbitraje, pero no la motivación de las mismas, estaría afectándose el derecho de acceso a la información. En realidad, éste sería ilusorio. La ciudadanía tiene derecho no sólo a enterarse qué sucedió, sino también *por qué* sucedió; en otras palabras, las personas tienen derecho a saber qué razones derivaron en el resultado final de la controversia en la que estaban en juego intereses públicos.

La motivación de las decisiones arbitrales en arbitrajes con componente público cumple entonces una función social, dirigida a materializar el derecho de los ciudadanos a saber qué sucedió con los intereses estatales discutidos en el arbitraje. En específico, esta función social cumpliría dos tareas específicas:

- La ciudadanía podría validar y corroborar que el proceder del Estado en el litigio ha sido correcto y responsable. Los ciudadanos de un Estado tienen pleno interés para conocer si la defensa que hizo el Estado de los intereses públicos fue adecuada y diligente.
- La ciudadanía podría entender qué razones derivaron en el resultado final del litigio en el que había intereses públicos en juego.

Como veremos más adelante, estas dos tareas específicas de la función social de la motivación en el arbitraje con componente público tienen innegable incidencia al momento de definir qué decisiones arbitrales deben estar motivadas en este tipo de arbitraje.

3. NATURALEZA DEL DERECHO A LA MOTIVACIÓN EN EL ARBITRAJE CON COMPONENTE PÚBLICO

3.1. El derecho a la motivación en el arbitraje con componente público. Un derecho no disponible

En el capítulo III, anotamos que el derecho a la motivación de las decisiones arbitrales es un derecho *crediticio*, que se origina en el marco de la relación de crédito entre las partes y los árbitros. Sobre tal base, por definición el derecho a la motivación se erige como un derecho disponible por las partes, salvo que la ley establezca lo contrario —lo que efectivamente se da en algunos casos—.

Esta naturaleza «crediticia» del derecho a la motivación en el arbitraje es inamovible, y no va a cambiar así las dos partes del arbitraje sean entidades estatales. Y es que el vínculo que existe entre las partes y los árbitros es uno crediticio, por lo que cualquier prestación que surja sobre dicho vínculo formará parte, necesariamente de una obligación crediticia —con el correlativo derecho crediticio—. No obstante, la participación del Estado en un arbitraje sí tiene efectos en cuanto a la disponibilidad del derecho —crediticio— a la motivación de las decisiones arbitrales.

Sucede que si el arbitraje es privado, las partes pueden hacer lo que quieran con la motivación de las decisiones arbitrales. A fin de cuentas, ellas asumirán las consecuencias de poder —o no— saber las razones que derivaron en las decisiones arbitrales. Pero, ¿es la situación igual cuando el arbitraje tiene componente público? La respuesta es negativa.

En el arbitraje con componente público, las partes no pueden libremente disponer del derecho a la motivación de las decisiones arbitrales. Hacerlo implicaría atentar contra el legítimo interés ciudadano de conocer qué sucede dentro del arbitraje, implicaría ir contra el derecho *constitucional* de acceso a la información pública.

El derecho a la motivación en el arbitraje con componente público es, entonces, indisponible. Por tanto, estamos frente a una obligación crediticia impuesta por el sistema normativo; y esto es así aun cuando no exista una norma que directamente impute la obligatoriedad de motivar —ciertas— decisiones arbitrales para todos los regímenes de arbitraje con componente público.

Ahora, pasaremos a exponer qué decisiones son aquellas que deben estar motivadas y por qué.

3.2. ¿Qué decisiones arbitrales deben estar obligatoriamente motivadas?

En el arbitraje con componente público, puede hablarse de un derecho no disponible a la motivación. No obstante, este derecho se configura en la medida en que la decisión sea de interés para la sociedad. En este punto, dividiremos el análisis en dos partes: (i) el esquema actual de regulación de la motivación en el arbitraje con componente público; y (ii) el esquema ideal de decisiones que deberían estar siempre motivadas en el arbitraje con componente público.

3.2.1. Lo que es: obligatoriedad de motivación limitada a laudos de sólo un régimen de arbitraje con componente público

Según expusimos en el Capítulo I, el arbitraje con componente público se da en diferentes materias. Así, el Estado es parte en arbitrajes sobre contratación bajo la Ley de Contrataciones del Estado, asociaciones público-privadas, expropiaciones, etc. Para cada una de estas materias, existen normas especiales que reconocen la potestad del Estado de acudir a arbitraje y regulan —de manera general— aspectos de tal mecanismo.

Dado que en todos los casos la base común es la participación del Estado en un arbitraje como parte, uno podría considerar que la regula-

ción en este tema tendría ciertos puntos comunes. Pero, no es así. Para el caso específico de la motivación, sólo el régimen de contrataciones con el Estado la regula. Veamos el artículo 197 del RLCE:

Artículo 197.- Laudo

El laudo, así como sus integraciones, exclusiones, interpretaciones y rectificaciones, debe ser notificado personalmente a las partes y a través del SEACE. El laudo vincula a las partes del Arbitraje, no pudiendo afectar derechos ni facultades legales de personas ni autoridades ajenas al proceso. **El laudo debe ser motivado, no pudiéndose pactar en contrario.** (El énfasis es nuestro).

Ésta es la única disposición que regula algo sobre la motivación, estableciendo que el laudo debe estar motivado. Por otra parte, la normativa de arbitraje de expropiaciones, de APPs, etc. no establece nada para la motivación del laudo.

Entonces, hoy, en el arbitraje con componente público se ha regulado que sólo el laudo —que es una resolución arbitral entre muchas otras— de arbitrajes regulados bajo la Ley de Contrataciones del Estado —que es sólo un régimen normativo público entre muchos otros— esté motivado.

3.2.2. Lo que debería ser: obligatoriedad de motivación de las decisiones sobre jurisdicción y sobre resolución de la controversia

Tenemos que el ciudadano tiene derecho a saber qué sucede en el arbitraje, y para garantizar tal derecho ciertas decisiones arbitrales deben estar necesariamente motivadas. Pero, ¿qué es lo que el ciudadano está legitimado a saber? A nuestro juicio, dos temas:

- Las decisiones sobre la *competencia* del tribunal arbitral; y
- Las decisiones sobre la resolución del *fondo* del asunto.

Cuando un tema de interés público se discute en arbitraje, son dos las preguntas en las que el ciudadano tiene derecho a tener una respuesta: «¿por qué la controversia se ha llevado a arbitraje?» y «¿por qué la controversia se ha resuelto en tal o cual sentido?»

Finalmente, cabe anotar que no es razonable afirmar que todas las decisiones arbitrales deban estar necesariamente motivadas. Ello no sucede ni en el propio proceso judicial.³⁶⁶ Una vez salvaguardado el derecho del ciudadano a saber las motivaciones de las decisiones sobre competencia del tribunal arbitral y sobre la resolución del fondo, no existe razón que justifique la necesidad de que las restantes decisiones también deban ser siempre motivadas.

Naturalmente, la obligatoriedad de motivar las mencionadas decisiones se extiende a todo arbitraje en el que el Estado participe como parte. Así, el esquema actual de obligatoriedad de motivación —sólo para el laudo— limitado a un régimen resulta errado.

En síntesis, en el arbitraje con componente público las decisiones sobre el fondo de la controversia y sobre la competencia del tribunal deben estar motivadas. Esto, en adición a los supuestos ya previstos hoy de obligación legal de motivar para cualquier clase de arbitraje: decisiones que reconsideran decisiones previas y decisiones que prescinden de prueba admitida.

³⁶⁶ Decreto Supremo n.º 017-93-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial

«Artículo 12.- Motivación de resoluciones

Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan. Esta disposición alcanza a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia que absuelven el grado, en cuyo caso, la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida, no constituye motivación suficiente».

4. EL CONTENIDO INDISPONIBLE DEL DERECHO A LA MOTIVACIÓN EN EL ARBITRAJE CON COMPONENTE PÚBLICO

Según expusimos en 2. del capítulo v, el derecho a la motivación en el arbitraje es *flexible*. Las partes no sólo pueden acordar que haya o no haya motivación, sino también configurarla a nivel formal y/o material (rigurosidad).

Por contraste, en el arbitraje con componente público no podemos hablar de un derecho a la motivación «flexible». El interés público involucrado deriva en que la motivación deba cumplir con un estándar mínimo, estándar del cual las partes no puedan sustraerse pactando una motivación menos rigurosa. Llegamos aquí al contenido *indisponible* del derecho a la motivación en el arbitraje con componente público.

En este punto, recordemos primero que en el arbitraje privado el nivel de rigurosidad de la motivación, si bien flexible, tenía un contenido predeterminado. Veamos:

Regulación de la rigurosidad de la motivación en el arbitraje privado	
Mayor Rigurosidad ↑	Contenido predeterminado + Justificación externa exhaustiva
Contenido predeterminado	Motivación = Exposición de: Hechos y derecho aplicable (premisas) Razonamiento que subsume hechos y derecho (justificación interna) Sustento de las premisas (justificación externa)

↓ Menor Rigurosidad	Exposición de: Hechos y derecho aplicable Justificación interna (No se exige justificación externa)
	Exposición de: Hechos y derecho aplicable (No se exige justificación interna ni externa)
	Exposición de sólo hechos, o de sólo derecho aplicable (No se exige justificación interna ni externa)

En el arbitraje privado, el contenido «predeterminado» de la motivación pasa por la exposición de hechos y derecho y la presentación de justificación interna y externa.

Pues bien, en el arbitraje con componente público el mencionado contenido «predeterminado» pasa a ser el *piso mínimo* del contenido de la motivación. En efecto, esto se deriva del siguiente razonamiento:

- 1) La jurisdiccionalización del arbitraje en el Perú deriva en que el contenido de la debida motivación judicial se imponga al arbitraje.
 - 1.1) En el arbitraje privado, las partes pueden pactar que las decisiones carezcan de motivación en absoluto. Por lo tanto, si pueden sustraerse totalmente a la motivación, pueden regular el rigor de la motivación, incluso estableciendo un contenido menos riguroso que el de la debida motivación judicial.

En este caso el contenido de la debida motivación judicial es sólo un contenido *predeterminado*.

1.2) En el arbitraje con componente público, las partes no pueden pactar que ciertas decisiones arbitrales carezcan de motivación en absoluto. Por lo tanto, no puede afirmarse que las partes puedan regular libremente el rigor de la motivación.

En este caso, el contenido de la debida motivación judicial pasa a ser un contenido *mínimo* (piso indisponible).

Por lo tanto, en el arbitraje con componente público tendríamos el siguiente esquema:

Regulación de la rigurosidad de la motivación en el arbitraje con componente público	
Mayor Rigurosidad ↑	Contenido predeterminado + Justificación externa exhaustiva
Contenido mínimo indisponible	Motivación = Exposición de: Hechos y derecho aplicable (premisas) Razonamiento que subsume hechos y derecho (justificación interna) Sustento de las premisas (justificación externa)

En síntesis, en el arbitraje con componente público el contenido de la motivación equivale, como mínimo, al de la debida motivación judicial. Sobre tal base, las partes podrían pactar un contenido más riguroso si así lo considerasen. Asimismo, también podrían pactar cualquier lineamiento específico adicional a los que nos referimos en 2.3.4.2 del capítulo v.

5. EL EXAMEN JUDICIAL DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACIÓN EN LOS LAUDOS DE ARBITRAJES DOMÉSTICOS CON COMPONENTE PÚBLICO

Según expusimos, nuestra posición para el arbitraje privado es que la motivación del laudo no puede servir como causal para la anulación del laudo, salvo que las partes lo pacten así. ¿Debe aplicar lo mismo para el arbitraje con componente público?

Nuestra respuesta es que sí. En esencia, el arbitraje con componente público también asigna competencia exclusiva a los árbitros para resolver el fondo de la controversia. Por tanto, no puede haber control judicial de la motivación en vía de anulación de laudo salvo para los casos en que ello se pacte.

En efecto, la lectura de las normas de los diferentes regímenes de arbitraje con componente público denota que ninguna de ellas recorta o afecta la competencia exclusiva de los árbitros sobre el fondo.

En realidad, el único antecedente de afectación a la competencia arbitral exclusiva sobre el fondo está en el artículo 52.3 de la anterior Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo n.º 1017. Tal norma establecía lo siguiente:

Artículo 52.- Solución de controversias

[...]

52.3 El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. **El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo.** (El énfasis es nuestro).

La norma citada habilitaba a los tribunales judiciales a verificar la correcta aplicación jerárquica de las normas jurídicas, lo que implicaba que se abría la puerta a una intervención judicial lícita sobre el fondo del asunto.

Hoy en día la norma señalada está derogada. Esto demuestra que nuestro ordenamiento jurídico busca no interferir en la competencia exclusiva sobre el fondo que tienen los árbitros.

Por lo tanto, en el arbitraje con componente público aplica el mismo esquema que tiene el arbitraje privado en este tema:

- En teoría, la competencia exclusiva de los árbitros para resolver el fondo descartaría la anulación del laudo por defectos en su motivación.
- En la práctica, la jurisdiccionalización del arbitraje ha servido como excusa para intervenir sobre el fondo del asunto y concebir que una motivación defectuosa pueda ser causal de anulación del laudo. Por lo tanto, los laudos de arbitraje con componente público también pueden ser anulados por defectos en su motivación.

6. SÍNTESIS

- 1) El arbitraje con componente público representa un desafío para el esquema clásico del arbitraje. Así, el propio principio de confidencialidad debe amoldarse cuando el Estado es parte litigante del arbitraje, debido a que éste representa intereses de la ciudadanía en general.
- 2) Aterrizando en la motivación, tenemos que ésta cumpla una función social. Así, a través de la motivación los ciudadanos podrán saber cómo se litigó y cuáles fueron las razones que derivaron en el resultado del arbitraje.

- 3) Luego, dado que existe un legítimo interés público y un consiguiente derecho de los ciudadanos a la información del arbitraje, es inviable que en el arbitraje con componente público pueda disponerse de la motivación. Hacerlo sería ir en contra de los mencionados elementos.
- 4) Ahora bien, las decisiones que deben ser motivadas son, a nuestro criterio, aquellas que se pronuncian sobre la competencia arbitral y aquellas que resuelven el fondo de la controversia. Extender la obligatoriedad de motivación a todas las decisiones arbitrales sería ineficiente y contraproducente.
- 5) En cuanto al contenido de la motivación en el arbitraje con componente público, tenemos que ésta equivale a la debida motivación judicial. Esto se debe a la jurisdiccionalización del arbitraje; fenómeno que impone a la debida motivación judicial al arbitraje. Sobre tal contenido, las partes podrían pactar hacia una motivación más rigurosa, pero nunca hacia una menos exigente.
- 6) Finalmente, la tutela judicial del laudo derivado de arbitraje con componente público sería la misma que la que se aplica para el caso del arbitraje privado.
 - A nivel teórico, no debería poder anularse el laudo por defectos en su motivación debido a que ello implica un atentado contra la competencia exclusiva del tribunal arbitral sobre el fondo.
 - A nivel práctico, la jurisdiccionalización del arbitraje deriva en que el laudo sea anulado si no respeta el derecho a la «debida motivación».

CONCLUSIONES

- 1) El estudio de la motivación en el arbitraje se hace partiendo sobre la definición, estructura y alcance de la debida motivación de las resoluciones judiciales. Ello es un error. Dentro de un procedimiento arbitral, el derecho a la motivación constituye una institución diferente al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.
- 2) Así, el derecho a la motivación en el arbitraje es un derecho *crediticio*. Si las partes pactan que el laudo deberá estar motivado, se está generando sobre los árbitros la prestación de motivar su decisión. Esta naturaleza contrasta con la del derecho a la debida motivación judicial, que es un derecho *constitucional* y de ningún modo puede calificarse como derecho crediticio.

El derecho a la motivación en el arbitraje involucra, como contracara, la obligación de los árbitros de motivar sus decisiones. Sobre la misma, podemos señalar que:

- Se trata de una prestación de hacer.
- Se trata de una prestación accesoria a una prestación principal consistente en resolver la controversia.
- Se trata de una prestación *intuitu personae*, porque sólo los árbitros pueden motivar sus decisiones.

Esta naturaleza crediticia del derecho a la motivación en el arbitraje no se ve afectada por la jurisdiccionalización del arbitraje y la imposición de todas las garantías del debido proceso a éste (incluyendo a la debida motivación judicial). Sea o no jurisdicción, en el arbitraje

la relación entre partes y árbitros es una relación crediticia, por lo que la imposición de motivar al árbitro es una obligación crediticia.

Esto nos lleva a apuntar que los árbitros deberán motivar sus decisiones sólo cuando haya una obligación de fuente legal o de fuente convencional que sustente ello. Así, una lectura de la Ley de Arbitraje permite afirmar que por regla general no hay obligación de motivar las decisiones arbitrales.

Sin perjuicio de que no haya, por regla general, obligación de motivar las decisiones arbitrales, es pertinente señalar que los árbitros tienen la libertad de hacerlo. Más aún, hacerlo resulta beneficioso, en la medida de que previene problemas o cuestionamientos en cuanto al modo en que se conduce el arbitraje.

- 3) En cuanto a su contenido, el derecho a la motivación en el arbitraje tiene un mínimo intangible consistente en la exposición de razones objetivas. Sobre ello, si existe una obligación de motivar entonces los árbitros deberán exponer hechos, premisas normativas y el razonamiento jurídico que enlaza ambos aspectos.

Vale precisar que el contenido de la motivación para las decisiones sobre el fondo varía en función a si el arbitraje es de derecho o de conciencia. En el primer caso, la motivación expone premisas normativas derivadas del derecho aplicable. En el segundo, las premisas normativas expuestas derivarán del leal saber y entender de los árbitros; y adicionalmente se tendrá que motivar sobre la validez de estas premisas (metajustificación).

La jurisdiccionalización del arbitraje ha generado cierto cambio en el contenido de la motivación. Así, inicialmente el contenido de la motivación en el arbitraje equivalía a hechos, derecho y razonamiento jurídico (justificación interna). No obstante, la imposición de la debida motivación al arbitraje deriva en que el contenido sea

ahora igual a hechos, derecho, razonamiento jurídico (justificación interna) y justificación externa.

- 4) La motivación en el arbitraje cumple funciones diversas. Primero, su función base radica en la satisfacción del interés de los acreedores. En efecto, como cualquier otra obligación crediticia, el cumplimiento tiene como función satisfacer lo que buscaba el acreedor al generar tal obligación.

Sobre ello, la motivación cumple con (i) una función informativa, dirigida a que las partes puedan saber las razones por las que se decidió en tal o cual sentido; y (ii) una función legitimadora, puesto que las decisiones motivadas permiten a las partes verificar que están frente a un árbitro capaz, justo, serio, comprometido, etc.

La jurisdiccionalización del arbitraje no ha tenido efecto alguno en las funciones de la motivación de decisiones arbitrales. Las funciones de la debida motivación judicial no pueden extrapolarse a la motivación en el arbitraje.

- La función base de proscribir la arbitrariedad estatal no puede aplicarse al arbitraje porque en éste no existe ninguna autoridad estatal que motive decisiones. Los árbitros son agentes privados.
- La función endoprocesal no puede aplicarse al arbitraje porque ésta se construye y enmarca en un esquema de apelación. En el arbitraje, salvo pacto en sentido distinto, el laudo es definitivo e inapelable.
- La función extraprocesal no puede aplicarse al arbitraje porque ésta presupone que las decisiones motivadas serán accesibles por la población en general. Esto no aplica para el arbitraje (al menos no para el arbitraje privado).

Todo lo señalado demuestra que la debida motivación judicial \neq motivación arbitral. Equiparar ambos conceptos constituye un error.

- 5) La tutela judicial del derecho a la motivación del laudo es un tema en el que existe una distorsión entre lo que es y lo que debería ser.

Así, a nivel teórico, la competencia exclusiva del tribunal arbitral para resolver el fondo y el impedimento de los jueces para calificar la motivación de los árbitros debería bastar para que no puedan anularse laudos por supuestas motivaciones «defectuosas».

En efecto, debemos destacar que la evaluación de la motivación constituye una manera indirecta y parcial de ingreso al fondo. Al tener los jueces la potestad de calificar una motivación como «buena», «correcta», «debida», etc., lo que se genera es que las decisiones de los árbitros estén supeditadas a un último visto bueno proveniente de la judicatura, violándose así la competencia exclusiva arbitral sobre el fondo.

En la práctica, no obstante, la jurisdiccionalización del arbitraje ha generado que los tribunales conciban que, al igual que en el proceso judicial, el derecho a la debida motivación sea tutelable en el arbitraje, anulándose laudos en caso tal derecho sea vulnerado.

A nuestro criterio, las anomalías en la motivación pueden clasificarse así:

- Ausencia absoluta de motivación. Éste es el caso en que el laudo no exprese nada respecto al porqué de su decisión. Este supuesto destaca porque su aplicación no atenta contra la competencia exclusiva arbitral sobre el fondo; aquí la judicatura no podría intervenir sobre el fondo vía motivación dado que no hay motivación.

- Motivación con defectos lógicos. Esto se produce cuando la motivación emplea un razonamiento que vulnera las normas formales de la lógica. Por ejemplo, si se dice primero «A» y luego se niega «A», se está incurriendo en una contradicción.
- Motivación con defectos de insuficiencia. Esto se produce cuando cierta afirmación/premisa/argumento no se encuentra sustentada. Por ejemplo, se afirma que cierto evento constituye un caso de fuerza mayor pero no se explica cómo es que se llegó a tal conclusión.

Ahora bien, la anulación del laudo por su motivación no implica que, automáticamente, deba expedirse una decisión distinta. Luego de anulado el laudo, los árbitros tienen la obligación de reformular su motivación, pero no la de cambiar su decisión. Luego, en la mayoría de los casos lo más probable es que la decisión no tenga que variar.

- 6) En el esquema actual, no sólo la motivación de decisiones sobre el fondo de la controversia puede ser objeto de cuestionamiento en sede de anulación. Nuestra Ley de Arbitraje establece la obligación de motivar también (i) decisiones que reconsideran decisiones previas; y (ii) decisiones que prescinden de prueba admitida.

En ambos casos, consideramos que, bajo el esquema actual, la ausencia absoluta de motivación derivaría en la anulación del laudo.

- 7) En el arbitraje privado, entendido éste como aquél en el que no participa el Estado como parte, las partes pueden regular el contenido de la motivación. En efecto, si el ordenamiento jurídico reconoce a las partes un poder tan fuerte como para disponer a gusto del derecho a la motivación, es posible también que éstas puedan regular el contenido de la motivación. En adición a ello, se puede hacer todo lo que la ley no prohíbe, y no está prohibido (directa o indirectamente) regular la motivación en procedimientos arbitrales.

La regulación del contenido de la motivación debe respetar el mínimo intangible consistente en la exposición de razones objetivas. De lo contrario, ya no podríamos hablar de motivación. Asimismo, dado que motivar es una prestación accesoria a la prestación principal de resolver el caso, la regulación de la motivación no puede afectar ni desnaturalizar la mencionada prestación principal.

Concibamos aquí a la motivación de la decisión como el plano de un edificio ya construido. Uno puede regular ciertos aspectos del plano (nivel de detalle, qué unidad de medida se emplea, etc.), pero el plano siempre deberá ser fiel al edificio. Sería inconcebible que el plano presente cuatro plantas si el edificio tiene cinco.

Sobre ello, las partes pueden regular el contenido de la motivación a nivel formal y a nivel material. A nivel formal, pueden regularse aspectos como el tamaño de letra, fuente, numeración, etc.

A nivel material, las partes pueden regular el *rigor* de la motivación y/o establecer consignas específicas sobre la misma. Así, en cuanto a lo primero, las partes pueden pactar que la motivación sea «leve» (esto equivaldría, bajo la argumentación jurídica, a una motivación sin justificación externa), o rigurosa en diferentes niveles (mayor severidad a la justificación externa). Respecto a lo segundo, las partes podrían establecer que los árbitros estén obligados a exponer resúmenes de cada argumento, expresar la valoración que hacen de cada medio probatorio, elaborar cuadros sinópticos para cada pretensión, etc.

Es esencial señalar que la regulación del contenido de la motivación constituye un tema sensible. Una mala regulación podría afectar la competencia exclusiva de los árbitros sobre el fondo.

- 8) La regulación del contenido de la motivación del laudo puede tener efectos en la tutela judicial del mismo vía anulación. A nuestro cri-

terio, son tres los principales tipos de pacto que las partes pueden celebrar:

- Pacto de ausencia de obligación de motivar el laudo.

En este caso, las partes establecen que el laudo no necesariamente deberá estar motivado. Esto logra que el laudo de ninguna manera pueda anularse por temas relativos a su motivación dado que, de entrada, no existe ningún derecho de las partes a un laudo motivado.

- Pacto de obligación de motivar y sin examen judicial de la motivación del laudo.

En este caso, las partes regulan que los árbitros están obligados a motivar, pero refuerzan el sentido de la competencia exclusiva arbitral sobre el fondo estableciendo que nadie puede calificar la motivación hecha.

- Pacto de obligación de motivar y examen judicial de la motivación del laudo.

En este caso, las partes acuerdan que el laudo deberá estar motivado y que tal motivación podrá ser objeto de evaluación judicial en vía de anulación del laudo. En este punto, inclusive las partes podrían pactar qué defectos de la motivación pueden derivar en la anulación del laudo.

- 9) En el arbitraje con componente público, la situación es diferente. La motivación aquí cumple una función social. En efecto, existe un interés legítimo de los ciudadanos a saber qué sucede con los arbitrajes en los que el Estado es parte. A través de la motivación los ciudadanos podrán saber cómo se litigó y cuáles fueron las razones que derivaron en el resultado del arbitraje.

Esta función social tiene un impacto en la naturaleza del derecho a la motivación. Éste pasa a ser indisponible, puesto que prescindir del mismo afectaría el interés ciudadano mencionado. Ahora bien, a nuestro criterio, esto aplica para las decisiones sobre la competencia del tribunal arbitral y las decisiones sobre el fondo del asunto.

El contenido de la motivación en el arbitraje con componente público es el establecido por la debida motivación judicial. Lo peculiar aquí está en que, dada la indisponibilidad del derecho, tal contenido pasa a ser un piso mínimo. Sobre el mismo, las partes podrían pactar hacia una motivación más rigurosa, pero nunca hacia una menos exigente.

Finalmente, la tutela judicial del laudo derivado de arbitraje con componente público sería la misma que la que se aplica para el caso del arbitraje privado.

- A nivel teórico, no debería poder anularse el laudo por defectos en su motivación debido a que ello implica un atentado contra la competencia exclusiva del tribunal arbitral sobre el fondo.
- A nivel práctico, la jurisdiccionalización del arbitraje deriva en que el laudo sea anulado si no respeta el derecho a la «debida motivación».

BIBLIOGRAFÍA

Libros y Artículos

ABUID CHEHADE, Karim et. al.

2004 «Apostando por una solución diferente. El arbitraje de conciencia en el Perú». En *Ius et Veritas*. Lima, n.º 29, pp. 320-337.

AGUILAR ÁLVAREZ, Guillermo y W. Michael REISMAN (eds.)

2008 *The Reasons Requirement in International Investment Arbitration*. Leiden: Martinus Nijhoff.

AGUILAR, Julián

2008 «Arbitraje vs. Tribunales de Justicia: pros y contras». En *Revista San Telmo*. Sevilla, n.º 30, pp. 32-35.

ALBALADEJO, Manuel

1983 *Derecho Civil III. Derecho de Obligaciones*. Barcelona: Librería Bosch, tres volúmenes.

ALEXY, Robert

2007 *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra.

ALONSO, José María

2006 «La independencia e imparcialidad de los árbitros». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, n.º 2, pp. 97-106.

ALVA NAVARRO, Esteban

- 2011 *La anulación del laudo*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra. *Biblioteca de Arbitraje*.

ÁLVAREZ MIRANDA, Ernesto y Gonzalo MUÑOZ HERNÁNDEZ

- 2012 «La jurisdicción arbitral en el Perú: el rol del Tribunal Constitucional en la salvaguarda de un fuero arbitral ajeno a intromisiones judiciales». En *Arbitraje y Constitución*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra. *Biblioteca de Arbitraje*, vol. XXI, pp. 19-44.

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María

- 2001 «Sobre el deber de motivación y su aplicación en los arbitrajes de conciencia». En *Thémis*. Lima, n.º 43, pp. 53-68.

- 2007 «De la interrelación a la interferencia judicial en los procesos arbitrales: límites de su actuación». En *Thémis*. Lima, n.º 53, pp. 91-104.

- 2008 «Apuntes sobre las medidas cautelares en el sistema arbitral peruano». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, n.º 7, pp. 119-152.

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA

- 2007 «Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra». En *Advocatus*. Lima, 2007, n.º 16, pp. 181-199.

ATIENZA, Manuel

- 1988 «Discutamos sobre el paternalismo». En *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante, n.º 5, pp. 203-214.

- 2005 *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México D.F.: Universidad Autónoma de México.

2015 «Razonamiento Jurídico». En FABRA ZAMORA, Jorge Luis y Verónica RODRÍGUEZ BLANCO (eds.). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, vol. II, pp. 1419-1452.

BERGHOLTZ, Gunnar

1990 «*Ratio et auctoritas*: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas». En *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante, n.º 8, pp. 75-85.

BOBBIO, Norberto

1999 *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis.

BORN, Gary B.

2009 *International Commercial Arbitration*. Dos volúmenes. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.

BOZA, Beatriz

2004 *Acceso a la información del Estado. Marco legal y buenas prácticas*. Lima: Konrad-Adenauer-Stiftunge V.

BRISEÑO SIERRA, Humberto

1963 *El arbitraje en el derecho privado*. México D.F.: Imprenta Universitaria.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo

1997 «El derecho fundamental a probar y su contenido esencial». En *Ius et Veritas*. Lima, n.º 14, pp. 171-187.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo

2008 «¿Es un arbitraje un juicio?». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (dir.). *El arbitraje en el Perú y el mundo*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 145-156.

- 2010 «¿Y quiénes están invitados a la fiesta?». En *Latin Arbitration Law*. s/l. Consulta: 2 de julio de 2016.
<http://www.latinarbitrationlaw.com/y-quienes-estan-invitados-a-la-fiesta/>.
- 2012 «El control judicial del arbitraje». En *Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje 2010*. Lima: Estudio Mario Castillo-Palestra. *Biblioteca de Arbitraje*, pp. 23-38.
- 2012 «El dilema del huevo y la gallina: el carácter contractual del recurso de anulación». En *Derecho y Sociedad*. Lima, n.º 38, pp. 17-31
- CAIVANO, Roque J.
1998 *Negociación, Conciliación y Arbitraje*. Lima: Apenac.
- 2000 *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando
2006 «La motivación del laudo arbitral». En *Revista de Economía y Derecho*. Lima, noviembre de 2006, n.º 11, pp. 67-75.
- 2007 *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 1.ª edición.
- CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y José Luis REPETTO
2014 «La naturaleza jurídica del arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos en camino». En *Revista Forseti*. Lima, n.º 1, pp. 97-110.
- CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ YZAGA
1994 *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Puente.

CARNELUTTI, Francesco

1944 *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Uteha.

2008 *Cómo nace el derecho*. Bogotá: Temis.

CASTILLO ALVA, José Luis

2014 «Las funciones constitucionales del deber de motivar las decisiones judiciales». En GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (ed.). *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo*. Lima: Grijley, pp. 481-554.

CASTILLO FREYRE, Mario

2014 «Sobre las obligaciones y su calificación». En *Thémis*. Lima, n.º 66, pp. 209-220.

CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE

2006 *Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra. *Biblioteca de Arbitraje*.

CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA

2009 *El arbitraje en la contratación pública*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra.

CASTILLO FREYRE, Mario, Rita SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA y Jhoel CHIPANA CATALÁN

2014 *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Segunda parte*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Thomson Reuters. *Biblioteca de Arbitraje*, vol. XVI.

CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL (ed.)

2005 *Arbitraje y solución alternativa de controversias. Cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales*. San José: Centro de Comercio Internacional.

CARBONNEAU, Thomas E.

1985 «Rendering Arbitral Awards with Reasons: The Elaboration of Common Law of International Transactions». En *Columbia Journal of Transnational Law*. New York, n.º 23, pp. 579-614.

CARON, David D. y Lee M. CAPLAN

2013 *The Uncitral Arbitration Rules: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press.

CAVALLI, María Cristina y Liliana Graciela QUINTEROS AVELLANEDA

2010 *Introducción a la gestión no adversarial de conflictos*. Madrid: Reus.

CHANAMÉ ORBE, Raúl

2011 *La Constitución comentada*. Arequipa: Adrus.

CHÁVEZ NORIEGA, Alejandro

1984 *Introducción a la Lógica*. Lima: Amaru.

CLAY, Thomas

2001 *L'arbitre*. Paris: Dalloz.

COLIN, A. y H. CAPITANT

1955 *Curso Elemental de Derecho Civil*. Madrid: Instituto Editorial Reus.

COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio

2002 *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

DERAINS, Yves

1993 «Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale». En *Journal du Droit International*. París, n.º 4, pp. 829-855.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando

1984 *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

DE JESÚS O., Alfredo

2008 «La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina». En MANTILLA ESPINOZA, Fabricio y Carlos PIZARRO WILSON (coords.). *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*. Santiago: Fundación Fernando Fueyo Laneri, pp. 213-260.

DE TRAZEGNIES, Fernando

1992 «Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia». En *Ius et Veritas*. Lima, n.º 12, pp. 115-124.

2007 «La publicidad en el Arbitraje». En *Ius et Veritas*. Lima, n.º 35, pp. 62-69.

DWORKIN, Ronald

1989 *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

ENGEL, S. Morris

1994 *With Good Reason: An Introduction to Informal Fallacies*. Boston: Bedford/St. Martin's, 5.ª ed.

ESCOBAR ROZAS, Freddy

1998 «El derecho subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura». En *Ius et Veritas*. Lima, n.º 16, pp. 280-298.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy

2012 «Notas sobre la actividad arbitral a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano». En *Arbitraje y Constitución*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra. *Biblioteca de Arbitraje*, vol. XXI, pp. 131-151.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio

2006 «Contribución al estudio histórico-jurídico del arbitraje». En *Anuario de Justicia Alternativa*. Barcelona, n.º 5, pp. 119-144.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos

2009 «Elementos configuradores de la justicia arbitral». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá, n.º 11, pp. 151-185.

2011 «Dogmática del recurso de anulación ante el Ciadi». En *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*. Lima, n.º 1, pp. 31-45.

FERRER BELTRÁN, Jordi

2011 «Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales». En *Isonomía*. México D.F., n.º 34, pp. 87-107.

FIGUEROA GUTARRA, Edwin

2012 *La exigencia constitucional del deber de motivar*. Lima: Adrus.

FOUCHARD, Philippe

1995 «Relationships between the Arbitrator and the Parties and the Arbitral Institution». En *The ICC International Court of Arbitration Bulletin. The Status of Arbitrator*. s/l, Special Supplement, 1995.

FRIEDMAN, Milton

1982 *Capitalism and Freedom*. Chicago: The University of Chicago Press.

GALLARDO NEYRA, María del Carmen y Jorge A.E. FERNÁNDEZ PAREDES

2005 «Estudio sobre el Recurso de Casación en el Proceso Civil a Once Años de su Entrada en Vigencia». En *Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia*. Lima, año n.º 3, n.º 7, pp. 295-310.

GALTUNG, Johan

1989 *Solving Conflicts: A Peace Research Perspective*. Honolulu: University of Hawaii Press.

GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo

2004 *El arbitraje internacional*. Lima: Cecosami.

GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso J. GARCÍA FIGUEROA

2003 *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Palestra.

GIORGIANNI, Michele

1958 *La obligación*. Traducción de Evelio Verdera y Tuells. Barcelona: Bosch.

GÓMEZ COLOMER, Juan

1995 *Derecho jurisdiccional*. Barcelona: Bosch.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco

2004 *Arbitraje*. México D.F.: Porrúa.

2008 «Naturaleza Jurídica del Arbitraje. Un ejercicio del balance químico». En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. México D.F., vol. VIII, pp. 509-525.

GRILLO CIOCCHINI, Pablo Agustín

2005 «Debido proceso, “plazo razonable” y otras declamaciones». En *Debido proceso. Realidad y debido proceso. El debido proceso y la prueba*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p. 184.

GUZMÁN GALINDO, Julio César

2013 «La falta de motivación del laudo como causal de anulación en la LA peruana». En *Arbitraje PUCP*. Lima, n.º 3, pp. 35-40.

HWANG, Michael

2015 «Commercial courts and international arbitration-competitors or partners?». En *Arbitration International*. Oxford, n.º 31.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan

2003 *La motivación de las sentencias; imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ISAACS, Nathan

1927 «Two views of Commercial Arbitration». En *Harvard Law Review*. Cambridge (MA), vol. 4, n.º 7, pp. 929-942.

KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz.

2003 «Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en los contratos del Estado: el arbitraje de derecho». En *Ius et Praxis*. Lima, n.º 34, pp. 67-79.

LARENZ, Karl

1958 *Derecho de obligaciones*. Traducción de Jaime Santos Briz. Dos volúmenes. Madrid: *Revista de Derecho Privado*.

LANDA ARROYO, César

2007 «El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En *Thémis*. Lima, n.º 53, pp. 29-42.

LATORRE BOZA, Derik

2007 «El arbitraje en la contratación pública». En *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra. *Biblioteca de Arbitraje*, primera parte, vol. v, pp. 281-295.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella

2009 *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

LEÓN PASTOR, Ricardo

2014 «¿Los defectos de motivación justifican la anulación del laudo?». 24 de septiembre de 2014. Consulta: 10 de mayo de 2016.
<http://www.leonpastor.com/2014/09/los-defectos-de-motivacion-justifican.html>.

2015 «Caso Llamuja, por qué no mezclar papas con camotes». 27 de abril de 2015. Consulta: 10 de mayo de 2016.
<http://www.leonpastor.com/2015/04/caso-llamoja-por-que-no-mezclar-papas.html>.

2015 «Laudos arbitrales y publicidad». En *El Peruano* (edición web), de fecha 23 de noviembre de 2015. Consulta: 16 de marzo de 2016.
<http://www.elperuano.com.pe/noticia-laudos-arbitrales-y-publicidad-35779.aspx>.

LEW QC, Julian D.M., Loukas A. MISTELIS y Stefan M. KROLL

2003 *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International.

LIONNET, Klaus

1999 «The Arbitrator's Contract». En *Arbitration International*. Oxford, vol. 15, issue 2, pp. 161-169.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Patricio J. RAFFO BENEGAS y Rafael A. SASSOT

1981 *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*. Cuatro volúmenes. Buenos Aires: Editorial Perrot.

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo

2005 «Interferencia judicial en los arbitrajes». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, n.º 1, pp. 265-280.

LÓPEZ FLORES, Luciano

2015 «¿Magistratura arbitral en el Perú? El paradigma de un “Poder Judicial privado” de necesaria implementación». En *Actualidad Civil*. Lima, n.º 14, pp. 314-331.

LOUTAYF RANEA, Roberto G. et. al.

2014 *Principio dispositivo*. Buenos Aires: Astrea.

LUQUE GAMERO, Ricardo

2011 «Comentarios al artículo 49 de la Ley de Arbitraje». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (coords.). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 564-578.

MACCORMICK, Neil

1994 *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.

MANCE, Jonathan

2015 «Arbitration - a law unto itself?». Ponencia en la 30th Annual Lecture organized by The School of International Arbitration and Freshfields Bruckhaus Deringer. Consulta: 22 de mayo de 2016. <http://www.freshfields.com/uploadedFiles/SiteWide/Knowledge/Arbitration%20-%20a%20law%20unto%20itself.pdf>.

MERINO MERCHÁN, José F. y José M. CHILLÓN MEDINA

2006 *Tratado de derecho arbitral*. Navarra: Thomson Civitas, 3.ª ed.

MONROY GÁLVEZ, Juan

- 1994 «Las excepciones en el Código Procesal Civil peruano». En *Thémis*. Lima, n.º 27, pp. 119-129.
- 2010 «Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil». En *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*. Lima: Communitas, pp. 247-269.

MONROY PALACIOS, Juan José

- 2008 «Arbitraje, jurisdicción y proceso». En *Revista peruana de derecho procesal*. Lima, n.º 10, pp. 141-151.

MONZÓN KCOMT, Ricardo

- 2015 «Entrevista a Gunther González Barrón». En *Perú 21*. Lima, 12 de mayo de 2015, pp. 15-16. Consulta: 12 de junio de 2016. Recuperado de:
<http://peru21.pe/opinion/sistema-juridico-fallo-caso-orellana-2218628>.

MORENO, J.J.; P.E. NAVARRO y M.C. REDONDO

- 1992 «Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial». En *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante, n.º 11, pp. 247-262.

MUÑOZ, Francisco A.

- 2001 *La paz imperfecta*. Granada: Servicio de publicaciones de la Universidad de Granada.

NIEVA FENOLL, Jordi

- 2006 *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier.

NIETO GARCÍA, Alejandro

- 1998 *El arte de hacer sentencias o teoría de la resolución judicial*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

NINO, Carlos

1985 *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto

1993 *Regímenes Políticos Contemporáneos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

NOTARIO GONZÁLEZ, Sotero

2009 «Laudo arbitral. Contenido y efectos». En MERINO MERCHÁN, Juan Fernando (dir.). *Curso de derecho arbitral*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 183-214.

NOZICK, Robert

1988 *Anarquía, Estado y Utopía*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

OHANIAN HAGOPIAN, Gabriel

2004 «El derecho humano a las decisiones motivadas». En *La justicia uruguaya*. Montevideo, n.º 130, pp. D-97 y ss.

ORMACHEA CHOQUE, Iván

1998 *Análisis de la ley de conciliación extrajudicial*. Lima: Cultural Cuzco.

ORTELLS RAMOS, Manuel

2001 *Derecho Procesal Civil*. Navarra: Aranzadi.

OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE

2003 *Tratado de derecho las obligaciones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

PALACIOS PAREJA, Enrique

2007 «La motivación de los laudos y el recurso de anulación». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, n.º 4, pp. 327-342.

PARIS ALBERT, Sonia

2009 *Filosofía de los conflictos. Una teoría para su transformación pacífica*. Barcelona: Icaria.

PAULSSON, Jan

2013 *The idea of arbitration*. Oxford: Oxford University Press.

PICAND ALBÓNICO, Eduardo

2005 *Arbitraje comercial internacional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1.^a ed.

PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT

1927 *Tratado práctico de derecho civil francés*. Traducción de Mario Díaz Cruz. Habana: Cultural.

PRIORI POSADA, Giovanni

2010 «Del fracaso del proceso por audiencias a la necesidad de regular una auténtica oralidad en el proceso civil peruano». En *Thémis*. Lima, n.º 58, pp. 123-143.

PROTO PISANI, Andrea

200 *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Milán: Jovene Edit., 5.^a ed.

QUIROGA LEÓN, Aníbal

1989 «Las garantías constitucionales de la administración de justicia». En *La Constitución diez años después*. Lima: Fundación Friedrich Naumann, pp. 289-336.

RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson

1994 «¿Casación o recurso de nulidad?». En CARRIÓN LUGO, Jorge (dir.). *Análisis del Código Procesal Civil*. Lima: Cultural Cuzco, 2001, tomo I, pp. 221-238.

REDFERN, Alan; Martin HUNTER, Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES

2006 *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Navarra: Thomson Aranzadi, 4.^a ed.

REYMOND, Claude

2000 «Une réflexion fondamentale sur l'arbitrage. La théorie de l'arbitrage de Bruno Oppetit». En *Revue de l'arbitrage*. París, n.º 1, pp. 3-8.

RIVAS CASO, Gino

2015 «La pluralidad de instancias en el proceso civil: ¿una decisión legislativa eficiente?». En *Actualidad Civil*. Lima, n.º 11, pp. 248-270.

ROCA AYMAR, José Luis

1994 *El arbitraje en la contratación internacional*. Madrid: ESIC Editorial.

ROMERO, César

2014 «Así operaba la red de Rodolfo Orellana». En *La República*. Lima, 22 de junio de 2014, pp. 6-7. Consulta: 31 de julio de 2016. Recuperado de: <http://larepublica.pe/22-06-2014/asi-opera-la-red-de-rodolfo-orellana>.

RUBIO GUERRERO, Roger

2007 «Ruido en la calle principal: las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones». En *Thémis*. Lima, N° 53, pp. 7-28.

RUSKA MAGUIÑA, Carlos

2007 «Pacte con cuidado, podría terminar en el Poder Judicial». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, n.º 4, pp. 49-64.

SABROSO MINAYA, Rita

2012 «¿Un gran paso hacia la autonomía del arbitraje? El nuevo precedente del Tribunal Constitucional». En *Arbitraje y Constitución*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra, vol. XXI, pp. 275-286.

SALINAS SOLÍS, Gary Richard y Carlos Alberto MALAVER SILVA

2008 «La justificación de las decisiones judiciales: en el contexto de descubrimiento o en el contexto de justificación. A propósito de una sentencia emitida por la Corte Suprema del Perú». En *Revista de la Maestría de Derecho Procesal*. Lima (revista electrónica), vol. 2, n.º 1. Consulta: 1 de junio de 2016.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2443>.

SANDERS, Pieter

1977 «Commentary on Uncitral arbitration rules». En *Yearbook Commercial Arbitration 1977*. La Haya, vol. II, pp. 172-223.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge

2008 «Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes?: el debido proceso en sede arbitral». En *Ius et Veritas*. Lima, n.º 37, 2008, pp. 38-58.

2008 «El arbitraje con el Estado en la nueva Ley Arbitral y en el régimen especial de contratación con el Estado». En *Actualidad Jurídica*. Lima, n.º 177, pp. 181-199.

2008 «El arbitraje con el Estado». Consulta: 8 de mayo de 2016.
http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitraje_con_el_estado/arbitraje_con_el_estado.asp.

2008 «Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana (DL n.º 1071)». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, n.º 7, 2008, pp. 85-118.

SCHÄFER, Erik

2008 «Elección y nombramiento de los árbitros. Desde el punto de vista de las partes». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, n.º 6, pp. 89-99.

SCHLAEPFER, Anne Verónica. y Anne-Carole CREMADES.

2013 «La motivación de los laudos en arbitraje comercial internacional y en arbitraje de inversión». En SOTO COAGUILA, Carlos y Delia REVOREDO MARSANO (coords.). *Arbitraje internacional. Pasado, presente y futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, tomo II, pp. 1411-1435.

SKINNER, B.F.

1938 *The behavior of organisms*. New York: Appleton-Century-Crofts.

SÓLOGUREN CALMET, Hugo y Luis Miguel PURIZAGA VÉRTIZ

2014 «Arbitraje de conciencia: ¿en qué casos y para qué fines?». En *Ius et Ratio*. Lima, año 2, n.º 1, pp. 30-35.

STRONG, S. I.

2015 «Reasoned Awards in International Commercial Arbitration: Embracing and Exceeding the Common Law-Civil Law Dichotomy». En *Michigan Journal of International Law*. Michigan, vol. 37, n.º 1, pp. 1-56.

SUNSTEIN, Cass R. y Richard H. THALER

2003 «Libertarian paternalism is not an oxymoron». En *University of Chicago Law Review*. Chicago, vol. LXX, n.º 4, pp. 1159-1202.

TARUFFO, Michele

2006 *La Motivación de la sentencia civil*. Traducción de Lorenzo Córdova Vianello. México D.F.: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

VÁSQUEZ, María Fernanda

2006 «Arbitraje ante el Ciadi: aspectos relevantes y reflexiones sobre su operatividad». En *Revista Derecho de la Empresa Legis*. Santiago de Chile, n.º 8, pp. 9-46.

VEGA REÑÓN, Luis

2015 *Introducción a la teoría de la argumentación. Problemas y perspectivas*. Lima: Palestra.

TRELLES MONTERO, Oscar y Diógenes ROSALES PAPA

2002 *Introducción a la Lógica*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando

2003 *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica.

VILLALOBOS LÓPEZ, Adelina y Mauricio PARIS CRUZ

2013 «La cláusula arbitral a partes no signatarias». En *Revista de Ciencias Jurídicas*. San José, n.º 131, pp. 13-42

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe

2006 *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley.

WONG ABAD, Julio Martín

2013 *La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo: una revisión de la jurisprudencia de la subespecialidad comercial*. Lima: Jurista Editores.

2016 *Sobre la naturaleza de la motivación en los laudos arbitrales*. Correo electrónico de fecha 28 de marzo de 2016.

WRÓBLEWSKI, Jerzy

1971 «Legal decision and its justification». En *Logique et Analyse*. Lovaina, vol. 14, n.ºs 53-54, pp. 409-419.

ZAGREBELSKY, Gustavo

2007 «Del Estado de derecho al Estado Constitucional». En *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES ARBITRALES
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
NOVIEMBRE DEL 2017, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220, URB. SANTA RITA
SANTIAGO DE SURCO, TELÉFONO: 444-2007
LIMA 33, PERÚ