

Recibido: 11 agosto 2016
Aceptado: 30 noviembre 2016

Arbitraje, vol. IX, nº 3, 2016, pp. 707–764

La motivación de laudos en España. Análisis crítico de la regulación

Gino RIVAS CASO *

Sumario: I. Introducción. II. Presupuesto necesario. El derecho a obtener resoluciones judiciales motivadas. 1. Función: A) Función general: Proscripción de la arbitrariedad estatal; B) Funciones específicas del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. 2. Naturaleza. 3. Contenido: A) Concepto base y remisión a la teoría de la argumentación jurídica; B) El contenido específico de la motivación: la argumentación. 4. Tutela constitucional: A) Regla general; B) Anomalías en la motivación que constituyen una afectación al derecho constitucional a obtener una resolución judicial motivada; C) El componente subjetivo. III. El derecho a la motivación del laudo arbitral. 1. Las funciones del derecho a la motivación del laudo arbitral. 2. La naturaleza del derecho a la motivación del laudo arbitral. A) Consideraciones generales: la motivación como prestación en una relación obligatoria; B) El caso específico del derecho a la motivación del laudo arbitral; C) Sobre la indisponibilidad de la obligación de los árbitros de motivar el laudo; D) Calificación de la obligación de motivar el laudo desde el derecho de las obligaciones. 3. El contenido del derecho a la motivación de los laudos arbitrales: A) Sobre las fuentes de las premisas normativas – Fuentes comunes: a) Las estipulaciones del contrato; b) Los usos aplicables; B) Fuentes variables: la dualidad “Derecho/equidad”: a) El contenido de la motivación en el laudo arbitral de derecho; b) El contenido de la motivación en el laudo arbitral de equidad. 4. La configuración convencional de la motivación del laudo arbitral: A) La configuración del contenido del derecho a la motivación a través de la regulación de las reglas aplicables para resolver la controversia; B) La configuración directa de la obligación de motivar el laudo: a) La configuración de la obligación de motivar el laudo en su dimensión formal; b) La configuración de la obligación de motivar el laudo en su dimensión material; c) Consecuencias y riesgos de regular la motivación. 5. La tutela del derecho a la motivación del laudo: A) Fundamentación de la tutela; B) Ámbito del examen judicial a la motivación del laudo. IV. Análisis crítico. 1. Crítica general – Derecho a la motivación del laudo ≠ Derecho a la motivación de la sentencia. 2. Críticas específicas: A) Sobre la obligatoriedad de motivar laudos: a) Crítica a la luz de la regulación pública y el paternalismo estatal; b) Crítica a la luz de la naturaleza y funciones del derecho a la motivación del laudo; c) Crítica en función a las consecuencias para el arbitraje; B) Sobre la tutela judicial del derecho a la motivación

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, en Lima, Perú. Profesor adjunto del curso de Teoría del Conflicto y Mecanismos de Solución (Arbitraje) en la misma casa de estudios. gino.rivas@puccp.pe.

del laudo: a) Breve excurso: la aplicabilidad de la tutela judicial efectiva al arbitraje; b) Reflexiones en torno a la autorresponsabilidad de las partes. V. Conclusiones.

Resumen: La motivación de laudos en España. Análisis crítico de la regulación

En España, desde 2011, los laudos deben estar siempre motivados, sin que las partes puedan disponer lo contrario, lo que genera una suerte de asimilación entre la sentencia judicial y el laudo arbitral. En adición, la anulación del laudo por problemas en la motivación ha derivado en recientes, y controversiales, sentencias judiciales que ingresan al fondo del laudo y evalúan la valoración de pruebas y/o la aplicación del derecho realizada por el árbitro.

A fin de cuentas, podría alegarse que las debidas garantías procesales aplican tanto al proceso judicial como al arbitraje, siendo la debida motivación una de dichas garantías. Pero, ¿cuán idéntica, parecida o diferente es la motivación del laudo comparada a la motivación judicial? ¿Cuál es el verdadero contenido, naturaleza y funciones de la motivación del laudo? Éstas son las interrogantes que el presente artículo busca responder.

Palabras clave: ARBITRAJE – LAUDO – MOTIVACIÓN – DEBIDAS GARANTÍAS PROCESALES.

Abstract: *The Motivation of Awards in Spain. Critical Analysis of the Regulation*

In Spain, since 2011, the arbitration awards shall always be reasoned –parties cannot agree to the contrary–; which generates some kind of assimilation between a court decision and an arbitral award. In addition, the annulment of an award based on problems in the reason’s exposition has resulted in recent –and controversial– judicial decisions that, presumably, would have entered on the merits to annul awards.

After all, it could be claimed that the due process reaches both of judicial process and arbitration, being due reasoning part of the mentioned concept. But ¿how similar is the reason requirement in arbitration awards compared to his judicial counterpart? ¿What is the true content, nature and functions of the reasoning of the award? These are the questions the paper seeks to answer.

Keywords: ARBITRATION – AWARD – STATEMENTS OF REASONS – DUE PROCESS OF LAW.

I. Introducción

La Ley 60/2003, Ley de Arbitraje (en adelante, LA/2003) estableció, en la redacción original de su art. 37.4⁰¹ que, como regla predefinida, el laudo debía ser motivado, salvo pacto en contrario. La norma, así, dejaba a las partes la decisión respecto de si el laudo debía, o no, contener las razones que sostenían lo resuelto por los árbitros. Ello, por cierto, armonizaba con un principio rector del arbitraje:

¹ [Redacción original] “Art. 37. *Plazo, forma, contenido y notificación* [...] 4. El laudo deberá ser siempre motivado, a menos que las partes hayan convenido otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior”.

la autonomía de la voluntad.

No obstante, la Ley 11/2011 modificó el mencionado art. 37.4², eliminando la referencia al pacto en contrario que podían realizar las partes. La motivación pasó, entonces, a ser indispensable. Los árbitros, salvo los supuestos de laudos consensuados, deben exponer siempre las razones de su decisión.

En paralelo, en el sistema jurídico español es factible anular un laudo por cuestiones relativas a su motivación. Si bien no existe una causal expresa, se puede recurrir a la causal reconocida en el literal f) del art. 41.1⁰³: el laudo se anula si es contrario al orden público. Así, dado que el derecho a la motivación forma parte de la tutela judicial efectiva y que ésta constituye parte del orden público, la vulneración de dicho derecho es una afectación al orden público. Sobre ello, aun cuando el arbitraje supone el sometimiento de la controversia a árbitros y no a la judicatura, y que la anulación del laudo no tiene por objetivo evaluar el acierto de la decisión del árbitro⁴, en la práctica la situación ha llegado a zonas peligrosas –por decir lo menos– o incluso gravemente lesivas –por decir lo más– para la independencia del arbitraje⁵.

Sobre ello, el presente trabajo (II) hará un breve desarrollo del derecho a obtener resoluciones judiciales motivadas. Luego, y apoyándose en dicha base, se podrá (III) presentar la función, naturaleza, contenido y tutela del derecho a la motivación del laudo. Finalmente, podrá hacerse (IV) un análisis crítico de la regulación del derecho a la motivación del laudo.

II. Presupuesto necesario. El derecho a obtener resoluciones judiciales motivadas

Aprehender correctamente el concepto del derecho a obtener resoluciones judiciales motivadas requiere el desarrollo de (1) su función; (2) su naturaleza; (3) su contenido; y (4) la tutela constitucional del mismo. Analizaremos cada uno de estos puntos a continuación.

² [Redacción modificada por Ley 11/2011] “Art. 37. *Plazo, forma, contenido y notificación.* [...] 4. El laudo deberá ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior”.

³ “Art. 41. *Motivos.* 1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: [...] f) Que el laudo es contrario al orden público”.

⁴ STSJ Bilbao 6/2016, 6 julio 2016.

⁵ STSJ Madrid 13/2015, 28 enero 2015; STSJ Madrid 31/2015, 14 abril 2015; STSJ Madrid CP 58/2015, 21 julio 2015.

1. Función

A) Función general: proscripción de la arbitrariedad estatal

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 aquella existiese⁶. En el caso español, esto está reconocido en el art. 9.3^o CE⁷. 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, 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 estatales⁸.

La motivación, entonces, legitima 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. Ello se logra a través de un derecho de los ciudadanos a obtener decisiones estatales motivadas.

B) Funciones específicas del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales

Más allá de la razón base consistente en prevenir la arbitrariedad –la que se extiende a todas las decisiones estatales–, el derecho a obtener resoluciones judiciales motivadas tiene razones específicas por las que existe; y son estas razones –podemos ir adelantando– las que definen y delimitan su contenido.

Pero es importante preguntarse por la lógica interna del sistema

⁶ Cf. G. Zagrebelsky, “Del Estado de Derecho al Estado constitucional”, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2007, p. 21; H. Nogueira Alcalá, *Regímenes Políticos Contemporáneos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 45; entre muchos otros.

⁷ “Art. 9 [...] 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

⁸ G. Ohanian Hagopian, “El Derecho humano a las decisiones motivadas”, *La Justicia Uruguaya*, n^o 130, 2004, p. D-99.

allá donde la motivación de las decisiones judiciales es obligatoria. Si se determina cuál es el objetivo de esa imposición [del derecho a obtener resoluciones judiciales motivadas], 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 objetivo⁹.

Pues bien, estas razones u objetivos equivalen a las funciones específicas que cumple el derecho a obtener resoluciones judiciales motivadas 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 dos: (i) función endoprocésal y (ii) función extraprocésal.

i) Función endoprocésal. La función endoprocésal se refiere a los objetivos que cumple el derecho a la motivación dentro del proceso. El derecho a la motivación de una decisión judicial permite que los agentes involucrados en el mismo puedan aprehender de forma adecuada los argumentos que sostienen la decisión judicial¹⁰. Puede señalarse que el derecho a la motivación judicial, en su función endoprocésal, se delimita respecto a (a) los justiciables, siendo éstos los agentes involucrados en el proceso; y a (b) el órgano jurisdiccional de impugnación¹¹.

Sobre (a), ésta se refiere al derecho de los justiciables de enterarse de las razones por las que el órgano jurisdiccional tomó la decisión contenida en la sentencia¹². En esa línea, la motivación “trata de convencer a las partes de la corrección de la decisión adoptada”¹³. 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”¹⁴. Luego, la motivación permite que las partes puedan ejercer adecuadamente su derecho a la apelación, en tanto que en

⁹ J. Ferrer Beltrán, “Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales”, *Isonomía*, n° 34, 2011, p. 96.

¹⁰ M. Taruffo, *La motivación de la sentencia civil*, traducción de L. Córdova Vianello, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 309.

¹¹ F.J. Ezquiaga Ganuzas, *Argumentación e interpretación*, Lima, Grijley, 2011, p. 142.

¹² J.L. Castillo Alva “Las funciones constitucionales del deber de motivar las decisiones judiciales”, *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo* (L. García Jaramillo, coord.), Lima, Grijley, 2014, p. 490.

¹³ STS 154/2011, 16 marzo 2011.

¹⁴ R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción de M. Atienza e I. Espejo, Lima, Palestra, 2007, p. 299.

la apelación pueden precisar cómo es que los fundamentos de la decisión cuestionada no son, a su juicio, correctos.

Por otro lado, sobre (b), el derecho a la motivación involucra la existencia de un control institucional al interior del propio sistema de justicia¹⁵, el que se da a través de los tribunales de grado superior. La función endoprocesal 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 no haber motivación, el tribunal de grado superior no podrá aprehender adecuadamente los hechos y el derecho del caso concreto, y por lo tanto no podrá desarrollar su tarea de manera adecuada¹⁶.

Por lo tanto, la función endoprocesal significa la materialización de diferentes derechos, como los de defensa, impugnación y pluralidad de instancias. A través de la motivación, (a) los justiciables pueden materializar su derecho a la defensa, llevando el caso ante el órgano superior si lo consideran conveniente a su derecho; (b) los justiciables pueden impugnar la decisión, puesto que solo sabiendo las razones de la misma pueden conocer los defectos sobre los cuales se sustentará la impugnación; y (c) el tribunal de grado superior puede aprehender de manera adecuada el contenido del caso que se somete a su revisión.

ii) Función extraprocesal. Según vimos, el derecho a la 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 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 solo justifica la decisión, sino que también la legitima ante la sociedad¹⁷.

Así, para el caso específico de las decisiones judiciales, Igartua señala lo siguiente

“[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

¹⁵ I. Colomer Hernández, *La motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 136.

¹⁶ STS 123/2004, 6 febrero 2004.

¹⁷ G. Bergholtz, “*Ratio et auctoritas*: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, n° 8, 1990, p. 81.

cuenta de sus decisiones a la fuente de la que deriva su investidura”¹⁸.

La función extraprocesal, entonces, tiene un fundamento democrático, consistente en garantizar la observancia de la voluntad general del pueblo¹⁹.

Tenemos, entonces, que la función extraprocesal de la motivación pasa por legitimar la investidura de las personas que asumen el rol de decisores jurisdiccionales (jueces). Pero la función extraprocesal no se limita solo a ello. La motivación judicial cumple también un rol informativo para la ciudadanía. La motivación, como objeto de derecho a obtener una decisión judicial motivada, sirve también como herramienta para la educación de los ciudadanos respecto de sus derechos. Este rol pedagógico se plasma en la posibilidad de que la sociedad pueda conocer las consecuencias jurídicas concretas de sus actividades jurídicas²⁰.

Para finalizar, cabe tener presente que la función extraprocesal de la motivación requiere necesariamente de la publicidad de las decisiones judiciales motivadas. Así, “la función de la motivación, como trámite del control externo sobre la operación del juez, sólo puede explicarse si se garantiza la publicidad de la sentencia motivada”²¹. Sin publicidad, carece de sentido hablar de función extraprocesal del derecho a obtener resoluciones judiciales motivadas.

En síntesis, la función extraprocesal delimita a la motivación judicial de acuerdo al rol que tiene ésta de (a) justificar la investidura de los jueces designados para resolver conflictos; y (b) informar a la ciudadanía respecto de cómo se aplican y funcionan las normas jurídicas que conforman nuestro marco legal.

2. Naturaleza

El derecho a obtener resoluciones judiciales motivadas es un derecho (a) constitucional/fundamental; y por lo tanto (b) indisponible. Respecto a (a), tenemos que la Constitución reconoce el derecho a la motivación, de forma expresa para el caso de las sentencias, y de forma implícita para el caso de otras resoluciones judiciales.

¹⁸ J. Igartua Salaverría, *La motivación de las sentencias. Imperativo constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 25.

¹⁹ T.J. Aliste Santos, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 159.

²⁰ I. Colomer Hernández, *La motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, op. cit., pp. 140–141.

²¹ M. Taruffo, *La motivación de la sentencia civil*, op. cit., p. 356.

En cuanto a las sentencias, la Constitución española establece en su art. 120.3²² que las sentencias deberán contener siempre la respectiva motivación. Por lo tanto, es evidente que las partes tienen derecho a que la sentencia que resuelve la controversia esté motivada. Por otro lado, el derecho a la motivación de resoluciones judiciales diferentes a sentencias se dilucida a través del art. 24.1²³ CE, que reconoce la tutela judicial efectiva. Así, sucede que el derecho a la motivación judicial forma parte de la tutela judicial efectiva²⁴, y por lo tanto es un derecho constitucional/fundamental.

Sobre (b), la indisponibilidad del derecho a obtener resoluciones judiciales motivadas se deriva de su naturaleza fundamental. En efecto, sucede que el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el ya mencionado art. 24.1^o CE, es un derecho indisponible. Basta, para demostrar este punto, señalar que es inconcebible que el ordenamiento español pueda permitir a las partes acordar dispensar al juez de su obligación de motivar.

3. Contenido

A) Concepto base y remisión a la teoría de la argumentación jurídica

El derecho a obtener resoluciones judiciales motivadas se materializa en una motivación debida. La motivación, como objeto, satisface el derecho que tienen las partes a conocer las razones por las que se tomó la decisión judicial específica²⁵. Naturalmente, esta motivación debe tener un contenido determinado para satisfacer el mencionado derecho de las partes.

Entonces, ¿cuál es el contenido que debe tener la motivación de una resolución judicial? El punto de partida aquí está en el hecho de que la motivación se dirige no a explicar la decisión, sino a justificarla, es decir, a hacer que la misma sea conforme a justicia²⁶. La debida motivación, entonces, consiste en un discurso que justifica la decisión ju-

²² “Art. 120”[...] 3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”.

²³ “Art. 24.1^o. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

²⁴ STC 36/2006, 13 febrero 2006.

²⁵ M. Taruffo, *La motivación de la sentencia civil*, op. cit., p. 309.

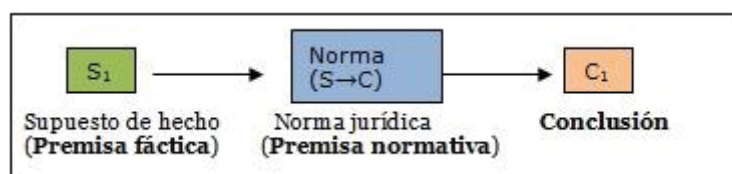
²⁶ A. Nieto García, *El arte de hacer sentencias o teoría de la resolución judicial*, Madrid, Universidad Complutense, 1998, p. 185.

dicial. Sobre ello, la doctrina de forma unánime²⁷ y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²⁸ han planteado que la motivación involucra la aplicación de (a) los hechos y (b) la normativa (Derecho) correspondiente.

Ahora bien, cuando la motivación consiste en un discurso que justifique la decisión, y que aplique hechos y derecho; se produce una remisión al desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica. En efecto, la teoría de la argumentación jurídica se dedica a estudiar la argumentación en contextos jurídicos. Uno de dichos contextos es el de la resolución de casos concretos²⁹. En dicho contexto específico, la argumentación pasaría a ser el contenido de la motivación. Por lo tanto, si exponemos lo que es dicha argumentación, estaremos presentando el contenido de la motivación.

B) El contenido específico de la motivación: la argumentación

¿Qué ha desarrollado la teoría de la argumentación jurídica respecto a la justificación de decisiones que resuelven problemas jurídicos concretos? En dicho ámbito, 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”³⁰. Este silogismo jurídico puede graficarse de la siguiente manera:



Observamos tres elementos en el silogismo: Primero (a) las premisas fácticas, referidas a los hechos acaecidos y a la valoración que se hace de los mismos. Segundo, (b) las premisas normativas, referidas a

²⁷ Cf. I. Colomer Hernández, *La motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, op. cit., pp. 183 ss, entre muchos otros.

²⁸ STC 82/2009, 23 marzo 2009. El TC denomina a esto como la necesidad de que las razones que conforman la motivación sean conformes a Derecho.

²⁹ M. Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2005 (2ª reimpr.), p. 2.

³⁰ J.J. Moreno, P.E. Navarro y M.C. Redondo, “Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 11, 1992, p. 257.

las disposiciones normativas aplicables, cuya conjunción derivará en una regla de conducta determinada (Si $A \rightarrow B$). Así:

“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’³¹.

Ambos elementos se conjugan en una operación lógica –la premisa fáctica se subsume en la premisa normativa– y de ello se extrae (c) una conclusión, que luego se materializa en la parte resolutoria de la resolución judicial como una de las decisiones que el juez toma.

Sobre este esquema, aparecen los dos niveles de justificación que maneja la teoría de la argumentación jurídica: (a) justificación interna (formal); y (b) justificación externa (material)³². En tal sentido:

“... 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 a veces se llama lógica material o informal (en donde se incluirían cosas tales como la tópica o la retórica), por el otro”³³.

Así, tenemos que (a) 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 jurídico³⁴. 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’ [...]”³⁵.

³¹ M. Atienza, “Razonamiento Jurídico”, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (J. Fabra Zamora y V. Rodríguez Blanco, eds.), vol. II, México, IIJ, 2015, p. 1431.

³² La doctrina de la teoría de la argumentación jurídica es unánime al considerar que existen los dos mencionados niveles de justificación.

³³ M. Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 6.

³⁴ *Ibid.*, p. 26.

³⁵ J. Wróblewski, “Legal decision and its justification”, *Logique et Analyse*, vol. 14, n° 53–54, 1971, 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 sound-

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. Así, aparece (b) la justificación externa 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 solo la validez de las inferencias, sino también la solidez de las premisas. El amplio ámbito de la justificación externa es requerida especialmente para la paradigmática decisión judicial debido a los altos estándares impuestos para ella”³⁶.

Ahora bien, la “sólidez” a la que se refiere Wróblewski (“*soundness*” en el idioma original) es una propiedad presente solo si las premisas son verdaderas. En esa línea, la justificación externa garantizaría que (a) las premisas fácticas aplicadas sean ciertas, es decir, que tengan sustento en los hechos que verdaderamente sucedieron en el plano de la realidad; y (b) las premisas normativas tengan fundamentos que las legitimen.

En síntesis, el contenido de la motivación judicial, como objeto pasible de ser reclamado por los justiciables (derecho a obtener resoluciones judiciales motivadas), consiste en un discurso que justifique la decisión. Esta justificación se da a través de la conjugación de las premisas fácticas y normativas en un silogismo jurídico, el que da como resultado la decisión para el caso concreto. Esta justificación involucra dos niveles: un nivel interno, enlazado a la corrección lógica del silogismo; y un nivel externo, enlazado a la validez y certeza de las premisas que se aplicaron en el silogismo.

Tengamos presente, para finalizar este punto, que el contenido de la motivación no nace ni es propio del derecho procesal. En realidad, el mismo proviene de una disciplina distinta: la teoría de la argumentación jurídica³⁷.

ness of the premisses is not tested. In this respect internal justification is a 'formal' justification [...].”

³⁶ *Ibid.*, 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*”.

³⁷ Sin embargo, es innegable que el sistema estatal de justicia, y por extensión el Derecho procesal, han ejercido una influencia tangible en el desarrollo de la argumentación

4. Tutela constitucional

A) Regla general

Si una parte considera que la motivación de la sentencia judicial afecta su derecho a obtener una decisión judicial motivada, ésta puede recurrir al amparo a efectos de buscar la tutela de dicho derecho. El amparo, en tanto recurso extraordinario, implica que un tribunal distinto y ajeno a la judicatura ordinaria (el Tribunal Constitucional español) evaluará la motivación de una decisión judicial firme, a efectos de cautelar el derecho a una decisión judicial motivada.

Pues bien, sucede que esta evaluación tiene un radio de acción limitado: el amparo contra resoluciones judiciales no habilita a la judicatura constitucional a convertirse en una suerte de instancia adicional o tercera instancia³⁸. Y si el Tribunal Constitucional no constituye una nueva instancia para la revisión de la controversia y la decisión que le pone fin (resolución judicial), es evidente que el examen que dicho órgano puede realizar es uno reducido. Así, el

“Tribunal [Constitucional] no es una tercera instancia a la que corresponde revisar, con carácter general, los hechos declarados probados y el derecho aplicado en la resolución judicial impugnada”.³⁹ A mayor detalle: “La selección de la norma, incluso en su dimensión temporal –como aquí ocurre–, su interpretación y la concreción del supuesto de hecho mediante la admisión de las pruebas pertinentes y la valoración de ese acervo, en su caso, no resultan fiscalizables en sede constitucional”⁴⁰.

Entonces, los hechos y el derecho fijados en la resolución judicial impugnada no deberían, por regla general, ser materia de examen por parte del Tribunal Constitucional. En esa línea, apunta Bilbao Ubillos que pareciera que el Tribunal Constitucional se limita a verificar “la existencia de una motivación explícita que justifique la decisión”⁴¹. No obstante, la regla general establecida por el Tribunal Constitucional consistente en la no revisión por su parte de los hechos y normas empleados como motivación de decisión, tiene como supuestos de excep-

jurídica. Basta aquí recordar una vez más que la propia categoría de justificación externa nace debido a la especial exigencia de motivación impuesta para las decisiones judiciales.

³⁸ STC 11/1982, 29 marzo 1982.

³⁹ STC 11/1982, 29 marzo 1982.

⁴⁰ STC 37/1995, 7 febrero 1995.

⁴¹ J. Bilbao Ubillos, “Algunas consideraciones sobre el significado y los límites funcionales del recurso de amparo constitucional”, *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Santander, Universidad de Cantabria, 1993, p. 159.

ción controlar y garantizar que la motivación no sea (a) arbitraria⁴²; (b) irrazonable⁴³; o que incluya un (c) error patente⁴⁴. Sobre esta base, podemos pasar a evaluar las anomalías de la motivación que configuran una vulneración al núcleo constitucional del derecho a obtener una resolución judicial motivada.

B) Anomalías en la motivación que constituyen una afectación al Derecho constitucional a obtener una resolución judicial motivada

La tutela judicial efectiva, como garantía de los ciudadanos, se manifiesta en diferentes derechos específicos. Estos derechos, es usual, tienen un contenido nuclear constitucional, y sobre el mismo se construye un contenido legal adicional. En esa línea, el Tribunal Constitucional asigna tutela frente a vulneraciones contra el núcleo constitucional de los derechos.

En el específico caso del derecho a obtener decisiones judiciales motivadas, el Tribunal Constitucional ha señalado que “el art. 24.1º CE comprende el derecho [...] a obtener de los Jueces y Tribunales una respuesta fundada en Derecho, esto es, motivada y razonable y no incurso en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente”⁴⁵. Arbitrariedad, irrazonabilidad y error patente constituyen los supuestos que generan una afectación al núcleo constitucional del derecho a obtener una resolución judicial motivada⁴⁶. A continuación, un breve desarrollo de los supuestos:

i) Ausencia de motivación: Es claro que cuando no hay motivación se produce una vulneración del derecho a obtener resoluciones judiciales motivadas. Recordemos que, por regla general, el Tribunal

⁴² STC 159/1989, 6 octubre 1989.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ STC 147/1999, 4 agosto 1999, STC 25/2000, 31 enero 2000; entre otras.

⁴⁵ STC 215/2006, 3 julio 2006.

⁴⁶ Para este análisis, no estamos tomado en cuenta el supuesto de afectación al derecho a la motivación por incongruencia. Esto se debe a que la afectación en dicho supuesto no se genera directamente por anomalías en la motivación, sino más bien cuando la parte resolutoria de la resolución judicial (esto es, las decisiones) incurre en supuestos de *citra-petitum* (no se resuelve sobre la totalidad de las cuestiones sometidas al proceso), *ultra-petitum* (se otorga más de lo que se pidió), o *extra-petitum* (se otorga algo distinto a lo que se pidió). El derecho a una resolución judicial congruente, así, se enmarca sobre la decisión judicial, y no sobre la motivación de la decisión, aunque naturalmente ésta puede servir para evidenciar y demostrar el supuesto de incongruencia. En adición a ello, el art. 41.1º, literal c) establece que se puede anular el laudo cuando éste resuelve cuestiones no sometidas al tribunal arbitral; por lo tanto, los supuestos de *extra-petitum* y *ultra-petitum* podrían ser cuestionados a través de dicha causal.

Constitucional verifica la existencia de una motivación explícita.⁴⁷ Por lo tanto, si no hay un discurso expreso de motivación, se vulnera el derecho a obtener una resolución judicial motivada.

ii) Arbitrariedad: La motivación arbitraria se produce cuando “un órgano judicial decide en función de una voluntad meramente discrecional, por lo tanto, política, personal, y ajena al mandato jurídico”⁴⁸ En tal sentido, la motivación arbitraria se evidencia cuando la decisión no se encuentra fundada en los hechos y el derecho respectivo, toda vez que una resolución judicial que resuelve de acuerdo a los hechos y el derecho respectivo no puede calificar de arbitraria. Cabe precisar que bajo la teoría de la argumentación jurídica, la arbitrariedad se asimilaría a supuestos de justificación externa inexistente (se plantean premisas sin sustentarlas)⁴⁹.

iii) Irrazonabilidad: En función a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, un pronunciamiento irrazonable/irrazonado es aquel que sigue “un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas tan relevantes que las conclusiones alcanzadas no se pueden considerar fundadas en ninguna de las razones aducidas”⁵⁰. Se enmarca, entonces, en la validez del razonamiento desde un plano puramente lógico⁵¹.

iv) Error patente: El error patente consiste en una equivocación “en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta su decisión”⁵². El error (a) “ha de ser patente, manifiesto, evidente o notorio, en cuanto su existencia es inmediatamente verificable de forma clara e incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales”⁵³; y (b) “determinante de la decisión adoptada,

⁴⁷ J. Bilbao Ubillos, “Algunas consideraciones sobre el significado y los límites funcionales del recurso de amparo constitucional”, *op. cit.*, p. 159.

⁴⁸ C. Milione, “El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el derecho a la claridad: Reflexiones en torno a una deseada modernización del lenguaje jurídico”, *Estudios de Deusto*, vol. 63, n° 2, 2015, pp. 179.

⁴⁹ Tengamos presente, no obstante, que no todas las premisas deben ser sustentadas. En la práctica, los jueces presumen algunas premisas, incurriendo en *pronunciamientos implícitos*. Así: “las sentencias, cualesquiera, contienen estos pronunciamientos [implícitos]. [...] 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” (J. Nieva Fenoll, *La cosa juzgada*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 191).

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ STC 223/2001, 5 noviembre 2001; STC 214/1999, 29 noviembre 1999; entre otras.

⁵² STC 3/2011, 14 febrero 2011.

⁵³ STC 112/2008, 31 octubre 2008.

de forma que constituya el soporte único o fundamental de la resolución, su *ratio decidendi*, de tal suerte que, comprobada su existencia, la fundamentación jurídica pierde el sentido y alcance que la justificaba y no puede conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haberse incurrido en el error”⁵⁴.

V.gr. en un caso en que la judicatura resolvió basándose en la ausencia de un examen médico, el Tribunal Constitucional verificó que el examen médico sí formaba parte de las pruebas aportadas, concluyendo así que se produjo un error patente⁵⁵.

El error patente, en nuestra opinión, constituye un supuesto de extensión considerable. La búsqueda de combatir errores “groseros” habilita a que el Tribunal Constitucional pueda ingresar a evaluar la prueba de nuevo (premisas fácticas) y/o aplicar o interpretar de manera distinta las normas jurídicas correspondientes para el caso (premisas normativas).

C) El componente subjetivo

Un aspecto final a destacar aquí se encuentra en que el análisis de la motivación de una decisión involucra un alto componente de subjetividad.

Si se trata de cumplir con construir 20 sillas, es fácil determinar cuándo se cumple o no con ello. Si se construyen solo 15, se tiene que la tarea ha sido incompleta; y si se construyen 20 pero con 3 patas cada una, se tiene que las sillas son deficientes. 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?⁵⁶

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Esta reflexión en realidad ya fue realizada por Jan Paulsson. Así: “Esperamos que los árbitros de box y los jueces de patinaje sobre hielo evalúen el desempeño sobre criterios establecidos por el *cogniscenti*, pero —fuera de *knock-outs* o *pratfalls*— notamos que es imposible erradicar los elementos subjetivos involucrados en la determinación de ‘golpes aterrizados’ o ‘mérito artístico’”. (J. Paulsson, *The Idea of Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 260. Traducción libre del siguiente texto: “*We expect boxing referees and ice-skating judges to evaluate performance by reference to criteria estab-*

La motivación tiene un poco de ambos casos. En algunos casos, es posible alegar de manera objetiva la anomalía en la motivación. En estos casos, es viable realzar una calificación objetiva, sea porque no hay motivación en absoluto o porque la misma adolece de un error lógico–formal incuestionable desde las reglas de la lógica.

No obstante, en otros casos, existe un amplio margen para la subjetividad. Veamos el tema de los pronunciamientos implícitos: un tribunal estatal puede presumir que una premisa determinada es tan obvia que no merece ni siquiera sustentación. Frente a ello, el Tribunal Constitucional puede percibir que en realidad dicha premisa no era obvia, y que merecía ser sustentada de manera exhaustivamente, procediendo por ello a considerar que la motivación es defectuosa. Como ya dijo Flaubert: “*il n’y a pas de vérité. Tout est affaire de perception*” (“No hay verdad absoluta, todo es cuestión de percepción”).

Con ello, se concluye el análisis del derecho a obtener resoluciones judiciales motivadas. En síntesis, el derecho a la motivación judicial busca (a) proscribir la arbitrariedad del poder judicial, y cumple una función endoprocesal y otra extraprocesal; es (b) un derecho fundamental, constitucional e indisponible; se conforma por (c) un discurso que aplique razonadamente los hechos y el derecho (silogismo jurídico), que esté justificado tanto a nivel interno (corrección lógica del silogismo) como a nivel externo (validez de las premisas); y cuenta con (d) una tutela constitucional que permite al Tribunal Constitucional sancionar supuestos en los que la motivación esté ausente, sea arbitraria, irrazonada o con algún error patente.

III. El derecho a la motivación del laudo arbitral

En España, los tribunales consideran que, sea sobre un laudo arbitral o una sentencia judicial, el derecho a la motivación es el mismo. Este razonamiento, consideramos, es errado. El derecho a la motivación del laudo arbitral es sustancialmente distinto al derecho a obtener resoluciones judiciales motivadas. A continuación, una presentación de (1) la función; (2) la naturaleza; (3) el contenido; (4) la configuración convencional; y (5) la tutela del derecho a la motivación de laudos arbitrales.

lished by the cognoscenti, but —absent knock-outs or pratfalls— we realize that it is all but impossible to root out the subjective elements involved in determining ‘landed blows’ or ‘artistic merit’”).

1. Las funciones del derecho a la motivación del laudo arbitral

El derecho a la motivación del laudo cumple, en nuestra opinión, dos funciones principales: (a) función informativa; y (b) función legitimadora. En cuanto a (c) sucede que, por regla general, las partes quieren saber cuáles fueron las razones que derivaron en la decisión del tribunal arbitral⁵⁷. Frente a ello, la motivación del laudo permite a las partes entender qué derivó en la decisión de los árbitros.

En cuanto a (b), sucede que la motivación del laudo contribuye a garantizar la calidad de la actuación de los árbitros y la validez de su decisión. Así, “los laudos motivados proporcionan garantías respecto a la naturaleza y calidad de la justicia que está siendo dispensada por el árbitro”⁵⁸.

2. La naturaleza del derecho a la motivación del laudo arbitral

Según vimos, el derecho a la obtención de resoluciones judiciales motivadas constituye un derecho fundamental, reconocido a nivel constitucional. En esa línea, se trata de un derecho indisponible: las partes no pueden dispensar al juez de su deber de motivar.

En el arbitraje, las partes tampoco pueden dispensar a los árbitros de su deber de motivación. Pero, ¿ello implica que, en su sustancia, el derecho a la motivación del laudo arbitral equivale al derecho a la motivación de la resolución judicial? La respuesta, en realidad, es negativa. Como veremos a continuación, el derecho a la obtención de laudos arbitrales motivados no es un derecho fundamental, sino que más bien es un derecho originado en el marco de una relación obligatoria.

A) Consideraciones generales: la motivación como prestación en una relación obligatoria

Imaginemos que una academia de literatura desea hacer un concurso de relatos cortos. Durante la organización del concurso, se co-

⁵⁷ A. Schlaepfer y A.-C. Cremades. “La motivación de los laudos en arbitraje comercial internacional y en arbitraje de inversión”, *Arbitraje internacional. Pasado, presente y futuro*. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains (C. Soto Coaguila y D. Revoredo Marsano de Mur, coord.), t. II, Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2013, p. 1421.

⁵⁸ S. I. Strong, “Reasoned Awards in International Commercial Arbitration: Embracing and Exceeding the Common Law–Civil Law Dichotomy”, *Michigan J. int'l l.*, vol. 37, n° 1, 2015, 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”.

robora 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 obligaciones debería consignar el contrato para los miembros del jurado en el marco del concurso? Primero, la obligación de determinar –aplicando sus conocimientos y procediendo de forma imparcial, naturalmente– quiénes obtendrán los primeros puestos en el concurso. Pero no solo ello, también podría consignarse la obligación de explicar por qué tal o cual participante obtiene el primer, segundo o tercer puesto. En otras palabras, puede acordarse convencionalmente imponer a alguien la obligación de motivar una decisión determinada.

Esta relación entre la academia de literatura y los novelistas extranjeros es, no cabe duda, una relación convencional. La academia y los novelistas celebran un contrato a través del cual éstos se obligan a fungir de jurado en el concurso, eligiendo motivadamente a los ganadores; mientras que aquélla se obliga a pagar una contraprestación por los servicios prestados. ¿Qué se está generando aquí? Simple: una relación obligatoria entre los involucrados.

Esto significa que el derecho a una decisión motivada puede originarse y regularse por el Derecho civil de las obligaciones. La motivación, así entendida, pasa a constituirse como una prestación –prestación de hacer– a cargo del agente deudor: el deudor está obligado a motivar determinada acción/decisión. Tenemos, entonces, que en el marco de una relación de crédito, la motivación se materializa como una prestación, lo que deriva a su vez en que pueda ser entendida como (a) un derecho; y (b) una obligación. En este contexto, es un derecho (crediticio), porque legitima al acreedor a esperar ver satisfecha la prestación acordada; y a reclamar por su ejecución en casos de no cumplimiento⁵⁹. Es una obligación, porque el deudor se encuentra en una situación de sujeción consistente en cumplir con la prestación;⁶⁰ esto es, exteriorizar las razones por las que tomó determinada acción o decisión.

La aprehensión de la motivación como 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”. Como veremos a continuación, en el arbitraje el derecho a la motivación no es de esa naturaleza.

⁵⁹ M. Albaladejo, *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, vol. I, Barcelona, Bosch, 1983, pp. 18 ss.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 13.

B) El caso específico del derecho a la motivación del laudo arbitral

Según vimos, el derecho a la motivación puede originarse en el marco de una relación crediticia. Motivar una decisión / acción pasa a ser objeto de la prestación a cargo del deudor; prestación que realiza a cambio de una contraprestación. Pues bien, esto es lo que sucede en el caso de los arbitrajes. ¿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, la doctrina es uniforme al establecer que entre las partes y los árbitros existe un contrato⁶¹: los primeros son contratados por los segundos para resolver el conflicto.

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 el árbitro⁶². Entonces, tenemos que 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, tenemos que asume una posición de “deudor”, ya que acepta la obligación de resolver 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, la que involucra todo un conjunto de tareas específicas para el árbitro. Así, de acuerdo con Fouchard:

“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.”⁶³.

⁶¹ Cf. K. Lionnet, “The Arbitrator’s Contract”, *Arb. Int’l.*, vol. 15, n° 2, 1999, pp. 161–169; T. Clay, *L’arbitre*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 499 ss; entre otros.

⁶² J. Lew QC, L. Mistelis y S.M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer Law International, 2003, p. 276.

⁶³ P. Fouchard, “Relationships between the Arbitrator and the Parties and the Arbitral Institution”, *The ICC International Court of Arbitration Bulletin – The Status of Arbitrator*, 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*

En síntesis, existe una relación crediticia, originada en un contrato, entre los árbitros y las partes. Ésta genera obligaciones tanto para el árbitro como para las partes. En cuanto a las obligaciones del árbitro, podemos decir que éstas se conforman por un haz de prestaciones diferentes, las que tienen como obligación principal la de resolver la controversia. En última instancia, el encargo del árbitro y por consiguiente su obligación puede resumirse en ello, en resolver el caso.

Fouchard no la menciona de manera expresa, pero en este punto ya debe ser evidente que la motivación del laudo se configura como una obligación del tribunal arbitral, la que es una obligación accesoria a la obligación principal (resolver el caso). Esta obligación genera, por consiguiente, un derecho a la motivación para las partes.

Esta libertad de regulación de obligaciones se manifiesta, para el caso específico del arbitraje, en el principio de flexibilidad / libertad en la estructuración de actuaciones y procedimientos arbitrales. Así, “[l]as partes pueden imponer obligaciones específicas a los tribunales arbitrales”⁶⁴, siendo que, por ejemplo, “[p]uede darse el caso de que una disposición establezca que el tribunal arbitral debe emitir el laudo dentro de un plazo limitado contado a partir de la conformación del tribunal”⁶⁵. En tal sentido, la motivación de las decisiones forma parte de estos temas procedimentales regulables, como los plazos, formalidades, etc.

La motivación en el arbitraje debe entenderse, pues, como una obligación más en el marco de la relación crediticia existente entre las partes y el árbitro, y que se sustenta también en el principio de flexibilidad de las actuaciones arbitrales. Por lo tanto, el derecho a la motivación, en el arbitraje, es un derecho de naturaleza *crediticia*.

C) Sobre la indisponibilidad de la obligación de los árbitros de motivar el laudo

El desarrollo planteado en el punto anterior podría ser cuestionado, a primera vista, alegando que el derecho a la motivación arbitral es indisponible. Frente a ello, es pertinente explicar ahora cómo es que

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 and knowledge, and to carry out certain tasks: investigation of the case, hearing of the parties, etc.”

⁶⁴ A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby y C. Partasides, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 4ª ed., Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006, p. 352.

⁶⁵ *Ibid.*

esta obligación, en el marco de la relación contractual, puede deberse a una imposición legal.

Sucedee que, desde el Derecho de las obligaciones, se puede clasificar a éstas según si son convencionales o legales. En el primer caso, la obligación se origina por la autonomía de la voluntad (*v.gr.*, 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 (*v.gr.*, quien daña a otro está obligado a indemnizarlo)⁶⁶.

Ahora bien, en muchos casos la obligación se origina por el concurso de la autonomía de la voluntad y el mandato de la ley.⁶⁷ Piénsese, 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), más no obstante una vez originado tal vínculo se incorporan al mismo, por mandato de ley, determinados derechos y obligaciones (*v.gr.*, el empleador debe dar vacaciones al empleado) que inclusive pudieran no ser deseadas por las partes. Estos derechos y obligaciones se establecen por la ley, pero nacen también gracias al convenio de las partes, sin el cual no se hubiera generado el contexto necesario—relación contractual— para su nacimiento.

En el caso del derecho a la motivación en el arbitraje, tenemos que la primera presupone necesariamente la segunda. Para que haya motivación de una decisión arbitral debe haber, naturalmente, un arbitraje, el que se origina por la autonomía de las partes. Sin arbitraje no puede haber motivación arbitral. Por lo tanto, la obligación de motivar las decisiones arbitrales siempre nace en un contexto contractual: la locación de servicios contratada entre las partes y los árbitros.

Ahora bien, sobre dicha base convencional, la obligación de motivar se impone por mandato legal. La LA/2003 ha establecido la obligación ineludible de motivar. Ello no implica, en absoluto, que el derecho a la motivación del laudo arbitral deje de ser un derecho propio de una relación convencional y asuma la naturaleza de derecho fundamental.

D) Calificación de la obligación de motivar el laudo desde el derecho de las obligaciones

Hemos demostrado ya que la motivación del laudo se entiende co-

⁶⁶ J. Llambías; P. Raffo Benegas y R. Sassot, *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*, 7^a ed., Buenos Aires, Perrot, 1981, pp. 511 ss.

⁶⁷ M. Castillo Freyre, “Sobre las obligaciones y su clasificación”, *Themis*, n° 66, 2014, p. 211, nota 9.

mo una obligación crediticia a cargo de los árbitros (deudores) para con las partes (acreedores); y como un derecho crediticio de las partes para reclamar por el cumplimiento de la prestación de motivar el laudo. Dicho ello, podemos pasar ahora a *calificar* esta obligación.

Sucede que el Derecho civil ha establecido diferentes maneras de clasificar a las obligaciones. En el presente punto, expondremos brevemente de qué tipo es la obligación de motivar un laudo según las diferentes clasificaciones que existen para las obligaciones. Observemos:

i) Por su independencia, las obligaciones pueden ser principales o accesorias⁶⁸. La obligación de motivar es una obligación accesoria puesto que está subordinada a la obligación principal consistente en que los árbitros resuelvan el caso. Así, la obligación accesoria depende de la obligación principal, siendo que inclusive la desaparición de ésta termina con aquélla⁶⁹. Esto se puede demostrar gracias al supuesto del laudo por acuerdo entre partes. Veamos: los árbitros tienen la obligación principal de resolver el conflicto; siendo que a ella se anexa una obligación 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 partes⁷⁰, se produciría la extinción de la obligación de resolver el caso a cargo de los árbitros. La extinción de la obligación principal deriva en la extinción de la obligación accesoria, y es por ello que el art. 37 LA/2003 no establece la obligación de motivar el laudo para los laudos por acuerdo entre partes. La LA/2003 no establece dicha obligación para tal caso porque no puede regularse una obligación accesoria si la obligación principal no existe.

ii) Por la fuente, las obligaciones pueden ser de fuente (a) legal o (b) convencional⁷¹; aunque también cabe que puedan originarse por (c) la

⁶⁸ M. Albaladejo, *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, op. cit., p. 116.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ “Art. 36. Laudo por acuerdo entre partes. 1. Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, los árbitros darán por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes.

2. El laudo se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente y tendrá la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio”.

⁷¹ J. Llambías, P. Raffo Benegas y R. Sassot, *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*, op. cit., pp. 511 ss.

conjunción de las anteriores⁷². La obligación de motivar el laudo pertenece al tercer grupo, dado que es una obligación que nace de una imposición legal sobre un determinado acuerdo convencional (el acuerdo a arbitrar).

iii) 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 solo el deudor puede realizar la prestación, no pudiendo delegar el cumplimiento a otra persona⁷³. Motivar el laudo es de una obligación *intuitu personae*. Ésta recae en el árbitro y solo en él, siendo inviable que por ejemplo éste pueda “subcontratar” a otras personas para que éstas motiven la decisión que tomó aquel ente.

iv) Por la naturaleza de la prestación, la obligación puede clasificarse según si la prestación consiste en un (a) dar, (b) hacer o (c) no hacer⁷⁴. Motivar un laudo se constituye como una prestación de hacer: los árbitros deben exponer, de manera escrita (art. 37.3^o LA/2003)⁷⁵, los motivos por los que arribaron a su decisión sobre el caso específico sometido a su competencia.

v) Por la pluralidad de sujetos deudores, las obligaciones pueden clasificarse entre divisibles o indivisibles; y mancomunadas o solidarias⁷⁶. Traemos esta forma de clasificación a colación para precisar que la obligación de motivar escapa a la misma. En realidad, cada árbitro tiene la obligación individual de decidir (obligación principal) y de motivar la decisión (obligación accesorio). En la práctica lo ordinario es que los árbitros coincidan en la decisión y por lo tanto la

⁷² M. Castillo Freyre, “Sobre las obligaciones y su clasificación”, *op. cit.*, p. 211, nota 9.

⁷³ Sobre la condición *intuitu personae* en cuanto al cumplimiento de la prestación, *cf.* A. Colin y H. Capitant, *Curso Elemental de Derecho Civil*, t. II, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1955, pp. 339–340.

⁷⁴ *Cf.* M. Planiol y J. Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. VII, Obligaciones, traducción de M. Díaz Cruz, Habana, Cultural, 1927, pp. 79–86; M. Albaladejo, *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, *op. cit.*, pp. 33–36; J. Llambías; P. Raffo Benegas y R. Sassot, *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*, *op. cit.*, pp. 213–264.

⁷⁵ “Art. 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo. [...] 3. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán dejar constancia de su voto a favor o en contra. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o sólo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas”.

⁷⁶ *Cf.* K. Larenz, *Derecho de obligaciones*, traducción de J. Santos Briz, t. I, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1958, pp. 498–518; M. Planiol y J. Ripert, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, *op. cit.*, pp. 367–419.

obligación de motivar, que sigue la suerte de la principal, se cumple en un solo documento (laudo), el que es suscrito por los árbitros. No hay pues aquí una obligación con pluralidad de sujetos deudores, sino que más bien cada árbitro tiene por separado la misma obligación.

vi) Por la modalidad, la obligación puede estar sujeta a (a) condición (resolutoria o suspensiva) o (b) plazo⁷⁷; o incluso a (c) cargo⁷⁸. La obligación de motivar es una sujeta a plazo. Sucede que el art. 37.2^o⁷⁹ LA/2003 habilita a las partes para establecer un plazo máximo para expedir el laudo, es decir, para resolver el caso (obligación principal). A falta de acuerdo de las partes, la referida norma establece un plazo predeterminado (seis meses), por lo que en todos los casos hay un plazo⁸⁰. Recordemos que la obligación accesoria de motivar la decisión (motivación del laudo) sigue la suerte de la obligación principal (resolver el caso). Por lo tanto, si esta última, como hemos visto, está sometida a plazo, la obligación de motivar el laudo también.

Recapitulando, la obligación de motivar es una obligación (a) accesoria; (b) originada en una imposición legal sobre el acuerdo convencional de arbitrar; (c) personalísima; (d) cuya prestación consiste en un hacer; y (e) sujeta a plazo.

En síntesis, el derecho a la obtención de laudos arbitrales motivados no es un derecho de naturaleza fundamental. Por el contrario, el mismo se origina en el marco de ordinarias relaciones crediticias entre particulares. Su indisponibilidad obedece a una decisión legislativa. Esta decisión legislativa genera que la motivación del laudo se configure como una obligación originada en el concurso de la auto-

⁷⁷ Cf. M. Planiol y J. Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, op. cit., pp. 313–360; M. Albaladejo, *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 117–118; J. Llambías; P. Raffo Benegas y R. Sassot, *Manual de Derecho civil. Obligaciones*, op. cit., pp. 196–210.

⁷⁸ J. Llambías, P. Raffo Benegas y R. Sassot, *Manual de Derecho civil. Obligaciones*, op. cit., pp. 211–213.

⁷⁹ “Art. 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo [...] 2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el art. 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros”.

⁸⁰ Salvo, naturalmente, el caso en que las partes decidiesen pactar que no hay plazo máximo para expedir el laudo. Un supuesto, a nuestro juicio, anómalo.

nomía de la voluntad y del mandato de la ley.

3. *El contenido del derecho a la motivación de los laudos arbitrales*

Previamente, señalamos que el derecho a la motivación de las sentencias judiciales “adoptó”, como contenido de la motivación, al desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica respecto a la solución de casos jurídicos específicos. Pues bien, dicho esquema de argumentación construido por la teoría de la argumentación jurídica no es exclusivo para el proceso judicial. Así, la argumentación jurídica se enmarca para la resolución de casos *en general*, “bien sea esta una actividad que llevan a cabo jueces en sentido estricto, órganos administrativos en el más amplio sentido de la expresión o simples particulares”⁸¹.

Por lo tanto, es perfectamente posible (y lógico) que en el arbitraje el contenido de la motivación, en tanto objeto de un derecho (derecho a la motivación) adopte también el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica. Así, la motivación del laudo *expresaría* el razonamiento de los árbitros consistente en aplicar derecho sobre los hechos, razonamiento que deriva en y sustenta a la decisión tomada por el tribunal.

Entonces, tenemos que la motivación del laudo emplea el mismo esquema que la motivación de la sentencia: Premisas fácticas, premisas normativas, empleo de un silogismo jurídico, justificación interna y externa. No obstante ello, existen fuertes diferencias en el tratamiento de las premisas normativas, y por ende, en la justificación externa de las mismas.

En los procesos judiciales, los jueces están obligados a aplicar el Derecho. Es decir, las premisas normativas se derivan de las normas jurídicas del ordenamiento. Esto no puede decirse para el arbitraje, o por lo menos no para todos los arbitrajes. Aquí traemos a colación al arbitraje de equidad, éste demuestra que en algunos casos los árbitros no están obligados a extraer sus premisas normativas solo de leyes, sino que también lo pueden hacer de otras fuentes, como sus propias concepciones de justicia.

En el arbitraje, entonces, puede considerarse que existe una regulación “compleja” en cuanto a las premisas normativas⁸². Esta regula-

⁸¹ M. Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 2.

⁸² Por contraste, la regulación sobre cómo evaluar y determinar las premisas fácticas (hechos) deja ese campo en total libertad de las partes. Según el art. 25 LA/2003, las partes pueden decidir que parámetros los árbitros deberán aplicar para decidir las premi-

ción, como veremos a continuación, cuenta con (A) una parte fija, referida a las disposiciones de las que siempre podrán extraerse premisas normativas; y (B) una parte variable, referida al binomio arbitraje de derecho – arbitraje de equidad.

A) Sobre las fuentes de las premisas normativas – Fuentes comunes

El art. 34 LA/2003 regula las normas que el tribunal arbitral deberá aplicar para resolver la controversia, la que es la obligación principal de los árbitros. En específico, el artículo regula las fuentes de las que los árbitros podrán extraer el material para construir las premisas normativas que aplicarán al caso concreto.

Pues bien, según el art. 34.3^{o83} LA/2003, en todos los arbitrajes, domésticos o internacionales, de derecho o de equidad, los árbitros deben resolver (a) observando lo consignado en el contrato, y (b) teniendo en cuenta los usos aplicables. Ambos puntos serán analizados a continuación.

a) Las estipulaciones del contrato

Como ya se sabe, el contrato es ley entre las partes. De ello, es perfectamente posible que el contrato establezca disposiciones que puedan asimilarse en premisas normativas⁸⁴. Por lo tanto, el art. 34.3^o LA/2003 reconoce que del contrato puedan extraerse premisas normativas; pero no solo ello, establece también que éstas son de aplicación prioritaria.

En efecto, comentando el art. 35.3^{o85} Regl. UNCITRAL de Arbitraje del 2010 –casi idéntico al art. 34.3^o LA/2003–, Caron y Caplan señalan lo siguiente:

sas fácticas (*v.gr.*, las partes pueden pactar el empleo de las Reglas IBA sobre prueba), estableciéndose como regla supletoria la libertad de los árbitros para valorar las pruebas – y por ende determinarlas premisas fácticas– según sus propios criterios.

⁸³ “Art. 34. *Normas aplicables al fondo de la controversia.* [...] 3. En todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables”.

⁸⁴ Ejemplo: A y B pactan en un contrato que A deberá entregar 500 fardos de tela a B el quinto día de cada mes, acordando que la entrega en una fecha posterior generará intereses moratorios. De dicho pacto, puede derivarse la siguiente premisa normativa: “Si A entrega a B los fardos de tela en un día posterior al quinto del mes, se generan intereses moratorios”.

⁸⁵ “Art. 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”.

“Esto puede ser sorprendente para algunos: habiendo elegido las reglas aplicables de derecho, el tribunal es sin embargo compelido por el art. 35.3º 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 designada de acuerdo al art. 35.3º y también en aquellos casos en que los árbitros fueron autorizados para actuar como amiable compositeur o ex aequo et bono”⁸⁶.

La redacción del art. 34.3º LA/2003 denota que ésta supedita a lo establecido en los arts. 34.1º y 34.2º al señalar que “en todo caso” la decisión se da “con arreglo” (es decir, en observancia) a lo consignado en el contrato, se desprende que las disposiciones contractuales son prioritarias. Así, “las disposiciones del contrato prevalecerán sobre los mandatos –dispositivos, que no imperativos– del Derecho regulador del litigio”⁸⁷.

Entonces, si los árbitros deben observar el contrato al momento para cumplir con su obligación principal, es claro que ello también tiene consecuencias en la obligación secundaria de motivar. Así, la motivación del laudo deberá consistir en un discurso que refleje tal cumplimiento.

b) Los usos aplicables

Según se observa, el art. 34.3º LA/2003 permite a los árbitros valerse de los usos –pertinentes para el caso concreto– como fuentes de derecho. A diferencia de lo establecido para el contrato, a nuestro juicio el empleo de los usos y prácticas tiene una naturaleza *residual*⁸⁸. Esto se debe a que el art. 34.3º señala que los árbitros “*ten-*

⁸⁶ D.D. Caron y L. 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”.

⁸⁷ C. Esplugues Mota, “Comentario al art. 34 LA”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (S. Barona Vilar, coord.), Madrid, Thomson Civitas, 2004, p. 1133.

⁸⁸ A nuestro juicio, estipulaciones del contrato y usos aplicables no están al mismo nivel. La propia redacción del art. 37.3º denota que existe un trato distinto para ambos

drán en cuenta” los usos, siendo que de dicha redacción no se puede concluir que haya una obligación de los árbitros de aplicar los usos que correspondan.

Esta naturaleza residual, por cierto, se materializa en dos aspectos: Primero, y como ya señalamos, no existe una obligación de aplicar los usos, los árbitros pueden tenerlos en cuenta solo si lo consideran pertinente. En segundo lugar, no pueden emplearse los usos para justificar el apartamiento de lo establecido por la voluntad de las partes en el contrato; y es que “si el contrato es claro, los usos del comercio no pueden justificar una desviación del mismo. El contrato va primero”⁸⁹.

En sí, lo que se establece aquí es la habilitación para los árbitros de valerse de los usos para la construcción de sus premisas normativas. En esa línea, la motivación del laudo –en tanto obligación accesorio– también podrá evidenciar el empleo de dichos usos.

B) Fuentes variables: La dualidad derecho / equidad

En adición a aquellas fuentes –de las que se extraen las premisas normativas– presentes para todo tipo de arbitraje, el art. 34 LA/2003 permite a las partes decidir si los árbitros aplicarán normas legales o no. En efecto, cuando se habla de arbitraje de derecho y arbitraje de equidad, en realidad de lo que se está hablando es sobre si los jueces aplicarán Derecho o criterios de justicia para resolver el caso.

a) El contenido de la motivación en el laudo arbitral de derecho

Si las partes pactan que el arbitraje será de derecho, se impone a los árbitros la obligación de resolver aplicando las normas del ordenamiento jurídico respectivo. Esta obligación genera, por contrapartida,

elementos. Así, hay dos disposiciones diferenciadas: los árbitros (i) “*decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato*”; y (ii) “*tendrán en cuenta los usos aplicables*”.

⁸⁹ P. Sanders, “Commentary on UNCITRAL Arbitration Rules”, *Yearb. Comm. Arb.*, vol. II, 1977, p. 211. Traducción libre del siguiente texto: “*If the contract is clear, trade usages cannot justify a deviation from it*”. Así por ejemplo, si en un arbitraje la materia controvertida se encuentra en la interpretación de un contrato de sponsorship deportivo, los árbitros pueden tener en consideración los usos y prácticas que se aplican a esta clase de contratos. Naturalmente, y siguiendo lo establecido en el apartado anterior, la interpretación debe tomar en cuenta las propias cláusulas del contrato, para luego resolver de acuerdo a las normas de derecho o reglas de justicia establecidas *pudiendo* los árbitros valerse de los usos y prácticas en el giro específico (en este ejemplo, contratos de esponsorización deportiva) para sustentar su respuesta.

un derecho de las partes a que su caso sea resuelto de conformidad con el derecho elegido.

Este derecho de las partes a obtener una decisión fundada en derecho deriva en que el derecho a la motivación del laudo arbitral se impregne de un elemento más: la motivación basada en derecho. La motivación, entonces, debe emplear premisas normativas que hayan sido extraídas de normas jurídicas. Sobre ello, las partes tendrían derecho a una motivación que emplee el ordenamiento jurídico (seleccionado) para la resolución del caso. Reiteramos, tendrían derecho a una motivación fundada en derecho.

b) El contenido de la motivación en el laudo arbitral de equidad

El arbitraje de equidad se caracteriza porque los árbitros pueden emplear los principios y reglas que ellos consideren óptimos para lograr que, en el caso concreto, se resuelva la controversia *con justicia*. Este último concepto es definido según la concepción que tengan los árbitros sobre el mismo: se trata de un juicio “personal, subjetivo, de pleno arbitrio, sin más fundamento que el leal ‘saber y entender’ del árbitro”⁹⁰.

¿Cómo incide esto en la motivación? Simple: las premisas normativas ya no se derivarán (necesariamente) del ordenamiento vigente, sino que más bien nacerán del entendimiento que tenga el tribunal arbitral sobre el concepto de justicia. El árbitro *puede crear* las premisas normativas que considere convenientes para el caso concreto, y proceder a conjugar aquélla con la premisa fáctica; o, si lo considera correcto, puede también remitirse a las normas jurídicas del sistema jurídico respectivo, más ello no es obligatorio⁹¹.

Sobre ello, tenemos que la justificación externa de las premisas normativas pasa a encontrarse, en esencia, en los criterios de justicia de los árbitros. Sustentar la validez de las premisas normativas empleadas sería una tarea de *metajustificación*. Así, en el Perú se ha señalado que tal libertad debe conllevar el deber de sustentar la validez de la premisa en abstracto (metajustificación). Luego:

⁹⁰ STC 43/1988, 16 marzo 1988.

⁹¹ Cabe precisar aquí que no existe ningún problema en que, siendo un arbitraje de equidad, los árbitros apliquen normas de un ordenamiento jurídico. Ello se debe a que es posible que la concepción de justicia de un árbitro coincida perfectamente con una disposición recogida en el ordenamiento, por lo que de ella es que se extraerían premisas normativas.

“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 [equidad], 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”⁹².

En resumen, en el arbitraje de equidad los árbitros cuentan con libertad para generar sus propias premisas normativas. Sobre ello, se puede evaluar la necesidad de una metajustificación de tales premisas, a efectos de explicar por qué las mismas resultan justas y/o equitativas. El contenido de la motivación en el arbitraje de equidad, entonces, se conforma por un discurso que justifique la decisión a través de un silogismo jurídico (contenido común para todos los arbitrajes), en el que las premisas normativas puedan provenir de los criterios de justicia que tienen los árbitros (contenido específico de la motivación para el arbitraje de equidad).

En síntesis, tenemos que el contenido de la motivación del laudo arbitral se configura por el esquema que emplea la teoría de la argumentación jurídica para la resolución de casos jurídicos concretos. No obstante, en el arbitraje se hace la precisión de que las premisas normativas deben derivarse, prioritariamente, de lo que las partes hubiesen pactado en el contrato. Asimismo, se habilita también a que las premisas normativas pueden construirse sobre la base de usos pertinentes. Sobre ello, las premisas normativas pueden extraerse de normas de derecho o de reglas de justicia (estas últimas nacen de la concepción que tengan los árbitros de justicia). Esto queda a decisión de las partes⁹³.

4. La configuración convencional de la motivación del laudo arbitral

Según expusimos, el derecho a la motivación del laudo arbitral es un derecho crediticio, originado en la relación partes-árbitros. Así, el derecho a la motivación del laudo arbitral es, en su naturaleza, idéntico al derecho que tiene un comitente a reclamar la construcción de

⁹² F. De Trazegnies Granda, “Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia”, *Ius Et Veritas*, n° 12, 1996, p. 121.

⁹³ Como veremos, las partes pueden también regular esto y establecer una suerte de arbitraje mixto, en el que se apliquen tanto normas de derecho como reglas de justicia.

cuatro sillas a cargo del contratista. Pues bien, si comitente y contratista pueden pactar respecto de las características técnicas de la obra a cargo de este último, ¿podrían las partes y los árbitros regular las “características técnicas” de la motivación del laudo arbitral? La respuesta, consideramos, es afirmativa.

Ahora bien, debemos notar que lo que se configura no es en sí el derecho a la motivación del laudo arbitral, sino el contenido de este derecho. En otras palabras, lo configurable es el objeto materia del derecho crediticio; en este caso, la motivación.

Tengamos presente aquí que la motivación del laudo es solo la exteriorización de un ejercicio mental interno que realizan los árbitros: la resolución del caso. Motivar el laudo es, como ya señalamos, solo una obligación accesoria a la obligación principal de los árbitros: resolver el caso. En esa línea, dado este esquema de obligación principal – obligación accesoria, podemos afirmar que:

– La configuración convencional de la obligación principal (resolver el caso) tiene efectos en la obligación accesoria de motivar el laudo.

– La configuración convencional de la obligación accesoria (motivar el laudo) puede hacerse siempre y cuando dicha configuración (a) no altere a o tenga impacto en la obligación principal; y (b) respete el estándar establecido por el art. 37.4º LA/2003.

Ambos aspectos serán evaluados a continuación.

B) La configuración del contenido de la obligación de motivar el laudo a través de la regulación de las reglas aplicables para resolver la controversia

A diferencia del proceso judicial, en el arbitraje, como ya señalamos, las partes pueden decidir qué emplearán los juzgadores para resolver la controversia. Sin necesidad de recurrir al arbitraje internacional, tenemos que en el arbitraje doméstico el marco legal permite a las partes decidir si quieren que los árbitros resuelvan empleando normas jurídicas (objetivas) o criterios de equidad (subjetivos). El sistema legal español, inclusive, concibe que las partes puedan regular cierta “aleación” entre derecho y equidad, toda vez que “si las partes autorizan la decisión en equidad y al tiempo señalan normas jurídicas

aplicables, los árbitros no pueden ignorar esta última indicación”⁹⁴.

La obligación principal de los árbitros –consistente en resolver el caso– puede, entonces, ser configurada a través de la selección de los criterios que se aplicarán (normas objetivas, criterios de justicia, o conjunción de ambos). Y naturalmente, la configuración de la obligación principal deriva en que, indirectamente, se regule también a la obligación accesoria de motivar el laudo. En efecto:

1) Si las partes eligen un arbitraje de derecho, se establece la obligación para los árbitros de resolver el caso conforme a derecho. Ello derivaría, a favor de las partes, en un derecho a obtener una motivación *fundada en Derecho*.

El contenido de la motivación, entonces, consistirá en una exposición de la solución del caso mediante la aplicación de premisas normativas derivadas de normas jurídicas objetivas.

2) Si las partes eligen un arbitraje de equidad, se establece la obligación para los árbitros de resolver según sus criterios de justicia. Ello derivaría, para las partes, en un derecho a obtener una motivación *fundada en los criterios de justicia* que manejen los árbitros.

El contenido de la motivación, entonces, consistirá en una exposición de la solución del caso mediante la aplicación de premisas normativas derivadas del entendimiento que tengan los árbitros sobre el concepto de justicia.

3) Si las partes eligen un arbitraje de equidad pero establecen a la vez normas jurídicas aplicables, se establece la obligación para los árbitros de resolver según derecho y sus criterios de justicia. Ello generaría el respectivo derecho de las partes a obtener una motivación fundada en normas jurídicas –definidas por las partes– y en los criterios de justicia que manejen los árbitros.

El contenido de la motivación, entonces, consistirá en una exposición de la solución del caso mediante la aplicación de premisas normativas derivadas de las normas jurídicas seleccionadas y del criterio que tenga los árbitros sobre el concepto de justicia.

⁹⁴ Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, parte VII. Si el arbitraje de equidad permite a los árbitros “desembarazarse” de las normas jurídicas (respetando, naturalmente, las normas de aplicación imperativa, tal y como se ha señalado SAP Girona 29 mayo 2002), es evidente que las partes pueden pactar que haya un “desembarazo” parcial de las normas jurídicas.

Ahora bien, las partes tienen una libertad *limitada* en cuanto a la determinación de lo que aplicarán los árbitros para resolver la controversia. Esto en realidad, proviene de la propia naturaleza del arbitraje como un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos. El tercero, sea un mediador, conciliador, juez o árbitro debe proceder de manera imparcial. La imparcialidad deriva en que los árbitros deban resolver según razones y consideraciones objetivas; y esto último limita la resolución a la aplicación de derecho (el que se presume justo) o a la aplicación “directa” de justicia, tal y como ésta es entendida por los árbitros designados al caso específico.

Esta limitación de las partes para definir las reglas a aplicar para resolver su conflicto se traslada también a la regulación del derecho a la motivación. Las partes solo pueden asignar a los árbitros las herramientas que pueden o no usar para resolver el caso (normas de derecho, reglas de equidad, o ambas); las partes no pueden interferir en el propio ejercicio mental-racional de decidir. Por lo tanto, las partes tampoco pueden interferir en el fondo de la motivación del laudo.

B) La configuración directa de la obligación de motivar el laudo

Señalamos que la obligación accesoria de motivar el laudo puede regularse y moldearse siempre y cuando no atente contra la obligación principal a la que está supeditada. Pues bien, esta configuración de la obligación accesoria puede darse en dos niveles: (a) un nivel formal; y (b) 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, luego de culminado el edificio, unos planos que presenten las características técnicas del edificio.

En este ejemplo, la obligación principal consiste en construir el edificio, y la obligación accesoria en 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 solo puede darse si se modifica la obligación principal (*v.gr.*, se establece que el edificio tendrá necesariamente 5 pisos; por lo tanto los planos deberán necesariamente ilustrar las características técnicas de 5 pisos, no de 4 ni de 6). 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 (a) que los planos estén en papel de tamaño A3, A2 o de cualquier otra medida; (b) que las medidas se consignen en pulgadas o en centímetros; (c) que los trazos se hagan con lápiz, o que sean realizados por una impresora digital.

– Por otro lado, las partes pueden establecer lineamientos *sustanciales* a los planos. Así, pueden pactar (a) que cada habitación del edificio tenga un plano específico; (b) que los planos ilustren el color de pintura que se ha empleado para cada habitación; (c) que se consigne una propuesta referencial de ubicación de muebles (mesas, sillas, camas, etc.); y (d) que se exprese dónde eventualmente podrían construirse balcones o voladizos.

Cabe precisar que tanto la configuración formal como la material de ningún modo puede atentar contra la fidelidad de los planos en cuanto al edificio.

Ahora, reemplacemos la obligación principal de construir un edificio con la obligación de resolver una controversia; y reemplacemos la obligación accesoria de elaborar planos con la obligación de motivar el laudo. *Voilà*.

a) La configuración de la obligación de motivar el laudo en su dimensión formal

La motivación de una decisión arbitral consiste en la exposición del razonamiento jurídico empleado por los árbitros para llegar a dicha decisión. Esta motivación constituye un discurso que, como cualquier otro, sigue reglas formales básicas. Pues bien, tales aspectos pueden ser modificados por las partes. Esta regulación del aspecto formal de la motivación se caracteriza porque no atenta en ningún modo contra la libertad de los árbitros para resolver el fondo del asunto (obligación principal).

Estos requisitos o exigencias de la motivación pueden plasmarse en disposiciones variadas. En específico, el abanico de opciones es amplio cuando se trata de regular el ámbito formal de la motivación de los árbitros sobre el laudo. Como ejemplos, las partes pueden pactar que el tribunal arbitral deba cumplir con lo siguiente: (a) la motivación del laudo arbitral deberá separarse en segmentos empleando números romanos (I, II, III, etc.); (b) las citas textuales deberán ha-

cerse en determinado tamaño (10, 12 puntos, etc.) y estilo de fuente (Times New Roman, Garamond, etc.); entre otros.

b) La configuración de la obligación de motivar el laudo 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.

La motivación, sabemos, consiste en exponer las razones por las que el tribunal arbitral decidió el caso de la forma en que lo hizo. Pues bien, las partes pueden regular el nivel de *exhaustividad* y *detalle* de la motivación. Esto, empero, se debe hacer respetando un estándar mínimo. Expondremos, entonces (a) lo que significa el estándar mínimo; para luego (b) ilustrar cómo las partes podrían regular a la motivación del laudo en su dimensión material; cuidando de exponer también (c) los riesgos de la regulación.

i) El estándar mínimo: En el caso de la obligación de elaborar planos que detallen el edificio construido, tenemos que las partes pueden elegir a gusto el nivel de rigurosidad de los planos. En realidad, las partes inclusive si gustan pueden desaparecer tal obligación, pactando que no se hagan planos en absoluto. De igual manera, también podrían pactar que los planos sean bastante escuetos y con la información mínima requerida (un boceto general rápido del edificio).

La situación es diferente para la obligación de motivar el laudo. Recordemos que estamos frente a una obligación impuesta por ley (art. 37.4º LA/2003). Esta imposición legal de motivar establece un mínimo que está fuera del alcance de la regulación de las partes. Las partes, así, no pueden pactar que la motivación sea “escueta”, “mínima”, “general”; toda vez que ello podría atentar contra el mencionado mínimo legal establecido.

El problema aquí radica en que la LA/2003 no establece cuál es el contenido mínimo de la motivación. No obstante, numerosos pronunciamientos judiciales en el marco de procesos sobre anulación de laudo permiten afirmar que los jueces perciben que el contenido de la motivación del laudo arbitral es igual al de la motivación de la sentencia judicial. Ése, entonces, sería en la práctica el mínimo.

En el Perú, dentro de una situación similar a la española⁹⁵, se ha señalado que las partes solo podrían pactar a favor de establecer una motivación rigurosa. Esto debería “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’”⁹⁶. Entonces, las partes solo podrían configurar la motivación en su dimensión material en la medida que dicha configuración no disminuya el estándar mínimo de motivación.

ii) La regulación de la motivación en su dimensión material: Más allá de que solo pueda regularse para establecer mayor exhaustividad en la motivación, lo cierto es que la motivación en su dimensión material sí es regulable. Por lo tanto, corresponde aquí hacer una exposición referencial de lo que puede regularse en cuanto a la motivación en su dimensión material.

a) Disposiciones generales. Al desarrollar el concepto del derecho a obtener resoluciones judiciales motivadas, el Tribunal Constitucional ha establecido que tal derecho (α) “no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide”⁹⁷, y (β) no prohíbe supuestos de motivación tácita⁹⁸, en la que la respuesta no es explícita, sino que más bien se deduce del razonamiento general establecido en la resolución. Entonces:

– Las partes pueden pactar que la motivación sea exhaustiva y pormenorizada.

– Las partes pueden prohibir motivaciones tácitas. En tal sentido, los árbitros estarían obligados a ser explícitos en todo lo concerniente a la fundamentación de las decisiones que expidieron.

b) Disposiciones específicas. Derivadas de las disposiciones generales que pueden establecer las partes, se tiene que éstas también po-

⁹⁵ En el Perú, una sentencia del Tribunal Constitucional peruano (expediente n° 6167–2005–PHC/TC) estableció que al arbitraje le eran aplicables todas las garantías del debido proceso. Por consiguiente, los laudos arbitrales deben cumplir con lo que en el Perú se denomina “derecho a la debida motivación”.

⁹⁶ A. Bullard González, “Comentario al Art. 56 LA”, *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (C. Soto Coaguila y A. Bullard González, coord.), t. I, Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pp. 631–632.

⁹⁷ STC 160/2009, 29 junio 2009.

⁹⁸ STC 204/2009, 23 noviembre 2009.

drían regular de manera más específica y determinada la exhaustividad de 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:* 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.

c) Consecuencias y riesgos de regular la motivación

i) Consecuencias (del incumplimiento de lo regulado): Según vimos, las partes pueden regular, dentro de los límites respectivos, el contenido de la motivación. Pues bien, ¿qué pasa si los árbitros no cumplen con las exigencias adicionales impuestas vía convencional por las partes sobre la motivación?. En este punto, la propia LA/2003 nos puede ilustrar mediante el caso del plazo para laudar. Según el art. 37.2º LA/2003⁹⁹, el incumplimiento del plazo para laudar no afectará la validez del laudo o a la eficacia del convenio arbitral salvo acuerdo en contrario, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran los árbitros por excederse del plazo.

El citado art. 37.2º habilita a las partes a decidir las consecuencias del incumplimiento del plazo para laudar. En tal sentido, las partes

⁹⁹ “Art. 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo [...]. 2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el art. 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros”.

pueden pactar que (a) el incumplimiento genere la nulidad del laudo; o (b) el incumplimiento afecta la eficacia del convenio arbitral; o (c) el incumplimiento no tiene consecuencias en la validez del laudo o en la eficacia del convenio arbitral. En todos estos casos, sin perjuicio de la responsabilidad por el cumplimiento tardío (expedir el laudo fuera de plazo).

Si la LA 60/2003 concibe que la transgresión del plazo pactado puede derivar en la anulación de laudo si las partes así lo disponen, ¿por qué no podría suceder lo mismo si la motivación del laudo incumple con los elementos adicionales establecidos por las partes vía configuración convencional? Una interpretación por analogía permitiría afirmar que esto último es perfectamente viable.

Naturalmente, quizá la principal diferencia está en que la LA 60/2003 reconoce expresamente esta potestad de las partes para elegir las consecuencias del incumplimiento del plazo para expedir el laudo, mientras que no sucede lo mismo en cuanto a las consecuencias del incumplimiento de los elementos adicionales integrados vía convención a la obligación de motivación. Empero, tal ausencia no invalida la posición. El argumento final aquí está en la autonomía de la voluntad: no hay ningún obstáculo para que, dentro de un negocio privado (y el arbitraje lo es) las partes puedan regular el contenido de una obligación accesoria.

Un ejemplo para ilustrar nuestra posición: Las normas laborales establecen que el trabajador tiene derecho a vacaciones por un período de tiempo determinado. Si el empleador y el trabajador, al momento de celebrar el contrato, deciden establecer que el plazo de las vacaciones sea mayor al mínimo legal establecido, ¿por qué dicho pacto podría imputarse como inválido? El mismo nace gracias a la autonomía de la voluntad y respeta el mínimo legal establecido. En síntesis, el pacto de las partes dirigido a la regulación de la obligación de motivar será válido, siempre y cuando el mismo no atente contra el mínimo legal que nace del art. 37.4º LA/2003.

ii) Los riesgos: La asignación de un alcance y rigurosidad específicos de la motivación constituye una tarea, cuando menos, compleja. Debe tenerse mucho cuidado al regular la motivación, buscando que la regulación sea lo más clara y precisa posible.

Al final, el que verificará si se cumplió con lo establecido será el juez. Es decir, los jueces aplicarán su forma de entender lo pactado para determinar si hubo o no incumplimiento. Por lo tanto, existe un riesgo alto en el empleo de disposiciones generales a las que nos refe-

rimos líneas arribas. Si las partes pactan que la motivación deberá ser “exhaustiva”, ¿qué entendemos por una motivación “exhaustiva”?, o mejor aún, ¿qué entiende el juez por motivación “exhaustiva”? Las partes pueden tener una idea común de lo que significa “exhaustiva”, más la judicatura puede tener una idea muy diferente. Recordemos aquí que el examen judicial de la motivación contiene un componente subjetivo irremovible¹⁰⁰.

No parece, pues, recomendable que las partes establezcan disposiciones generales al momento de configurar convencionalmente la motivación. En todo caso, hacerlo iría bajo su cuenta y riesgo. Por el contrario, el establecimiento de disposiciones específicas evita problemas en cuanto a la interpretación y entendimiento de lo pactado. Así, si las partes pactan que la motivación de cada pretensión deberá estar resumida dentro de un cuadro sinóptico de extensión de una página, es relativamente fácil afirmar que todos –el lector, el que suscribe este artículo, y cualquier juez– manejamos la misma idea de lo que buscaban las partes. En todo caso, existen criterios objetivos aplicables para evaluar el incumplimiento (*v.gr.*, si hay cuatro pretensiones y el laudo solo cuenta con tres cuadros sinópticos, es claro que hubo un incumplimiento), los que no aparecen –o lo hacen difícilmente– para el caso de regulaciones de estilo general (como establecer que la motivación debe ser “exhaustiva”).

En síntesis, es posible configurar convencionalmente el contenido de la obligación de motivar el laudo. Ello puede darse: (a) a través de la configuración de la obligación de decidir el caso, puesto que la obligación de laudar es accesorio a aquélla; (b) directamente, en cuyo caso la configuración será válida mientras no afecte a la obligación principal (decidir el caso) y siempre que respete el estándar mínimo de motivación que se deriva del art. 37.4º LA/2003. La configuración convencional del contenido de la motivación puede darse tanto en el ámbito formal como material de ésta. Finalmente, consideramos que las partes pueden determinar si el incumplimiento afectará la validez del laudo o no.

5. La tutela del derecho a la motivación del laudo

A) Fundamentación de la tutela

En España, cuestiones relativas a la motivación del laudo pueden generar la nulidad del mismo. Para sostener ello, los tribunales espa-

¹⁰⁰ J. Paulsson, *The Idea of Arbitration*, *op. cit.*, p. 260–261.

ños han seguido la siguiente línea de razonamiento¹⁰¹.

a) Los defectos en la motivación vulneran el derecho a obtener una resolución motivada.

b) El derecho a obtener una resolución motivada forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocida en el art. 24.1 CE.

c) La tutela judicial efectiva se integra al orden público español. Por lo tanto, afectar a ésta es afectar a normas de orden público. Así:

Dispone el art. 41.1^o Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: b) 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. f) Que el laudo es contrario al orden público.

Como ya se ha dicho, el orden público procesal queda afectado cuando se vulneran derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente –art. 24 CE– (STC 43/1986, de 15 de abril). El orden público procesal se identifica con el derecho de defensa y con los principios procesales fundamentales de audiencia, contradicción e igualdad¹⁰².

d) El art. 41.1^o. f) LA/2003 plantea que el laudo se anulará si se alega y prueba que el mismo es contrario al orden público.

Este razonamiento tiene cuidado de señalar que el ingreso a la motivación se justifica en la necesidad de proteger frente a una afectación patente al derecho de tutela judicial efectiva. El ingreso al fondo del asunto es, por cierto, total; y ello se evidencia –como veremos en el siguiente apartado– en que a través del examen de la motivación los tribunales pueden cuestionar y evaluar la validez tanto de las premisas fácticas como de las premisas normativas

En síntesis, los tribunales españoles son conscientes del principio de exclusiva competencia de los árbitros y lo “respetan”; más no obstante ello no impide que ejerzan control en casos en los que el defecto en la motivación atente contra el derecho a la tutela judicial efectiva. En última instancia, habría que tener en cuenta que la propia

¹⁰¹ STSJ Madrid 13/2015, 28 enero 2015; STSJ Madrid 31/2015, 14 abril 2015; STSJ Madrid CP 58/2015, 21 julio 2015.

¹⁰² STC 204/2009, 23 noviembre 2009.

LA/2003 concibe la posibilidad de ingresar al fondo: “Se sigue partiendo de la base de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros”¹⁰³. Si la regla general es no revisar el fondo, se deduce lógicamente que sí es posible revisar el fondo, aunque ello no debe ser generalizado.

B) Ámbito del examen judicial a la motivación del laudo

Habilitados los tribunales estatales a examinar el fondo de la decisión de los árbitros, queda ver ahora qué anomalías éstos pueden sancionar con la anulación del laudo. En este punto, no hay mucho que desarrollar, toda vez que los tribunales han trasladado los defectos que el Tribunal Constitucional puede sancionar sobre la motivación de sentencias judiciales, para los laudos arbitrales. Así:

“[L]os poderes de este Tribunal Superior competente para conocer de la acción de anulación se circunscriben a la declaración de estimación o desestimación de la anulación del laudo pretendida, pues ninguno de los motivos previstos en el art. 41 LA, orden público incluido, autorizan a resolver una segunda vez respecto de los hechos y fundamentos que sirvieron de apoyo en la emisión de la decisión arbitral, sin perjuicio de poder considerar –en el caso concreto– que las razones dadas por el árbitro en la resolución hoy impugnada permiten conocer cuáles han sido los criterios que fundamentan su decisión y, que dichos criterios no son arbitrarios, irrazonables o manifiesta o patentemente erróneos; motivación y razonabilidad de la decisión arbitral a la que se limita nuestra labor de control”¹⁰⁴.

Según observamos, los tribunales españoles pueden sancionar (a) la arbitrariedad; (b) la irrazonabilidad; y/o (c) el error patente con la nulidad del laudo.

Viéndolo de otra manera, tenemos que los tribunales españoles pueden evaluar la corrección tanto de (a) las premisas fácticas; como de (b) las premisas jurídicas. Así, en cuanto a las premisas fácticas, se ha señalado que “no puede este Tribunal revisar la valoración probatoria en la que se basa el laudo arbitral ni la acción de nulidad para cuya resolución es competente le facultaría a subsanar eventuales errores en la decisión del árbitro, salvo que dicha valoración fuese expresión de una motivación patentemente lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva”¹⁰⁵.

En cuanto a las premisas normativas, si bien se ha señalado que la

¹⁰³ Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, parte VIII.

¹⁰⁴ STSJ Bilbao 6/2016, 6 julio 2016.

¹⁰⁵ STSJ Bilbao 7/2016, 13 julio 2016.

anulación del laudo “no comprende ni puede tener por objeto la reparación o rectificación de los errores que haya podido cometer el árbitro en la interpretación y aplicación de la legislación ordinaria al resolver la cuestión de fondo sometida a su decisión”¹⁰⁶; en la realidad diferentes sentencias han incurrido en ello, ingresando al fondo y calificando como errada la interpretación o aplicación de la norma¹⁰⁷.

En síntesis, la tutela judicial del derecho a la motivación del laudo tiene el mismo ámbito y alcance que la tutela judicial del derecho a resoluciones judiciales motivadas que realiza el Tribunal Constitucional.

IV. Análisis crítico

El (breve) estudio realizado de la situación del derecho a la motivación del laudo arbitral permite apuntar hacia aquellos aspectos que, a nuestro juicio, resultan criticables. En general, nuestra crítica se enfoca en (1) la errada equiparación entre derecho a la motivación del laudo y derecho a la motivación de la sentencia. Sobre ello, se evalúan dos aspectos específicos: (2) la imposición legal de la obligación de motivar; y (3) la tutela del derecho a la motivación arbitral.

1. Crítica general: Derecho a la motivación del laudo ≠ Derecho a la motivación de la sentencia

En España, el derecho a la motivación de los laudos arbitrales ha sufrido una suerte de *equiparación* con el derecho a obtener sentencias judiciales motivadas. Este fenómeno, en nuestra opinión, no es en absoluto beneficioso para el arbitraje español; todo lo contrario, es perjudicial. El derecho a la motivación en el arbitraje es, en un plano abstracto, distinto en su naturaleza, contenido, y funciones al derecho a la motivación de sentencias judiciales.

El punto de partida está en las funciones. Las funciones son las que dan sentido a las instituciones, y permiten delimitar el alcance y contenido de estas últimas. En el presente caso, la abismal diferencia entre las funciones del derecho a la motivación judicial y del derecho a un laudo motivado nos permite afirmar que dichos derechos no son idénticos o iguales. Todo lo contrario, son diferentes.

¹⁰⁶ STSJ Valencia 14/2012, 26 abril 2016.

¹⁰⁷ El caso más saltante podría ser el de la STSJ Madrid 58/2015, 21 julio 2015. En éste, los jueces consideraron que el árbitro había aplicado una norma que no correspondía. Sobre dicha base, se declaró la nulidad del laudo.

Las funciones del derecho a la motivación judicial son la razón por las que éste es un derecho fundamental reconocido en la Constitución. Por contraste, el derecho a obtener un laudo motivado solo tiene dos funciones específicas: (a) informar a las partes sobre las razones del resultado del arbitraje; y (b) garantizar ante las partes la “calidad” del juicio de los árbitros. De dichas funciones, se puede colegir válidamente que el derecho a la motivación del laudo no puede considerarse un derecho fundamental.

En efecto, el derecho a obtener resoluciones judiciales motivadas nace por la búsqueda de proscribir la arbitrariedad estatal. ¿De qué peligro de arbitrariedad estatal protege el derecho a la motivación del laudo arbitral si en el arbitraje los juzgadores no son o forman parte de los poderes públicos? El árbitro es un sujeto privado.

Descartada la función base que hace nacer al derecho a la motivación de resoluciones judiciales para el caso del derecho a la motivación del laudo arbitral, tenemos que las funciones (a) endoprocesal y (b) extraprocesal tampoco son pertinentes para el arbitraje. En cuanto a (a) la función endoprocesal, recordemos que ésta se manifiesta en dos dimensiones: una, dirigida a las partes, consistente en que éstos puedan saber las razones por las que se decidió en tal o cual sentido; y 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.

Pues bien, en el arbitraje no hay pluralidad de instancias, y por tanto tampoco existe tribunal alguno encargado de pronunciarse sobre apelaciones contra el laudo. 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.

En cuanto a (b) la función extraprocesal, tenemos que ésta pasa por el rol que tiene la motivación frente a la sociedad, y que permite la validación de la investidura del juez designado; y la educación de los ciudadanos respecto a cómo se aplican las normas sustantivas, así como la manera en que funciona el sistema de justicia.

No obstante, sucede que esta función requiere la publicidad de la motivación. Para el caso de las resoluciones judiciales, ello no representa mayor problema. Por el contrario, la situación es abismalmente distinta en el arbitraje. Una de las notas características del arbitraje

radica en su confidencialidad¹⁰⁸. Es decir, las materias que se discuten en el proceso quedarán reservadas únicamente para los involucrados. En tal sentido el laudo arbitral no es accesible para la ciudadanía en general.

La confidencialidad en el arbitraje impide entonces, en específico, que las decisiones arbitrales puedan validar la investidura del juez (¿?) designado (función extraprocesal del derecho a la motivación judicial). Claro que, en primer lugar, en el arbitraje no hay jueces designados, sino árbitros elegidos por las partes. Se puede decir, entonces, que incluso si no hubiese confidencialidad es inviable cumplir con la validación de los jueces porque en el arbitraje *no hay jueces* cuyos poderes emanan de la voluntad popular en el marco de un sistema democrático.

En igual sentido, la confidencialidad frustra cualquier supuesta función pedagógica del derecho a la motivación. Está descartado 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 contienen¹⁰⁹.

Esta diferencia en las funciones se refleja indiscutiblemente en la naturaleza del derecho a la motivación del laudo. Éste es un derecho *crediticio*, originado en una locación de servicios que vincula a las partes y a los árbitros. El derecho a la motivación del laudo no puede considerarse un derecho fundamental; por lo menos, puede decirse que no existe ninguna justificación para elevarlo a ese rango.

Adicionalmente, el contenido del derecho a la motivación del laudo es muy diferente al del derecho a obtener sentencias motivadas. El derecho a una sentencia motivada legitima a las partes a pedir una decisión *fundada en derecho*. Por contraste, el derecho a un laudo motivado puede derivar, en específico, el derecho a pedir una decisión fundada en (a) derecho; o (b) equidad; o (c) una conjunción de las dos anteriores. Puede decirse, entonces, que mientras el derecho a la motivación del laudo es variable; el derecho a la motivación de la sentencia judicial es inamovible.

¹⁰⁸ A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby y C. Partasides, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, op. cit., pp. 91–100; E. Picand Albónico, *Arbitraje comercial internacional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 211; entre muchos otros.

¹⁰⁹ Más aún, incluso en el negado caso de que los laudos fuesen públicos, puede que la situación no cambie. Esto se debe a que los particulares pueden pactar que el arbitraje sea de equidad, y en tal caso el laudo arbitral aportará poco o nada a la educación jurídica de los ciudadanos. En un esquema así, se evidencia que no puede hablarse de función extraprocesal alguna en el arbitraje.

En conclusión, el derecho a la motivación del laudo arbitral es abismalmente diferente al derecho a una sentencia motivada. Para la determinación minuciosa del primero no pueden emplearse los estándares del segundo.

2. Críticas específicas

A) Sobre la obligatoriedad de motivar laudos

La Ley 11/2011 impuso la obligación de motivar los laudos. Esta decisión, no obstante, nos parece desacertada. Nuestra crítica se manifiesta en tres dimensiones distintas: (a) desde la regulación de políticas públicas y el paternalismo estatal; (b) desde la naturaleza y funciones del derecho a la motivación del laudo; y (c) en función a las consecuencias que genera para el arbitraje.

Derecho a un laudo motivado	Derecho a la motivación judicial
<p>(1) Naturaleza: derecho crediticio.</p> <p>(2) Fuente: relación de crédito.</p> <p>(3) Funciones: informar a las partes de las razones del resultado del arbitraje; y garantizar la “calidad” del juicio de los árbitros</p> <p>(4) Concepto variable.</p> <p>(4.1) Arbitraje de derecho/ de equidad.</p> <p>(4.2) Regulación de las partes sobre la obligación de motivación.</p>	<p>(1) Naturaleza: derecho fundamental.</p> <p>(2) Fuente: la Constitución.</p> <p>(3) Funciones: Proscribir arbitrariedad; funciones endoprocesal y extraprocesal.</p> <p>(4) Concepto inamovible. No es variable, ni configurable por las partes.</p>
<p>Derecho a la motivación del laudo ≠ Derecho a obtener sentencias motivadas</p>	

a) Crítica a la luz de la regulación pública y el paternalismo estatal

Según referimos, las partes quieren saber cuáles fueron las razones que derivaron en la decisión del tribunal arbitral¹¹⁰. Sin embargo, el presumir –aún acertadamente– que la mayoría busca obtener laudos motivados constituye un argumento *insuficiente* para el establecimiento de una medida paternalista.

Y es que la reforma al art. 37.4º LA/2003 no es más que fruto del paternalismo del legislador. El legislador concibió que era lo “mejor” establecer la obligación legal de motivar para el laudo, suprimiendo así la posibilidad de que las partes, por convención, acuerden en contrario.

Pues bien, dejando de lado a las posturas que rechazan cualquier medida paternalista¹¹¹, tenemos que en doctrina se ha estudiado la justificación de dichas medidas¹¹². Así, siguiendo a Atienza, una medida paternalista se encuentra éticamente justificada si y solo 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 estos estarían de acuerdo con la medida de no ser por sufrir de la señalada incapacidad básica¹¹³.

En cuanto a (a) el bien objetivo, este aspecto será materia de análisis en el siguiente apartado (como veremos ahí, la medida en realidad es perjudicial para el arbitraje). Dicho ello, podemos pasar a (b) la incapacidad básica. Pregunta: ¿qué incapacidad pueden sufrir las partes (y sus abogados) para impedir que éstas pacten que el laudo debe estar motivado? ¿De qué incapacidad se puede hablar si en la realidad lo anómalo está en que haya un pacto dirigido a no motivar el laudo?

La medida establecida por la Ley 11/2011 no puede sustentarse en ningún defecto o incapacidad sobre el público objetivo (partes y abo-

¹¹⁰ A. Schlaepfer y A.C. Cremades. “La motivación de los laudos en arbitraje comercial internacional y en arbitraje de inversión”, *op. cit.*, p. 1421.

¹¹¹ Cf. R. Nozick, *Anarquía, Estado y Utopía*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1988, pp. 66–67; M. Friedman, *Capitalism and Freedom*, Chicago, The University of Chicago Press, 1982, p. 188; entre otros.

¹¹² No existe una corriente unánime en doctrina respecto a criterios para diferenciar entre medidas paternalistas justificadas y no justificadas.

¹¹³ M. Atienza, “Discutamos sobre el paternalismo”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 5, 1988, p. 203.

gados que lidian con arbitrajes). La imposición de la Ley, así vista, tiene tanto sentido como la de un padre que quisiese llevar al baño a su hijo de 40 años; es decir, ninguno. Los abogados cuentan con la educación legal suficiente para decidir qué conviene mejor a su cliente, y ello puede ser un laudo motivado o un laudo sin motivar.

Finalmente, tampoco puede hablarse de un (c) consentimiento hipotético, toda vez que éste presupone la verificación de (b) incapacidad básica.

En síntesis, estamos frente a una medida paternalista no justificada. Y una medida paternalista no justificada representa, es lógico, una afectación injustificada a la autonomía de la voluntad de los individuos.

Si el legislador considera que, con incapacidad básica o no, igual lo “mejor” es que los laudos sean siempre motivados, pudo recurrir a una medida por *default*¹¹⁴. Esto es, que por defecto los árbitros estén obligados a motivar el laudo, salvo que las partes pacten en contrario. Curiosamente, ésa fue la redacción que asumió el legislador de la original LA/2003. La reforma, vista desde esta perspectiva, es un retroceso.

b) Crítica a la luz de la naturaleza y funciones del derecho a la motivación del laudo

El derecho a la motivación judicial nace debido a la búsqueda de proscribir la arbitrariedad estatal. La obligación ineludible de los jueces de motivar se justifica en dicha función. Frente a ello, cabe preguntar: ¿de qué arbitrariedad estatal se puede hablar en el arbitraje? Así, en el arbitraje no existe función alguna dirigida a proscribir la arbitrariedad estatal. Por lo tanto, no existe piso o base alguna para justificar que exista una obligación ineludible de motivar.

De igual manera, la existencia de una función “pública” (función extraprocesal) del derecho a la motivación de sentencias impedía que las partes pudiesen disponer de este derecho. A fin de cuentas, la motivación de la sentencia no solo satisfacía derechos de las partes, sino también expectativas legítimas de la sociedad.

Por contraste, los laudos arbitrales son *confidenciales*. El laudo ar-

¹¹⁴ Este tipo de medidas se encuadran dentro de lo que se conoce como paternalismo libertario. Para mayor información sobre el concepto, Cf. C.R. Sunstein y R.H. Thaler, “Libertarian paternalism is not an oxymoron”, *University of Chicago L. Rev.*, vol. LXX, n° 4, 2003, pp. 1159–1202.

bitral solo es conocido por las partes. No hay pues, intereses o expectativas legítimas de la sociedad sobre el laudo. Entonces, si el laudo solo compete a las partes, ¿por qué éstas no pueden disponer lo que mejor consideren respecto de su motivación?

c) Crítica en función a las consecuencias para el arbitraje

i) Las supuestas consecuencias beneficiosas: Se ha afirmado que la imposición legal de motivar en todos los casos los laudos es un acierto. Las razones principales pasa por: (a) “la motivación de la decisión de los árbitros es esencial para garantizar el derecho de las partes a conocer las razones por las cuales se dicta un laudo y por ende garantizar la tutela judicial efectiva (24.1º CE) y evitar la anulación del laudo (art. 41.1º.f) LA)”¹¹⁵; y (b) la contribución de la medida a la seguridad jurídica¹¹⁶. Pues bien, ninguno de esos puntos es, a nuestro juicio, cierto.

En primer lugar, la motivación del laudo sí es esencial para que las partes puedan conocer las razones por las que se dictó el laudo. Eso es innegable. No obstante, ¿qué pasa si las partes no tienen interés de saber qué llevó a los árbitros a la decisión tomada? Más aún, ¿a quién, fuera de las partes, afecta esa decisión? Recordemos aquí que el laudo es confidencial, por lo que su contenido solo será conocible por las partes; el laudo no cumple en absoluto función extraprocesal alguna.

Sí, la motivación garantiza que las partes puedan satisfacer su derecho a saber las razones de la decisión. Ése es un argumento suficiente para reconocer el derecho a que las partes puedan exigir la motivación del laudo; pero *insuficiente* para obligar a que el laudo esté siempre motivado sin importar lo que las partes consideren sobre tal aspecto.

En segundo lugar, no queda claro cómo la imposición legal de motivar el laudo puede contribuir a favor de la seguridad jurídica. Podría alegarse que la no motivación genera incertidumbre, al no poderse saber qué derivó en la decisión de los árbitros. No obstante, para el presente caso esta “incertidumbre” sería generada por las propias partes (partes que acuerdan que el laudo no contendrá motivación).

¹¹⁵ P. Perales Viscasillas, “La reforma LA”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, vol. IV, nº 3, 2011, pp. 695–696.

¹¹⁶ K. Fach Gómez, “El arbitraje en España: principales novedades aportadas por la Ley 11/2011”, *Riv. arb.*, 2012, nº 2, p. 287.

¿Un pacto delimitado y válido de las partes puede generar inseguridad jurídica? Si por ejemplo dos ciudadanos acuerdan que determinadas obligaciones se someten a condición suspensiva, ¿ello genera inseguridad jurídica?

ii) Las reales consecuencias perjudiciales: Quizá lo más gracioso de alegar que la imposición legal de motivar laudos en todos los casos contribuye a la seguridad jurídica está en que, en realidad, dicha medida perjudica la seguridad jurídica y el atractivo de España como una plaza para arbitrar. Esto se debe a que la imposición legal de motivar impide la vía más fácil de escape para aquellos usuarios de arbitraje que desconfían de la fiabilidad de los tribunales españoles al momento de evaluar la motivación del laudo.

En efecto, no puede negarse que la calificación de la motivación involucra un fuerte componente subjetivo. Más aún, el ámbito del examen judicial no resulta muy alentador: se dice que el árbitro tiene exclusividad sobre el fondo del asunto, pero a la vez se plantea que el laudo se anulará si la motivación contiene, por ejemplo, un “error patente”. ¿Qué es un error patente? ¿Cómo diferenciar el error patente (que genera nulidad del laudo) del error no patente? Visto tal escenario, algunos podrían preferir “cortar por lo sano” y pactar que no haya motivación. Con tal pacto, hay riesgo nulo de que el laudo pueda terminar siendo anulado por los supuestos problemas en su motivación.

Tengamos presente que “las partes que acuerdan una sede específica están deliberadamente sometiéndose ellas mismas a las leyes de la sede y cualquier control que ésta ejerza. Las partes hacen esto en la búsqueda de predictibilidad”¹¹⁷. Si arbitrariamente España implica siempre el riesgo de un laudo anulado por cuestiones relativas a su motivación, es claro que ello será un punto a ponderar a la hora de elegir la sede del arbitraje.

Pero la imposición legal de motivar no se limita a impedir tal opción. En realidad, esta imposición legal deriva, según expusimos, en un estándar mínimo para la motivación del laudo. Ello cierra las puertas a nuevas propuestas para el tema. Por ejemplo: ¿podrían las partes pactar que haya motivación en el laudo pero que la misma no pue-

¹¹⁷ J. Mance, “Arbitration – A law unto itself?”, *Arb. Int'l*, vol. 32, n° 2, 2016, p. 231. Traducción libre del siguiente texto: “*On the face of it, parties who agree a particular seat deliberately submit themselves to the law of the seat and whatever control it exerts. They do so in the interests of certainty*” (vid. la versión española de este estudio en esta Revista, *supra*, pp. 675-703).

da ser materia de cuestionamiento en sede judicial? El tema sería muy discutible (y enriquecedor) en caso no hubiese imposición legal de motivar el laudo¹¹⁸; lamentablemente la imposición legal impide si quiera tocar el tema.

En síntesis, la imposición legal de motivar el laudo (a) constituye una decisión paternalista no justificada, puesto que los sujetos afectados cuentan con plena capacidad para decidir por sí mismos respecto de los beneficios/perjuicios de un laudo motivado/no motivado; y (b) no genera beneficio alguno, toda vez que la motivación del laudo no es indispensable para garantizar la tutela judicial efectiva (basta con reconocer que las partes pueden, vía pacto, generar la obligación de motivar el laudo) y tampoco contribuye a la seguridad jurídica – todo lo contrario, la perjudica puesto que se corta la vía más fácil de evitar riesgo de anulación de laudo por supuestos defectos de motivación (sin motivación, no pueden haber anomalías en la motivación que generen la nulidad del laudo).

B) Sobre la tutela judicial del derecho a la motivación del laudo

En función a los argumentos anteriores, es claro que la tutela judicial del derecho a la motivación del laudo no puede emplear los conceptos y supuestos (arbitrariedad, irrazonabilidad y error patente) propios de la tutela del derecho a obtener resoluciones judiciales motivadas.

La tarea de determinar a detalle qué defectos/anomalías de la motivación del laudo deben derivar en la anulación del laudo y qué defectos no escapa, por su extensión, a este ensayo. No obstante, consideramos pertinente aquí (a) realizar un breve excursus sobre la necesidad de adecuar el concepto de tutela judicial efectiva si se quiere aplicar éste al arbitraje (es decir, una suerte de tutela arbitral efectiva); y (b) reflexionar sobre la responsabilidad que tienen las partes ante un laudo con anomalías en su motivación, y cómo ello incidiría en la tutela del derecho a la motivación del laudo arbitral.

¹¹⁸ Si las partes pudiesen pactar que haya motivación, o que no la haya, ¿por qué no podrían pactar la obligación de motivar pero a la vez la imposibilidad de cuestionar la motivación? No negamos que podría alegarse que ese pacto afectaría el derecho de acción. Pero frente a ello, podrían proponerse pactos que, sin afectar (real o supuestamente) el derecho de acción, logren el objetivo. Un mecenas puede contratar a un artista para que le pinte un cuadro y darle total libertad para el diseño del mismo; sea cual sea el resultado, el mecenas no podrá denunciar un supuesto incumplimiento defectuoso (el diseño puede parecerle desagradable) toda vez que no se le impuso ningún “mínimo” al artista. ¿Por qué no podría pasar lo mismo para la obligación de motivar el laudo?

a) Breve excurso: la aplicabilidad de la tutela judicial efectiva al arbitraje

Si bien el presente trabajo se ha enfocado en el derecho a la motivación del laudo arbitral, consideramos pertinente aquí hacer un breve excurso sobre la tutela judicial efectiva y la extensión de sus garantías al arbitraje. En última instancia, los tribunales judiciales en España aplican el concepto de “tutela judicial efectiva” al arbitraje para sostener sobre ello que las anomalías en la motivación afectan el derecho a la obtención de una resolución motivada (derecho que forma parte de la tutela judicial efectiva). No obstante, el propio concepto de tutela judicial efectiva no puede extenderse, sin más, al arbitraje como si éste fuese lo mismo que un proceso judicial.

El arbitraje, como institución, tiene una naturaleza y contenido distintos al del proceso judicial; y su esencia radica en la libertad de las partes. Por lo tanto, como ya se ha señalado en el Perú, los derechos y garantías que se derivan de la tutela judicial efectiva “serán aplicables al arbitraje siempre que sean compatibles con su naturaleza y fines de dicha institución”¹¹⁹. En esa línea, el mayor exponente del arbitraje en el Perú señaló lo siguiente: “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”¹²⁰.

Entonces, pretender realizar una suerte de *copy & paste* de la tutela judicial efectiva, propia del proceso judicial hacia el arbitraje es errado. Veamos el ejemplo más claro: bajo la tutela judicial efectiva, existe un derecho a impugnar/apelar, ¿qué hacemos con ese derecho en el arbitraje? Es claro que el mismo no existe puesto que el laudo arbitral es definitivo. Entonces, ¿habría que crear una doble instancia también para los laudos arbitrales? La respuesta a dicha pregunta se la dejamos al lector¹²¹.

Para el caso del derecho a la motivación del laudo arbitral, habría que estudiar a fondo hasta qué punto es extensible la tutela judicial efectiva, en su manifestación específica del derecho a obtener resolu-

¹¹⁹ C. Landa Arroyo, “El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Themis*, n° 53, 2007, p. 40.

¹²⁰ J. Santistevan de Noriega, “Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes?: el debido proceso en sede arbitral”, *Ius Et Veritas*, n° 37, 2008, p. 44.

¹²¹ A juicio de quien suscribe, debería permitirse que las partes puedan pactar si el laudo es apelable o no. Ello en atención al principio de la flexibilidad del arbitraje, y de su base fundamental: la convención de las partes.

ciones judiciales motivadas, al arbitraje. El tema es complejo y escapa al alcance de este ensayo.

b) Reflexiones en torno a la autorresponsabilidad de las partes

En un proceso judicial, las partes no tuvieron ninguna injerencia en la selección del juzgador. Éste es asignado por el sistema judicial. Más aún, las partes recurren al sistema judicial no porque quieran, sino porque *deben* hacerlo. En esa línea, existe cierto deber del Estado en garantizar que las decisiones de las cortes estén motivadas: se proscribe la arbitrariedad estatal, y la propia investidura del juez se valida con la motivación. Frente a ello, el ciudadano tiene derecho a reclamar por los defectos y anomalías de la motivación. A fin de cuentas, está recibiendo una decisión judicial de un juez respecto del cual no tuvo ninguna injerencia (directa) en su elección.

En el arbitraje, las partes *eligen* a los juzgadores. Más aún, el propio arbitraje no existiría si no hubiese acuerdo de las partes en llevarlo a cabo. Consideramos, entonces, que hay cierta *responsabilidad* de las partes en el resultado del arbitraje. Así, Fernández Rozas entiende esto –aunque no podemos afirmar que esté de acuerdo– como “quien se somete a arbitraje también se somete a los errores que pueda cometer el árbitro, es su riesgo y tiene que asumirlo”¹²².

En un arbitraje cuyo núcleo gira en torno a los swaps, ¿qué pasa si las partes eligen árbitros no especializados en la materia y éstos terminan aplicando normas ajenas al supuesto de hecho? ¿Acaso las partes no tienen parte de “culpa” en el resultado del arbitraje? Dicha responsabilidad debe tomarse en cuenta al momento de determinar, ex ante, qué anomalías en la motivación generan la nulidad del laudo y qué anomalías no.

En síntesis, la elección de los árbitros a cargo de las partes es un elemento que debe tomarse en cuenta al momento de definir el alcance de la tutela judicial del derecho a la motivación del laudo.

V. Conclusiones

Al estudiar el derecho a la motivación del laudo, observamos que

¹²² J.C. Fernández Rozas, “Motivación del laudo arbitral de equidad (Comentario a la Sentencia del TSJ Galicia 18/2012, de 2 de mayo)”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, vol. VI, n° 2, 2013, p. 472.

éste es una institución con un desarrollo específico, diferenciado al de otros conceptos cercanos (como el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales). Esto se manifiesta en (i) su función; (ii) su naturaleza; (iii) su contenido; (iv) su configurabilidad; y (v) su tutela.

i) En primer lugar, el derecho a la motivación del laudo arbitral tiene como funciones, primero, informar a las partes sobre las razones de las decisiones que tomaron los árbitros; y, segundo, garantizar la “calidad” del juicio de los árbitros.

ii) En segundo lugar, sobre su naturaleza, el derecho a la motivación del laudo es de naturaleza *crediticia*. Este derecho se origina en el marco de un vínculo contractual existente entre partes y árbitros. El derecho a la motivación del laudo no es más que la contracara de la obligación de los árbitros a expedir un laudo motivado. Y sobre esta última, puede decirse que es una obligación accesoria (enlazada a la obligación principal de resolver el caso); que nace por una imposición legal (art. 37.4º LA/2003) sobre un acuerdo convencional; intuitu personae; de hacer; y sujeta a plazo.

iii) Tercero, respecto a su contenido, tenemos que el contenido del derecho a la motivación es, justamente, la motivación. Ésta consiste en un discurso que *justifique* la decisión tomada por los árbitros. Según la teoría de la argumentación jurídica, la justificación se da a través de un silogismo jurídico, que emplea premisas fácticas y premisas normativas. El silogismo jurídico debe representar una operación lógica correctamente realizada (justificación interna) y las premisas empleadas para el mismo deben estar válidamente sustentadas (justificación externa).

Ahora bien, en cuanto a las premisas normativas, sucede que éstas deben, en todos los casos, provenir de las estipulaciones contractuales pertinentes. En todo cuanto no esté regulado por el contrato, los árbitros deben aplicar premisas normativas derivadas de normas jurídicas, reglas de justicia o una conjunción de ambas, según si el arbitraje es de derecho, de equidad o “mixto”, respectivamente. De esto último, puede afirmarse que la motivación es *variable*: la misma puede consistir en una decisión fundada en derecho, en criterios de justicia, o en la yuxtaposición de ambas.

iv) En cuarto lugar, el derecho a la motivación es configurable en cuanto su contenido. En efecto, las partes pueden regular, vía convención, el contenido específico de la motivación. Esto se puede dar de

dos maneras. La primera, a través de la configuración de la obligación principal de resolver el caso. Así, si se establece que el arbitraje es de derecho, se genera un derecho a una motivación *fundada en derecho*; si se establece que el arbitraje es de equidad, se genera un derecho a una motivación *fundada en criterios de equidad*; y si se establece que el arbitraje es “mixto”, se genera un derecho a una motivación fundada en derecho y equidad.

La segunda forma de regular está en la configuración directa de la obligación de motivar el laudo. Esto se puede dar a su vez en dos niveles: formal y material. En el nivel formal, las partes pueden regular lineamientos para la exposición de la motivación. Se trata de configurar aspectos de forma que en nada afectan el contenido del discurso. Por ejemplo, fijar un estilo de fuente y tamaño de letra determinado, empleo de números arábigos o romanos, etc.

En el nivel material, tenemos que las partes pueden regular el nivel de exhaustividad y minuciosidad de la motivación. No obstante, esta regulación debe respetar el estándar mínimo que se deriva de la imposición legal de motivar. Este estándar mínimo consistiría en una motivación “debida”, tal y como ha sido entendida por los fueros judiciales al analizar la motivación de sentencias. Sobre ello, las partes solo podrían pactar una motivación más exhaustiva/detallada. Esto último puede darse vía disposiciones generales (*v.gr.*, “el laudo deberá estar exhaustivamente motivado); o disposiciones específicas (*v.gr.*, “en el laudo los árbitros deberán enunciar expresamente cómo su razonamiento respeta los principios lógicos de no contradicción y tercio excluido”).

El límite de la configuración, por cierto, se encuentra en que, en tanto obligación accesoria, la regulación de la obligación de motivar no puede terminar afectando a la obligación principal (resolver el caso).

v) En quinto lugar, la tutela judicial del derecho a la motivación del laudo se somete a los lineamientos establecidos para la tutela del derecho a obtener resoluciones judiciales motivadas. Esto se da a través de la acción de anulación del laudo: dentro de ella una causal es la de vulneración al orden público, y la tutela judicial efectiva (que contiene al derecho a obtener una resolución judicial motivada) forma parte de ésta.

En específico, esto significa que las categorías de arbitrariedad, irrazonabilidad y error patente, propias del examen de la motivación de resoluciones judiciales, se aplican al momento de evaluar la moti-

vación de un laudo arbitral. Cabe destacar aquí que la causal de “error patente” permite, en la práctica, a la judicatura a intervenir en la determinación de las premisas fácticas y normativas, lo que involucra sin duda alguna una intervención sobre el fondo.

La regulación del derecho a la motivación del laudo en España puede ser criticada. La crítica tiene como punto de partida a la equiparación entre derecho a la motivación del laudo y derecho a la motivación de la sentencia judicial. De los aspectos presentados anteriormente, es evidente que el derecho a la motivación del laudo tiene una función, naturaleza y contenido diferente al del derecho a la motivación de la sentencia judicial. Por ello, la equiparación resulta errada. En específico, se puede cuestionar (i) la imposición legal de motivar el laudo siempre; y (ii) el alcance de la tutela judicial del derecho a la motivación del laudo.

i) En cuanto a la imposición legal de que los laudos deben estar siempre motivados se origina en la idea de que así como el derecho a la motivación de una sentencia es indisponible, así tampoco puede serlo el derecho a la motivación del laudo. Esto no tiene base, toda vez que la medida es paternalista y no cumple los requisitos para ser considerada una medida paternalista justificada; el derecho a la motivación de la sentencia judicial es indisponible debido a la función que tiene de proscribir la arbitrariedad estatal; función que no existe para el caso del derecho a la motivación del laudo; y la medida no tiene consecuencias beneficiosas, y más bien atenta contra la seguridad jurídica y la predictibilidad, toda vez que aquellos (sean pocos) que desconfíen de la fiabilidad de los tribunales españoles no podrán prevenir de raíz la evaluación de la motivación del laudo vía pacto de laudo no motivado.

ii) Sobre el alcance de la tutela judicial del derecho a la motivación del laudo, consideramos que establecer el mismo ámbito de tutela para la motivación del laudo y para la motivación de la sentencia es errado. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el concepto de tutela judicial efectiva debe adaptarse al arbitraje si es que quiere aplicarse a aquél. Ello, necesariamente, tendrá algún efecto al momento de determinar el alcance del examen judicial sobre la motivación del laudo.

En segundo lugar, existe cierta autorresponsabilidad de las partes por la motivación del laudo. A fin de cuentas, éstas eligen a los árbitros. Si los árbitros presentan una motivación que pudiera conside-

rarse “mala”, “insuficiente” o “defectuosa”, es innegable que, hasta cierto punto, se puede atribuir a las partes en ello, toda vez que éstas eligieron a los árbitros. Esto también debe tomarse en cuenta al momento de definir qué anomalías en la motivación del laudo deben derivar en su anulación.

Bibliografía

- ALBALADEJO, M.: *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, vol. I, Barcelona, Librería Bosch, 1983.
- ALEXY, R.: *Teoría de la Argumentación Jurídica*, traducción de M. Atienza e I. Espejo, Lima, Palestra, 2007.
- ALISTE SANTOS, T.J.: *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- ATIENZA, M.: “Discutamos sobre el paternalismo”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, n° 5, 1988, pp. 203–214.
- ATIENZA, M.: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2005 (segunda reimpression).
- ATIENZA, M.: “Razonamiento Jurídico”, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (J. Fabra Zamora y V. Rodríguez Blanco, editores), vol. II, México, IIJ, 2015, pp. 1419–1452.
- BERGHOLTZ, G.: “*Ratio et auctoritas*: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, n° 8, 1990, pp. 75–85.
- BILBAO UBILLOS, J.: “Algunas consideraciones sobre el significado y los límites funcionales del recurso de amparo constitucional”, *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Santander, Universidad de Cantabria, 1993, pp. 123–178.
- BULLARD GONZÁLEZ, A.: “Comentario al Art. 56 LA”, *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (C. Soto Coaguila y A. Bullard González, coord.), t. I, Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pp. 611–636.
- CARON, D.D. y CAPLAN, L.M.: *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- CASTILLO ALVA, J.: “Las funciones constitucionales del deber de motivar las decisiones judiciales”, *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo* (L. García Jaramillo, coord.), Lima, Grijley, 2014, pp. 481–554.
- CASTILLO FREYRE, M.: “Sobre las obligaciones y su clasificación”, *Themis*, n° 66, 2014, pp. 209–220.
- CLAY, T.: *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001.
- COLIN, A. y CAPITANT, H.: *Curso Elemental de Derecho Civil*, t. II, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1955.
- COLOMER HERNÁNDEZ, I.: *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

- DE TRAZEGNIES GRANDA, F.: “Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia”, *Ius Et Veritas*, n° 12, 1996, pp. 115–124.
- ESPLUGUES MOTA, C.: “Comentario al art. 34 LA”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (S. Barona Vilar, coord.), Madrid, Thomson Civitas, 2004, pp. 1115–1137.
- EZQUIAGA GANUZAS, F.J.: *Argumentación e Interpretación*, Lima, Grijley, 2011.
- FACH GÓMEZ, K.: “El arbitraje en España: principales novedades aportadas por la Ley 11/2011”, *Rivista dell'arbitrato*, 2012, n° 2, pp. 275–291.
- FERRER BELTRÁN, J.: “Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales”, *Isonomía*, n° 34, 2011, pp. 87–107.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Motivación del laudo arbitral de equidad [Comentario a la Sentencia del TSJ Galicia 18/2012, de 2 de mayo]”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, vol. VI, N° 2, 2013, pp. 469–477.
- FOUCHARD, P.: “Relationships between the Arbitrator and the Parties and the Arbitral Institution”, *The ICC International Court of Arbitration Bulletin – The Status of Arbitrator*, Special Supplement, 1995.
- FRIEDMAN, M.: *Capitalism and Freedom*, Chicago, The University of Chicago Press, 1982.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J.: *La motivación de las sentencias. Imperativo constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- LANDA ARROYO, C.: “El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Themis*, n° 53, 2007, pp. 29–42.
- LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones*, traducción de Jaime Santos Briz, t. I, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958.
- LEW QC, J., MISTELIS, L. y KRÖLL, S.M.: *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer Law International, 2003.
- LIONNET, K.: “The Arbitrator’s Contract”, *Arb. Int’l*, vol. 15, n° 2, 1999, pp. 161–169.
- LLAMBÍAS, J., RAFFO BENEGAS, P. y SASSOT, R.: *Manual de Derecho Civil – Obligaciones*, 7ª ed., Buenos Aires, Editorial Perrot, 1981.
- MANCE, J.: “Arbitration – a law unto itself?”, *Arb. Int’l*, vol. 32, n° 2, 2016, pp. 223–241.
- MILIONE, C.: “El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el derecho a la claridad: Reflexiones en torno a una deseada modernización del lenguaje jurídico”, *Estudios de Deusto*, vol. 63, n° 2, 2015, pp. 173–188.
- MORENO, J.J., NAVARRO, P.E. y REDONDO, M.C.: “Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 11, 1992, pp. 247–262.
- NIETO GARCÍA, A.: *El arte de hacer sentencias o Teoría de la Resolución Judicial*, Madrid, Universidad Complutense, 1998.
- NIEVA FENOLL, J.: *La cosa juzgada*, Barcelona, Atelier, 2006.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H.: *Regímenes políticos contemporáneos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- NOZICK, R.: *Anarquía, Estado y Utopía*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1988.
- OHANIAN HAGOPIAN, G.: “El derecho humano a las decisiones motivadas”, *La Justicia*

- Uruguay*, n° 130, 2004, pp. D-97 y ss.
- PAULSSON, J.: *The Idea of Arbitration*, Oxford: Oxford University Press, 2013.
- PERALES VISCASILLAS, P.: “La Reforma LA”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, vol. IV, N° 3, 2011, pp. 667-704.
- PICAND ALBÓNICO, E.: *Arbitraje comercial internacional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- PLANIOL, M. y RIPERT, J.: *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. VII, Obligaciones, traducción de Mario Díaz Cruz, Habana, Cultural, 1927.
- REDFERN, A., HUNTER, M., BLACKABY, N. y PARTASIDES, C.: *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4ª ed., Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006.
- SANDERS, P.: “Commentary on UNCITRAL arbitration rules”, *Yearb. Comm. Arb.*, 1977, vol. II, p. 177-223.
- SANTISTEVAN DE NORIEGA, J.: “Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes?: el debido proceso en sede arbitral”, *Ius Et Veritas*, n° 37, 2008, p.38-58.
- SCHLAEPFER, A. y CREMADES, A.C.: “La motivación de los laudos en arbitraje comercial internacional y en arbitraje de inversión”, *Arbitraje internacional. Pasado, presente y futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains* (C. Soto Coaguila y D. Revoredo Marsano de Mur, coord.), t. II, Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2013, p. 1411-1435.
- STRONG, S.I.: “Reasoned Awards in International Commercial Arbitration: Embracing and Exceeding the Common Law-Civil Law Dichotomy”, *Michigan J. Intil L.*, vol. 37, n° 1, 2015, pp. 1-56.
- SUNSTEIN, C.R. y THALER, R.H.: “Libertarian paternalism is not an oxymoron”, *University of Chicago L. Rev.*, vol. LXX, n° 4, 2003, pp. 1159-1202.
- TARUFFO, M.: *La motivación de la sentencia civil*, traducción de L. Córdova Vianello, México Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
- WRÓBLEWSKI, J.: “Legal decision and its justification”, *Logique et Analyse*, vol. 14, n° 53-54, 1971, pp. 409-419.
- ZAGREBELSKY, G.: “Del Estado de Derecho al Estado Constitucional”, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, Madrid*, l Trotta, 2007.