

## LA ANULACIÓN DE LOS LAUDOS POR INSUFICIENCIA DE MOTIVACIÓN (ARBITRARIEDAD)

Angel Tejada / Javier Juliani \*

La aplicación a los laudos del canon de la arbitrariedad aplicable a la motivación de las resoluciones judiciales ex art. 24 CE no es correcta. Salvo acuerdo de las partes en contrario, la motivación del laudo carece de entidad anulatoria.

1.- Es de sobra conocida la preocupación existente en círculos arbitrales españoles (y también extranjeros) sobre ciertas decisiones del TSJ de Madrid<sup>1</sup>, dictadas en sede de anulación del laudo (art. 40 LA<sup>2</sup>), por cuanto no se compadecen con el decidido designio del legislador español de acomodar la legislación de arbitraje a los mejores estándares internacionales para fomentar el arbitraje en descarga de la jurisdicción y para hacer de España una sede arbitral competitiva. El problema ya ha sido expuesto por otros con claridad meridiana: *"La sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero de 2015 inició una línea de decisión —luego seguida por las sentencias de 6 de abril, 14 de abril, 23 de octubre y 17 de noviembre de 2015— que ha suscitado un intenso debate en la comunidad arbitral. La razón para tan encendida discusión reside en la concepción del «orden público» que estas resoluciones han adoptado en sede de anulación de laudos arbitrales. El resultado de esta línea doctrinal ha sido el sometimiento de la decisión de los árbitros a una revisión judicial del mayor o menor acierto de la motivación del laudo y, con ello, a nuestro juicio, un desbordamiento del alcance de la acción de anulación, que parece, no obstante, ceñirse a un muy concreto tipo de asuntos: la litigiosidad vinculada a las permutas de tipos de interés [...]. La Sala considera que estos laudos infringen el orden público en una doble vertiente: por un lado, por vulneración del orden público económico y, por otro, al considerar que la motivación del laudo sería arbitraria"*.<sup>3</sup>

Mucho se ha escrito y argumentado en relación con el criterio del TSJ de Madrid para apreciar aquella *"vulneración del orden público económico"*; los argumentos se han construido fundamentalmente sobre el denominado "juicio externo" -que indebidamente se dice excedido por el tribunal- y sobre la diferencia entre norma imperativa y norma de orden público -que indebidamente se dice inaplicada por el tribunal-. No vamos a entrar nosotros en ese debate.

Nada o casi nada ha sido dicho en cambio sobre el por qué es criticable el criterio de control de la motivación del laudo del que el TSJ de Madrid hace seguir la nulidad del laudo por arbitrariedad (insuficiencia) de motivación. Y esta cuestión importa cada vez más, porque la anulación de laudos por aplicación de este criterio (de motivación) no se limita y circunscribe ya a los laudos relativos *"a las permutas de tipos de interés"* -supuestos en que intervienen normas sustantivas imperativas, tuitivas de intereses dignos de protección especial- sino que el TSJ ha resuelto aplicarlo también a cualquier arbitraje comercial o estrictamente privado, con lo que la cuestión ha pasado de tener una relevancia específica (la de los casos de swap de intereses) a tenerla general, afectante a todo arbitraje cuyo control haya de pasar por el TSJ de Madrid.

---

\* Abogados del Despacho B. Cremades y Asociados de Madrid, Febrero 2018. Las opiniones expresadas en este artículo pertenecen exclusivamente a sus autores, no reflejando el criterio del despacho ni pretenden en ningún caso servir como asesoría jurídica concreta a clientes.

<sup>1</sup> Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal.

<sup>2</sup> Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

<sup>3</sup> Vélez y Gómez-Iglesias, Actualidad Jurídica Uría Menéndez/43-2016 /85-89.

Además, la autoridad y prestigio del TSJ de Madrid ha dado lugar a que su criterio haya sido adoptado por otros tribunales.<sup>4</sup>

Las líneas que siguen intentan explicar por qué resulta equivocado ese criterio de control de la motivación del laudo.

## **La aplicación del test de control de motivación de las resoluciones judiciales a los laudos**

2.- La anulación de los laudos por insuficiencia de motivación se produce porque el TSJ aplica al control de la motivación del laudo el test de control que es aplicable a la motivación de las resoluciones judiciales, el conocido como "canon de la arbitrariedad" definido por el Tribunal Constitucional en la que suele calificarse de "emblemática" sentencia del Tribunal Constitucional (STC 147/1999), posteriormente confirmada por otras.

El control de la motivación de las resoluciones judiciales mediante aplicación de ese canon de la arbitrariedad se justifica por cuanto el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales se considera un derecho fundamental que, como otros (el derecho de contradicción, el de igualdad de partes, etc.), forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, que constituye orden público. Y así, siendo que la motivación de las resoluciones judiciales es cuestión de orden público, resultan contrarias al orden público las resoluciones judiciales que no superen el canon de control de la motivación (el canon de la arbitrariedad).

Es así que el TSJ no duda en atribuirse competencia para "*fiscalizar, desde la perspectiva del control del orden público, la motivación, en general, y la valoración probatoria, en particular, contenidas en el Laudo que pudieran lesionar el art. 24.1 CE... deberes de motivación cuya infracción constituiría por sí sola una vulneración del art. 24.1 CE, tal y como, aparecen identificados, con especial claridad, por todos, en el Fundamento Jurídico 3 de la emblemática STC 147/1999*"<sup>5</sup>, en la que, como se ha dicho, se sienta el test de control de la motivación de las resoluciones judiciales, "*el llamado 'canon de la arbitrariedad', esto es, de la razonabilidad, acomodación a las reglas de la lógica y no comisión de un error patente*"<sup>6</sup>. Y, del mismo modo que las resoluciones judiciales que no superan ese canon de control, se entiende que los laudos que no superen dicho canon resultan también contrarios al orden público y deben ser -como son- anulados ex artículo 41.1 f) LA.

En las líneas que siguen argumentamos que la aplicación al control de la motivación del laudo del test de control de la motivación de las resoluciones judiciales (el canon de motivación) no es correcto, no se compadece tampoco con el criterio de otras jurisdicciones, es contrario al desarrollo del arbitraje en España, y se asienta en dos conceptos fundamentales que son equivocados: uno, que la motivación del laudo -como la de las resoluciones judiciales- es cuestión de orden público, siendo que sostenemos que no lo es de ninguna manera; y dos, que el arbitraje -como el proceso judicial- tiene asiento en el artículo 24 CE, es decir, en el derecho de tutela judicial efectiva, siendo que sostenemos que el arbitraje tiene asiento, en cambio, en el artículo 10 CE, es decir, en la autonomía de la voluntad.

---

<sup>4</sup> A título de mero ejemplo, *vid.* STSJ Asturias 3/2017, de 25 de abril (EDJ 2017/92679), citando la STSJ Madrid de 6 de abril de 2015 (EDJ 2015/75957).

<sup>5</sup> STSJ Madrid 17/2017, de 7 de marzo, FJ3; EDJ 2017/51350.

<sup>6</sup> STSJ Madrid 61/2017, de 31 de octubre, FJ3; EDJ 2017/277006.

## **La motivación del laudo no es cuestión de orden público fuera de España**

3.- La motivación del laudo no es cuestión de orden público: la posibilidad del laudo no motivado, es decir, de laudo sin ningún tipo de razonamiento ("*without reasons*"), es admitida sin particular polémica. Por ejemplo, la Ley Modelo de arbitraje UNCITRAL/CNUDMI admite el laudo no motivado (art. 31.2); la Guía de la Ley Modelo, en el comentario al artículo 31.2, dice que cuando estaban trabajando en la redacción del artículo, tanto el Grupo de Trabajo como el Secretariado enfatizaron, en sus comentarios al último borrador de la Ley, que la renuncia de las partes a la motivación del laudo no tenía que ser ni siquiera expresa, sino que podía inferirse, por ejemplo, del hecho de que en el arbitraje convenido se dictaran normalmente laudos sin motivación.

La posibilidad de laudo no motivado es igualmente admitida en muchas de las legislaciones nacionales, de todos los continentes, que han adoptado o que se han inspirado en la Ley Modelo de arbitraje UNCITRAL/CNUDMI, como, por ejemplo, la del Reino Unido (Ley de Arbitraje de 1996, s. 52.4), la de Alemania (Ley de Arbitraje de 1998, art. 1054.2), la de Noruega (Ley de Arbitraje de 2004, art. 36), la de British Columbia (Ley de Arbitraje de 1996, s. 33), la de Alberta (Ley de Arbitraje de 2000, s. 38.1), la de Nueva Zelanda (Ley de Arbitraje de 1996, art. 31.2), la de Japón (Ley de Arbitraje de 2003, art. 39.2), la de Hong Kong (Ordenanza de Arbitraje de 2011, s. 67) o la de Singapur (Ley de Arbitraje de 2012, art. 38.2). También las legislaciones nacionales de Portugal (Ley de Arbitraje 63/2011, art. 42.3), de Holanda (Ley de Arbitraje, Código de Procedimiento Civil, Libro IV, de 1986 modificado en 2015, artículo 1057.5), y de Luxemburgo (art. 1244.8 del Código de Procedimiento Civil de 1998), entre otras, que no responden al modelo UNCITRAL/CNUDMI, admiten el laudo no motivado. En otras aún, como en la de Suecia, el hecho de que la ley no haga referencia a la motivación del laudo se interpreta en favor del laudo no motivado, salvo acuerdo en contrario<sup>7</sup>.

Incontables reglamentos de arbitraje, como por ejemplo, el reglamento de arbitraje UNCITRAL/CNUDMI (art. 34.3), el reglamento de arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI (art. 64.c), el de la London Court of International Arbitration (art. 26.2), el del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (art. 42.1), el reglamento de arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje (R-46b), el de su Centro Internacional de Resolución de Disputas CIRDI (art. 30.1) y el reglamento de arbitraje de la Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial CIETAC (art. 49.3), por no hacer esta relación más larga, admiten expresamente la posibilidad de laudos no motivados. Que la motivación del laudo no es orden público resulta también del reconocimiento de modalidades de arbitraje, de amplia aplicación en otras jurisdicciones (incluso en ámbitos de derecho público, fiscal, administrativo), que no requieren motivación -"*final offer arbitration*", en sus varias manifestaciones- y a veces ni dictado de laudo por escrito; o los "*package issue arbitration*", que por su propia naturaleza excluyen motivación "*issue by issue*".

## **La motivación del laudo tampoco es cuestión de orden público en España**

4.- España no es diferente. El derecho español admite también los laudos sin motivación: así, por ejemplo, el artículo 8 del Convenio de Ginebra<sup>8</sup>, ratificado por España<sup>9</sup> y por tanto parte de

---

<sup>7</sup> Vid. por ejemplo, Heuman y Jarvin, *The Swedish Arbitration Act of 1999 Five Years on: A Critical Review*, p. 508.

<sup>8</sup> Convenio Europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961.

<sup>9</sup> Mediante instrumento de 5 de marzo de 1975, BOE núm. 238, de 4 de octubre de 1975.

nuestro ordenamiento jurídico, establece que el laudo no será motivado si las partes así lo acuerdan (incluso será no motivado si esa es la práctica en el tráfico de que se trata -en el mismo sentido que el art. 31.2. de la Ley Modelo). Por lo tanto, un laudo sin motivación no solo no repugna al sistema jurídico español (como contrario al orden público) sino que es conforme, en cuanto admitido como posible, por el ordenamiento jurídico español.

El artículo 37.4 LA solo puede entenderse a partir de esa constatación: el artículo 37.4 LA no establece un imperativo (laudo motivado) de orden público porque la motivación del laudo no es cuestión de orden público, siquiera en la medida en que el Convenio de Ginebra, que es también derecho español, admite el laudo no motivado.

Pero no solo se trata del Convenio de Ginebra: muchos de los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI's) suscritos por España, derecho español, por tanto, establecen la posibilidad de arbitraje *ad hoc* según reglamento UNCITRAL/CNUDMI<sup>10</sup>, reglamento que, como hemos dicho, admite el laudo no motivado.

Por eso, cuando el artículo 37.4 LA dice que "*el laudo será siempre motivado*" no es correcto leer que la motivación del laudo es cuestión de orden público. Lo que dice el artículo 37.4 LA es que en los arbitrajes sujetos a la LA (arbitrajes con sede en España ex art. 1 LA) no cabe la posibilidad de laudo no motivado, separándose en este punto de la Ley Modelo en que la LA se inspira<sup>11</sup>, lo que, por lo demás, no es nada del otro mundo: en el mismo sentido se pronuncia el reglamento de arbitraje de la CCI (art. 32.2) y el reglamento de arbitraje ICSID/CIADI (regla 47). El artículo 37.4 LA no dice tampoco cómo ha de ser motivado el laudo para que ese laudo cumpla con la exigencia de motivación que establece, ni cuál ha de ser el test de control judicial de la motivación del laudo. En realidad, el artículo 37.4 LA se limita a expresar un criterio novedoso frente al sistema anterior (Ley de Arbitraje de 1988), en el que el laudo era, por defecto, no motivado (arts. 32.2 y 4.2). El artículo 37.4 LA viene a expresar el criterio opuesto y la Exposición de Motivos de la LA no atribuye importancia especial a ese cambio de criterio, que ni siquiera menciona (lo que no se compadece con un cambio normativo supuestamente relativo a una cuestión de orden público).

Nótese además que la exigencia de laudo motivado ex artículo 37.4 LA no es aplicable siquiera a todos los arbitrajes con sede en España ya que a la LA escapan aquellos arbitrajes que, aun teniendo sede en España, estén sujetos no obstante al Convenio de Ginebra (que admite el laudo no motivado), supuesto que no es nada excepcional y tanto menos cuanto que se ha admitido la aplicación del Convenio de Ginebra aun cuando una de las partes no tenga su domicilio o residencia habitual en un Estado contratante<sup>12</sup>, lo que supone una enorme ampliación del ámbito de aplicación del Convenio de Ginebra en perjuicio de la aplicación del artículo 37.4 LA; y más aún todavía, en la medida en que se otorgue al Convenio de Ginebra un carácter y

---

<sup>10</sup> Valga citar, por ejemplo, el APPRI España-China de 2005 (BOE núm 164, de 8 de julio de 2008) (art. 9.2c), el APPRI España-México de 2006 (BOE núm 81, de 3 de abril de 2008) (art. XI.1c) o el APPRI España-Bahrein de 2008 (BOE núm 80, de 3 de abril de 2015) (art. 11.2).

<sup>11</sup> *Vid.* Exposición de Motivos de la LA I, II y VIII.

<sup>12</sup> Se trata del criterio subjetivo de delimitación del ámbito de aplicación del Convenio ex art. I; criterio expresado por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en Autos de 8-10-1981 (RCEA 1984 pp. 158-160), 14-01-1983 (RCEA 1984 pp. 182-184), 17-06-1983 (RCEA 1984 pp. 187-190), 22-12-1983 (RCEA 1984 pp. 195-196), 13-07-1982 (RCEA 1985 pp. 183-184), y criterio que es también de otras jurisdicciones (*vid.* por ejemplo, *Corte di Appello* de Florencia 22-10-1976 YCA 1978 pp. 279-281; *Corte di Cassazione* 18-05-1978 YCA 1980 pp. 267-268; *Corte di Cassazione* 16-10-1985 YCA pp. 504-509).

aplicación *erga omnes* en aplicación de la doctrina de la "cláusula de nación más favorecida", como han hecho algunos tribunales.<sup>13</sup>

La inaplicación del artículo 37.4 LA (y por tanto la posibilidad de un laudo no motivado perfectamente conforme al ordenamiento jurídico español) no resulta, por tanto, nada extraordinaria.

5.- Tanto más manifiesto resulta aún que la motivación del laudo no es cuestión de orden público en el arbitraje de equidad. Cuando las partes sujetan la solución de su controversia al leal saber y entender del árbitro (a modo de "ley aplicable al fondo"), de ninguna manera puede entenderse que han querido, en cambio, sujetar el razonamiento -y la expresión del razonamiento- del árbitro a las determinaciones exigibles a las resoluciones judiciales, que pasan por aplicación de criterios jurídicos (por ejemplo, sobre valoración de la prueba) de los que precisamente el árbitro ha sido autorizado a prescindir.

El laudo de equidad expresa el leal saber y entender del árbitro razonado -si ha de serlo el laudo- desde ese mismo leal saber y entender. La motivación del laudo de equidad pasa por el mismo leal saber y entender que el juicio de fondo, es decir, por criterios no jurídicos, porque si malamente puede juzgarse desde el derecho un criterio (de fondo) que no es jurídico, menos aún puede juzgarse desde los criterios jurídicos aplicables a la motivación de las resoluciones judiciales la suficiencia o insuficiencia del razonamiento, también no jurídico, que hace el árbitro para explicar aquel criterio.

### **La no aplicación del test de control de motivación de las resoluciones judiciales a los laudos en la "common law"**

6.- De derecho o de equidad, que la motivación del laudo no es un imperativo de orden público resulta adverbado también, desde otra rápida panorámica comparada, por el hecho de que no se conoce fuera de España -salvo mejor noticia- ningún caso de anulación de un laudo en vista de que su motivación no cumplía con las exigencias de la motivación de las resoluciones judiciales.

La motivación del laudo ha sido objeto de consideración por tribunales judiciales de muy diferentes jurisdicciones. En Inglaterra, por ejemplo, la High Court ha establecido que para entender motivado un laudo "*lo único que se requiere es que los árbitros indiquen qué pasó a la luz de su interpretación de las pruebas presentadas, y expliquen sucintamente su decisión y la manera en que han llegado a ella*", sea esa decisión y esa manera de llegar a ella correcta, criticable o aún equivocada<sup>14</sup>. Esto es lo que la High Court considera un "laudo motivado". En Australia se sigue ese mismo criterio: un tribunal de apelación tuvo oportunidad de establecer que "*no se requiere que el árbitro deba decidir sobre todos los argumentos presentados por las partes. Tampoco que el árbitro deba indicar las pruebas en las que se ha basado para tomar su decisión sobre los hechos, o motivar su preferencia de una prueba sobre otra. ...*"<sup>15</sup>. El test para determinar si ha habido una falta de motivación no pasa por analizar si la motivación es convincente o suficiente, sino en comprobar, simplemente, que el laudo contiene razones. No se exige de ninguna manera que en el laudo analice el árbitro las pruebas y argumentos de las partes; es suficiente -siempre siguiendo el criterio de la High Court de Inglaterra- que consten en el laudo las razones de la decisión, sin que sea necesario que esas razones sean consideradas

<sup>13</sup> Vid. OLG Dresden 31-01-2007 YCA 2008 pp. 510-516; ShiedsVZ 2007, pp. 327-330; IHR 2008 pp. 69-71.

<sup>14</sup> *Bremer Handelsgesellschaft v. Westzucker* [1981] 2 Lloyd's Rep. 130, 132-33 (English Ct. App).

<sup>15</sup> *Gordian Runoff Ltd v. Westport Ins. Corp.* [2010] NSWCA 57 (NSW Ct. App).

correctas por el juez de control, que no tiene competencia para decidir si el árbitro ha cometido un error. Esa misma High Court ha hecho notar que la diferencia fundamental entre arbitraje y proceso judicial debe tenerse siempre presente; porque mientras que una sentencia es un acto de autoridad del Estado al ser los tribunales una institución perteneciente al mismo, los laudos son el resultado de un proceso privado y voluntario entre las partes en el que la intención es "reducir las tecnicidades" que algunas personas consideran una "desventaja" de los procesos judiciales, optando por renunciar a ellas y resolver sus diferencias al margen de lo judicial. De modo que un laudo no está de ninguna manera sujeto al escrutinio que recibiría una sentencia (en esa línea se ha establecido incluso que las motivaciones contradictorias de un laudo no suponen falta de motivación determinante de la anulación<sup>16</sup>). Pareciera que se descarta la anulación del laudo por causa de motivación en cuanto ello significa penalizar a las partes por algo que, a lo más, sería imputable al árbitro, remitiendo por tanto la cuestión a la eventual responsabilidad arbitral.

Los Tribunales norteamericanos consideran, en sentido análogo, que no tienen permitido revisar la controversia sometida a arbitraje, porque cuando las partes acuerdan someter sus disputas a arbitraje renuncian al sistema judicial y la decisión de un árbitro debe mantenerse, salvo que sea completamente ilógica; y cualquier duda razonable debe ser resuelta en favor de la ejecución del laudo<sup>17</sup>. Así por ejemplo, en el asunto *Thompson v. Tega-Rand Int'l*,<sup>18</sup> se estableció que un tribunal no puede entrar a analizar el fondo de la controversia para anular el laudo; en *Ver Wackenhut Corp. v. Amalgamated Local*,<sup>19</sup> se estableció que el tribunal de anulación debe confirmar un laudo que entiende incorrecto mientras que el fallo permanezca dentro del acuerdo de las partes; en *Alexander v. Blue Cross of Cal.*,<sup>20</sup> se estableció que los árbitros no se exceden en sus facultades por dictar un fallo que sea erróneo en cuanto a los hechos o en cuanto a la aplicación del derecho mientras que la cuestión decidida esté en el ámbito de la disputa sometida a arbitraje. Y específicamente en *Leeward Constr. Co., Ltd. v. Am. Univ. of Antigua-Coll. of Med.*, la Corte de Apelación del Segundo Circuito estableció que un laudo se entiende motivado cuando contiene algo más que un fallo sin explicar, sin que sea necesario sin embargo un discurso del árbitro sobre los hechos y las pruebas del caso o los argumentos planteados por las partes. Porque según el Tribunal Supremo americano "mientras que un árbitro actúe dentro del límite de sus facultades, el hecho de que un tribunal [judicial] esté convencido de que [el árbitro] ha cometido un error grave no es suficiente para anular la decisión de dicho árbitro".<sup>21</sup>

## **La no aplicación del test de control de motivación de las resoluciones judiciales a los laudos en la "civil law"**

7.- La cuestión ha sido entendida y resuelta de igual manera por tribunales de sistemas de "civil law". El criterio general en los tribunales franceses es que no corresponde a los tribunales judiciales examinar de ninguna manera la idoneidad o suficiencia de la motivación. La Cour d'Appel de París (cuyo influente criterio no es necesario argumentar) tiene establecido que no existe nada que obligue al árbitro a detallar en el laudo las pruebas practicadas o a explicar la

---

<sup>16</sup> Vid. por ejemplo, en el Cairo Court of Appeal, Case no. 66/120J (26 May 2004), 8 Journal of Arab Arbitration (August 2005) p. 167-168.

<sup>17</sup> J.E. Grenig, *After the arbitration award: not always final and binding*, 25 Marq. Sports L. Rev. 65 (2014).

<sup>18</sup> 740 F.2d 762,763 (9th Cir. 1984).

<sup>19</sup> 515, 126 F.3d 29, 32 (2d Cir. 1997).

<sup>20</sup> 88 Cal. App. 4th 1082, 1089 (2001).

<sup>21</sup> *E. Associated Coal Corp. v. United Mine Workers of Am.*, Dist. 17, 531 U.S. 57, 62, 2000.

manera en la que ha valorado las pruebas para llegar a su decisión<sup>22</sup>. La misma Cour d'Appel de París en otra oportunidad estableció que el juez no tiene que considerar si las razones en las que se apoya el tribunal arbitral para tomar su decisión son correctas o convincentes<sup>23</sup>. El Tribunal Supremo francés tiene establecido también que el contenido de la motivación del laudo escapa al control del juez; la pretensión de anulación del laudo fundada en que la motivación incurre en argumentos contradictorios constituye una crítica de fondo del laudo que no es competencia del juez de control<sup>24</sup>. De otra parte, el Tribunal Supremo de Grecia ha establecido que la insuficiente motivación de un laudo no constituye un fundamento para su anulación<sup>25</sup>. Y, por ejemplo en Chile, la Corte de Apelación de Santiago hubo de decidir si el laudo contravenía el orden público por motivación insuficiente, estableciendo el tribunal que considerar de orden público el requisito de motivación establecido en la ley nacional [para las resoluciones judiciales] sería contrario al principio de la autonomía de la voluntad y al de la mínima intervención judicial en el arbitraje.<sup>26</sup>

### **Control de la motivación de los laudos en sede de reconocimiento (exequatur)**

8.- Convendrá aún todavía otra breve panorámica del control de la motivación en sede de reconocimiento del laudo extranjero (exequatur), siquiera en cuanto el control en sede de anulación debe discurrir por los mismos cauces y criterios que los del control en sede de exequatur<sup>27</sup>, so pena de hacer de peor o mejor condición el laudo interno o el laudo extranjero.

Nótese en este sentido que los motivos de denegación del reconocimiento (exequatur) del Convenio de Nueva York (art. V) coinciden con los motivos de anulación del laudo de la Ley Modelo (art. 34); precisamente la Nota que acompaña a la Ley Modelo explica que los motivos de anulación de los laudos que establece la Ley Modelo se basan en los del artículo V del Convenio de Nueva York. Y precisamente también, los motivos de anulación de la LA española (art. 41) se corresponden con los de la Ley Modelo. El Convenio de Ginebra (art. 9) discurre también por cauces análogos.

Algunos tribunales se han pronunciado en sede de exequatur sobre si un laudo viola el orden público en razón de su motivación. Así, el Tribunal Federal de Australia concedió el exequatur luego de establecer que no le correspondía examinar la corrección de la motivación del laudo. El tribunal se basó en jurisprudencia internacional para decidir que una motivación errónea no supone una violación del concepto de orden público tal y como se recoge en el Convenio de Nueva York<sup>28</sup>. Los tribunales suizos tienen adoptado el criterio de que el juez del exequatur, aunque no dicte sentencia sobre el fondo, no puede escrutar el laudo como si fuera un tribunal de apelación. Los tribunales italianos entienden que sólo se puede dar una violación del orden público en la parte dispositiva -en el fallo- del laudo<sup>29</sup>; que mientras el laudo se acomode a los muy limitados principios fundamentales que se consideran de orden público italiano, los tribunales italianos deberán rechazar las objeciones basadas en supuestas violaciones de orden

---

<sup>22</sup> Sentencia del 16 de diciembre de 2004, Rev. arb. 2005, p.217.

<sup>23</sup> Sentencia de 12 de diciembre de 1978, Rev. arb. 1979, p. 375.

<sup>24</sup> Sentencias de 28 de febrero de 1995, Rev. arb. 1995, p. 597, y de 14 de junio de 2000, Rev. arb 2001, p.729.

<sup>25</sup> Sentencias 11/2009 y 1665/2009.

<sup>26</sup> <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=9c8bbfc2-129d-4c36-b3c9-798cb599ded6>

<sup>27</sup> Vid. por ejemplo, GÓMEZ JENE, M., "El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003", Madrid 2007, numerales 226 y ss.

<sup>28</sup> Caso *Uganda Telecom Limited v Hi-Tech Telecom Pty Ltd* [2011] FCA 131.

<sup>29</sup> Tribunal de Apelación de Milán, 4 de diciembre de 1992, No. 2091 *Allsop Automatic Inc. v. Tecnoski s.n.c.*

público<sup>30</sup>; y que habrían de rechazarse las objeciones incluso cuando la parte interesada proporcionase clara evidencia de que el laudo estaba insuficientemente motivado o que los árbitros han realizado una aplicación de la ley absolutamente errónea por cualquier razón<sup>31</sup>.

Tal y como han establecido expresamente muchas jurisdicciones, el orden público concierne únicamente a las nociones más básicas de moralidad y justicia de cada país, y el hecho de que un tribunal no esté de acuerdo con la motivación de un laudo o la considere inadecuada o equivocada no puede entenderse que contravenga las nociones básicas de moralidad y de justicia de la nación. El hecho de que un tribunal habría decidido el pleito de manera diferente, proporcionando razones más fundadas para decidir la disputa de una concreta manera más correcta, no es un factor que esté relacionado con el orden público. Por su parte, el Tribunal Supremo de Austria tiene establecido que la motivación no puede ser ilógica o contradictoria con la decisión y que tampoco puede estar limitada a frases insignificantes, pero que no es posible analizar el fondo de la controversia o la idoneidad del razonamiento.<sup>32</sup>

Por lo demás, no se conoce supuesto -salvo mejor noticia- de que se haya denegado el reconocimiento (exequatur) de un laudo en razón de insuficiencia o irregularidad en su motivación, en aplicación del test de motivación para las resoluciones judiciales.

### **Recapitulación de la jurisprudencia comparada: la insuficiencia o incorrección de la motivación del laudo no puede considerarse violación del orden público**

9.- Viene a resultar así que la jurisprudencia comparada, tanto en sede de anulación del laudo como de exequatur, coincide en que la insuficiencia o incorrección de la motivación del laudo no puede considerarse violación del orden público y que el estándar de control de la motivación no pasa por el hecho de que la motivación sea suficiente, adecuada o esté en línea con los estándares exigibles a la motivación de las resoluciones de los tribunales judiciales; bien al contrario, el control de la motivación -cuando el laudo deba ser motivado- se circunscribe a comprobar que el laudo contiene materialmente una motivación, o poco más (motivación "insignificante" o contradictoria con el fallo). Un canon *quasi* universal de motivación de los laudos que también la doctrina expresa de modo generalmente uniforme: por todos, un bien conocido tratadista lo expresa diciendo que: "*es esencial que el requisito de motivar no se convierta en un vehículo para llevar a cabo una revisión del laudo. La motivación puede ser corta y concisa, puede estar mal redactada, ser poco persuasiva o inconsiderada; pero seguirá siendo una motivación. Mientras que el laudo evidencie que los árbitros han aplicado su interpretación del derecho a los hechos que ellos mismos han tomado por válidos, el requisito de motivación se da por satisfecho*"<sup>33</sup>. En el mismo sentido, la doctrina sobre la Ley Modelo suele señalar que el artículo 31.2 se redactó para dejar claro que los laudos deben estar motivados salvo pacto en contrario, no en el sentido de que un laudo deba contener suficientes razones que expliquen adecuadamente la decisión del árbitro o que justifiquen que esa decisión no es equivocada, incorrecta o infundada a juicio de un tribunal judicial. El error es inseparable del juicio. El arbitraje no garantiza el acierto de la decisión arbitral (tampoco existe un derecho al acierto de las resoluciones judiciales) y no hay razón para que la autoridad de control procure asegurarlo.

---

<sup>30</sup> Tribunal de Apelación de Milán, 3 de mayo de 1977 *Renault Jacquinet v. Sicea*.

<sup>31</sup> Tribunal Supremo de Italia, 3 de abril de 1987, No. 3221 *Abati Legnami S.p.A. v. Fritz Haupl*.

<sup>32</sup> <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/12/24/austrian-supreme-court-establishes-new-standards-as-regards-the-decisive-underlying-reasoning-of-arbitral-awards/>

<sup>33</sup> Born, Gary B., *International commercial arbitration*, Kluwer 2014, p. 3.043.

## **El caso de España: "Spain is different"**

10.- De lo expuesto hasta aquí viene a resultar que todavía hoy "Spain is different": la sustancial diferencia entre el criterio del TSJ de Madrid de control de la motivación del laudo (mediante aplicación del test de orden público aplicable a la motivación de las resoluciones judiciales) y el general y uniforme criterio de sus homólogos de otras jurisdicciones (que no pasa de ningún modo por ese test de orden público), no solo incide negativamente sobre las finalidades perseguidas por el legislador en materia de arbitraje -equiparación y competitividad del ordenamiento español con otras legislaciones-, es decir en objetivos de política legislativa y económica de interés nacional, sino que obliga a preferir y elegir un foro extranjero para el arbitraje (incluso en los casos en que el laudo deba terminar ejecutándose en España, toda vez que el test de orden público aplicable a la motivación en sede de anulación no es aplicado por los tribunales españoles en sede de exequatur: por ejemplo, el TSJ de Cataluña<sup>34</sup>: "*lo que no resulta procedente es que dentro del concepto de orden público se pueda hacer valer como motivo de oposición cualquier infracción que se haya producido al motivar su condena y si se ha incurrido en una aplicación incorrecta de [...] la valoración de las pruebas*"; salir por una puerta para terminar entrando por otra) para evitar el control de la motivación del laudo por aplicación del test aplicable a las resoluciones judiciales que en el panorama comparado solo se aplica en España; "riesgo España" que, cuestionado en el ámbito doméstico, resulta sin embargo inaceptable -incomprensible- en ámbitos internacionales; lo que se traduce en la huida del arbitraje internacional de la temible "sede Madrid".

## **La razón de la aplicación del test de control de motivación de las resoluciones judiciales a los laudos: "el equivalente jurisdiccional"**

11.- Resulta obligado por tanto preguntarse por qué es de aplicar, o en qué razón se asienta, ese criterio de sujetar el control de la motivación del laudo al canon de motivación de las resoluciones judiciales, porque lo cierto es que esa aplicación se da por hecha, siempre sin explicación ninguna: por ejemplo, el TSJ de Madrid: "*... lo que antecede no excluye que el Tribunal que conoce de la acción de anulación pueda revisar la valoración de la prueba efectuada por el árbitro en los supuestos, que no son pocos, en que una determinada valoración de la prueba lesiona el art. 24.1 CE. También puede el Tribunal de anulación fiscalizar, desde la perspectiva del control del orden público, la motivación, en general, y la valoración probatoria, en particular, contenidas en el Laudo que pudieran lesionar el art. 24.1 CE*"<sup>35</sup>; en el mismo modo, afirmando -sin explicar la razón- la aplicación a los laudos del test de control ex artículo 24 CE de la motivación de las resoluciones judiciales, las sentencias del TSJ de Madrid 17-2017, de 7 de marzo; 61/2017, de 31 de octubre; y 1/2018, de 8 de enero, por solo citar las más recientes. Otro ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona: "*La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, expuesta entre otras sentencias en la STC 89/2008, de 21 de julio, liga el deber de motivación de las resoluciones judiciales del art. 120 CE al derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 CE, en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, favorable o adversa, que es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Por esta razón, en principio, la falta de motivación, tanto de la sentencia como del laudo arbitral, podría justificar la vulneración del art. 24 CE, y constituir por ello un quebrantamiento del orden público*"<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> ATSJ Cataluña de 15 de diciembre de 2016; EDJ 2016/254315.

<sup>35</sup> STSJ Madrid 62/2016, de 11 de octubre; EDJ 2016/207729.

<sup>36</sup> SAP Barcelona 314/2010, de 13 de octubre 2010; EDJ 2010/329279.

Tampoco el Tribunal Supremo da explicación alguna: "... Pues bien, a este respecto se viene considerando que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales -por tanto, también de los laudos arbitrales ..."<sup>37</sup>. Ese "por tanto" apodíctico, que debería muy en cambio ser explicado, parece asentarse en la desafortunada concepción del arbitraje como "equivalente jurisdiccional"<sup>38</sup>. Esa "equivalencia jurisdiccional", acuñada en su día por el Tribunal Constitucional (desde su sentencia 43/1988) sobre el hecho de que el laudo, como la sentencia, produce el efecto de la cosa juzgada, ha llevado a ver en el arbitraje un proceso judicial, en el árbitro un juez y en el laudo una sentencia; de modo que se considera que el arbitraje es un proceso sui generis, pero proceso a fin de cuentas (por equivalencia), el árbitro un juez privado, pero juez a fin de cuentas (por equivalencia) y el laudo, aun sin ser emanación de un poder del Estado, sentencia a fin de cuentas (por equivalente), una "sentencia arbitral". La consecuencia inmediata ha sido trasplantar al laudo (por equivalencia, es decir, "por tanto") las exigencias de motivación las resoluciones judiciales. Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Tarragona<sup>39</sup> dice que "*la motivación del laudo en el arbitraje de derecho es exigencia legal y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, y por tanto, es parte integrante del concepto de orden público [...] dado que el laudo arbitral produce los efectos de la cosa juzgada, compartiendo así con los procedimientos judiciales gran parte de los principios que integran el derecho a la tutela, como puede ser la necesaria motivación*". Del mismo modo, la TSJ de Galicia<sup>40</sup> dice que "*la motivación [...] en la medida en que el laudo lleva aparejada, igual que una sentencia firme, acción ejecutiva, es un pilar básico del Estado de Derecho y por lo tanto, cuestión de orden público constitucional regulada en normas imperativas de ineludible cumplimiento para todo árbitro [...] Así, entendemos, se produce una equiparación sustantiva entre el contenido de la motivación de un laudo de derecho y el de una sentencia y se pueden aplicar por analogía las normas positivas y la jurisprudencia elaborada sobre los requisitos internos y la finalidad de la motivación de las sentencias*". Y el TSJ de Asturias<sup>41</sup>, también en igual línea, dice: "*El artículo 120.3 de la Constitución (1978) manda que "las sentencias serán siempre motivadas", con disposiciones expresas en las respectivas leyes de enjuiciamiento para los asuntos de los diversos órdenes jurisdiccionales, los civiles, penales y contencioso-administrativo. La Ley [de arbitraje], para el llamado "equivalente jurisdiccional", que es el arbitraje, incluye la motivación del laudo como una exigencia del Orden Público para evitar su anulación.*"

12.- En realidad sin embargo ninguna "equivalencia" hay entre el arbitraje y el proceso jurisdiccional, por más que ambos consistan en un ejercicio ordenado de contradicción de partes en igualdad de armas: ni el arbitraje es un proceso jurisdiccional, ni el árbitro forma parte del poder judicial, ni el laudo es expresión del actuar de un poder del Estado, ni el arbitraje se impone a las partes para resolver sus controversias, como se impone el proceso judicial en cuanto monopolio jurisdiccional. Ninguna equivalencia jurisdiccional porque la jurisdicción pertenece al derecho público y el arbitraje al derecho privado, la jurisdicción interesa al orden público, a la organización fundamental de la comunidad política, el arbitraje a la autonomía de la voluntad, al desenvolvimiento de su libre personalidad.

Si todavía se pudiera seguir hablando de equivalente jurisdiccional -lo cual no es ya de ningún modo pacífico, como se verá-, la única equivalencia entre el arbitraje y el proceso jurisdiccional

---

<sup>37</sup> STS Sala 1ª 551/2010 FD2; EDJ 2010/302998.

<sup>38</sup> Vid. por ejemplo, en la STSJ Madrid 62/2016, FJ4, antes citada.

<sup>39</sup> SAP Tarragona de 28 de enero de 2003; EDJ 2003/21376.

<sup>40</sup> STSJ Galicia 18/2012, de 2 de mayo; EDJ 2012/116791.

<sup>41</sup> STSJ Asturias 3/2017, de 25 de abril; EDJ 2017/92679.

se limita y reduce a los efectos del laudo y de la sentencia: la cosa juzgada; es decir, a algo que nace cuando ya no hay arbitraje, ya no hay árbitro y ya no hay partes arbitrando; la cosa juzgada no es arbitraje, sino efecto ex post. La cosa juzgada no es todavía arbitraje, es ya jurisdicción. Y por eso, ese efecto ex post, más que hacer del arbitraje un algo equivalente del proceso, es lo que constituye el presupuesto fundamental del arbitraje como institución, como alternativa efectiva, eficaz, al proceso judicial: el arbitraje solo es concebible y solo puede existir como alternativa al proceso jurisdiccional, precisamente porque produce la cosa juzgada. Nadie tomaría la opción de arbitrar si, tarde o temprano, hubieran de terminar en la jurisdicción como única posibilidad de solución efectiva. Si el arbitraje es algo distinto de la mediación es precisamente por su efecto ex post, que se da en éste pero no en aquélla. La cosa juzgada es lo que hace que el arbitraje sea arbitraje, lo que hace del arbitraje una verdadera alternativa al proceso judicial entregada a la libertad de las personas. No es que el arbitraje es proceso porque produce la cosa juzgada, sino que el arbitraje es arbitraje porque produce la cosa juzgada.

13.- No hay desde luego nada nuevo en esto: el asiento del arbitraje en la autonomía de la voluntad es constantemente invocado: Así por ejemplo el Tribunal Constitucional<sup>42</sup>: *"el arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1 CE)";* y también el TSJ de Madrid<sup>43</sup>: *"La legislación española sobre arbitraje revela cada vez una inspiración más acentuada del ordenamiento español por el principio de la autonomía de la voluntad, lo que se refleja en los instrumentos convencionales en materia de arbitraje comercial internacional que vinculan a España... Así, en primer lugar el Convenio de Ginebra de 1961 sobre arbitraje comercial internacional precisa en su artículo 7 que las "partes podrán según su libre criterio" concretar de común acuerdo cual sea la ley que los árbitros deberán aplicar al fondo de la controversia ante ellos planteada. Se admite, pues, el principio de autonomía de la voluntad. Por su parte, el Convenio de Washington de 1965 sobre arreglo de diferencias en materia de inversiones admite igualmente el juego de la autonomía de la voluntad, al afirmar en su artículo 2.1 que el tribunal procederá a resolver la "diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes".... Junto a estos textos, la Ley Modelo de la CNUDMI, de 1985, afirma en su artículo 28.1, no afectado por la reforma de 2006, la obligación que acompaña al tribunal arbitral de resolver el litigio de conformidad "con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio". La Ley Modelo, pues, admite plenamente el principio de autonomía de la voluntad como criterio esencial a la hora de concretar el derecho sustantivo aplicable al fondo del litigio... La Ley de Arbitraje toma a la Ley Modelo de la CNUDMI como "su principal criterio inspirador" y en línea con ello, el texto de 2003 recoge ahora expresamente el principio de autonomía de la voluntad ...en el ámbito del arbitraje internacional desarrollado en España. De esta forma, y frente a lo que señalaba la normativa de 1988, la Ley de Arbitraje de 2003 deja ahora claro, en su artículo 34.2, que los árbitros decidirán la controversia ante ellos suscitada de conformidad con "las normas jurídicas elegidas por las partes ". La lectura del artículo pone de manifiesto cómo el legislador admite el principio de autonomía de la voluntad de manera plena, sin adjetivarlo en forma alguna. Ello significa, entre otros extremos, que el litigio planteado se resolverá de acuerdo a lo dispuesto por las normas seleccionadas por las partes... La doctrina especializada pone de relieve que de la aceptación total del principio de autonomía, señala la Exposición de Motivos, no sólo se sigue "la orientación de los ordenamientos más avanzados", sino que, además, se obvia una exigencia de difusos contornos y difícil control. Cabría añadir que con este*

---

<sup>42</sup> SSTC 43/1988 (EDJ 1998/2922), 176/1996 (EDJ 1996/7029); y 9/2005 (EDJ 2005/3240).

<sup>43</sup> STSJ Madrid 23/2012, de 25 de junio; EDJ 2012/187737.

*reconocimiento se alcanza una respuesta razonable y segura, en la medida en que los árbitros procederán a aplicar el régimen jurídico seleccionado por las partes, ateniéndose de esta suerte a la voluntad de éstas y respetando plenamente sus expectativas".* La Exposición de Motivos de la LA también se refiere repetidamente (I, II, IV) a la autonomía de la voluntad y la voluntad de las partes está presente a todo lo largo de la LA (arts 5, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 34, 35, 36, 37, 38, 39 y 41).

Sin embargo, ese "extraordinario y prácticamente ilimitado señorío de la autonomía de la voluntad que impregna la mayor parte del articulado de la Ley [de Arbitraje], como dice la Audiencia Provincial de Madrid<sup>44</sup>, se ignora por completo a la hora de controlar la motivación del laudo, que no se hace pasar ya por las determinaciones que resulten de la autonomía de la voluntad, sino -por equivalencia- por las determinaciones que resultan del canon de control de la arbitrariedad de las resoluciones judiciales, descabalgando así al arbitraje de su asiento en la autonomía de la voluntad (art. 10 CE) para llevarlo a lomos del orden público de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), lo que las partes, en ejercicio de su autonomía de voluntad, han querido precisamente excluir al optar por el arbitraje como alternativa al proceso jurisdiccional. Se produce así (por equivalencia) un trasplante al arbitraje del canon de control de la motivación de las resoluciones judiciales, previo desahucio de la institución de su asiento en la autonomía de la voluntad (art. 10 CE) y realojo contra natura (porque no existe "identidad de razón" ex art. 4.1 C.c) en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

14.- El Auto del Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 5 de julio de 2005 (sobre inaplicación a los laudos del régimen jurídico aplicable a la notificación de la sentencias, EDJ 170867) nos permite conocer que la Fiscalía General del Estado ha tenido oportunidad de señalar la "preponderancia que reviste en los arbitrajes el principio de la autonomía de la voluntad" y "las profundas diferencias que existen entre Laudos y Sentencias", haciendo notar que "a diferencia de la amplitud de contenido que, por vía legislativa y jurisprudencial, se reconoce al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en cualquier relación jurídico-procesal, el art. 24 LA solo ordena la aplicabilidad de los principios de igualdad, audiencia y contradicción"; que "la sumisión de la controversia a la decisión de los árbitros impide la intervención judicial (arts. 7 y 11 LA), con excepción de determinadas funciones de apoyo y control (art. 8 LA)" porque así resulta de "la relevancia de la voluntad de las partes"; y que "otra diferencia destacable es la relativa a las infracciones de derechos fundamentales en los procedimientos arbitrales, no susceptibles de ser reparadas mediante el recurso de amparo (STC 9/2005)". La conclusión de la Fiscalía General es que "aunque exista semejanza entre el Laudo Arbitral y la Sentencia, no son idénticos, ni siquiera equiparables, por la relevancia que en el primer caso debe atribuirse a la voluntad de las partes", lo que "refuerza la licitud constitucional de la diferencia de tratamiento, pues se ampara en una distinción objetivamente justificada (STC 110/1993, FJ4)."

Más aún, la "equivalencia jurisdiccional" está hoy en día en cuestión en el seno del Tribunal Constitucional. El voto particular del magistrado Xiol a la sentencia 1/2018 del Tribunal Constitucional es elocuente: "1. El arbitraje es un medio alternativo de resolución de controversias, pero no un equivalente jurisdiccional. Estoy en desacuerdo con la naturaleza que la sentencia de la que disiento atribuye a la institución de arbitraje. Parece considerar que es simplemente un sucedáneo del ejercicio de la función jurisdiccional, "un equivalente jurisdiccional", como así lo denomina, cuando como medio alternativo de resolución de controversias constituye una institución con contenido propio. Es cierto que inicialmente la

---

<sup>44</sup> AAP Madrid, sec. 10<sup>a</sup>, A 15-1-2008, n<sup>o</sup> 36/2008, rec. 675/2007; EDJ 2008/15406.

doctrina constitucional explicó su naturaleza como "equivalente jurisdiccional" (SSTC 43/1998, 233/1988, 288/1993, 176/1996), pero posteriormente tan desafortunada expresión de ha ido matizando gracias a una jurisprudencia constitucional que ha ido evolucionando hacia una doctrina mixta, en la que, como elemento esencial, se subraya la naturaleza contractual del arbitraje en sus orígenes; y, como lógica consecuencia, se admite el carácter jurisdiccional de sus efectos. El fundamento del arbitraje radica, pues, en la voluntad de las partes, si bien para su efectividad requiere de la asistencia judicial, dado que no tendría sentido un mecanismo de resolución de conflictos cuyas decisiones no tuvieran carácter ejecutivo o carecieran del valor de cosa juzgada y no pudieran invocarse con tal carácter ante los poderes públicos y ante los tribunales. [...] en nuestra Constitución el arbitraje no tiene asiento en el art. 24, que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, sino en el art. 10 CE que proclama la dignidad y la autonomía de la persona, en relación con otros preceptos en los que se desarrolla este principio (por ejemplo, los arts. 33 y 38 CE). Esta es, por otro lado, la doctrina sentada en la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, que haríamos bien en no abandonar. Como ejemplo puede citarse la STC 9/2005, de 17 de enero. En ella se declara que el arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento. Este modo de comprender la naturaleza del arbitraje permite configurar adecuadamente como características esenciales de esta institución la neutralidad, la prevalencia de la autonomía privada y el establecimiento de una intervención judicial limitada y reglada, fundada, a su vez, en el principio de Kompetenz-Kompetenz y en la presunción en favor de la correcta actuación del órgano arbitral en cuanto a los límites y ejercicio de sus facultades decisorias. La sentencia de la que discrepo asume sin mayores explicaciones la teoría de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y con ello empaña, a mi juicio, la aplicación plena de estos principios. Entre otras cosas, no permite explicar bien el abandono de las facultades inherentes al ejercicio de la jurisdicción, ni la sumisión a la autonomía privada de aspectos relativos a su ejercicio, ni la autonomía de los árbitros para decidir sobre el ámbito de su decisión sin otro control que el limitado a posteriori. [...] [la concepción jurisdiccional del arbitraje impide] considerar la posible influencia de otros principios y valores constitucionalmente protegidos. .... En el arbitraje no debe verse una suplantación de las decisiones judiciales, sino una institución de rango fundamental en un sistema jurídico basado en la libertad, con respecto a la cual la actividad judicial aspira a mantener el minimum de protagonismo, solo el necesario para garantizar la resolución pacífica de aquellas situaciones de conflicto jurídico que el propio arbitraje no puede resolver por sí mismo (bien por ser necesaria una actividad ejecutiva de restricción de los derechos de las partes no consentida por éstas, bien por faltar presupuestos o requisitos básicos para la existencia o validez del arbitraje). [...] [una] configuración del arbitraje como un sistema de resolución de conflictos de naturaleza mixta, es decir, basado en el principio de autonomía de la voluntad (art. 10 CE) que se apoya en su fuerza ejecutiva, en su efecto de cosa juzgada y en la posibilidad de control judicial de las garantías esenciales del procedimiento".

## **El test de motivación de los laudos**

15.- Asentado el arbitraje en la importancia primigenia de la libertad (ex arts. 1 y 10 CE) y no en el derecho a la tutela judicial efectiva, la motivación del laudo no puede pasar de ningún modo por los criterios de orden público exigibles a la motivación de las resoluciones judiciales sino por un canon propio, específico del arbitraje, que debe ser definido desde las determinaciones del

artículo 10 CE, no del artículo 24 CE; es decir, desde las determinaciones de la autonomía de la voluntad.

Así, del mismo modo que de la autonomía de la voluntad depende la existencia misma del arbitraje y la configuración del arbitraje que las partes quieren darse (si con una sede u otra, si con una ley aplicable o con otra, si arbitraje *ad hoc* o institucional, si de uno o varios árbitros, si de derecho o en equidad, si con unos trámites u otros, si con unas u otras reglas de prueba o de aportación documental, si con unas exigencias de independencia, imparcialidad de los árbitros u otras, sin con unos criterios de reparto de costas u otro, etc.), corresponde del mismo modo a las partes determinar si desean un laudo sin motivación o un laudo motivado y, en este caso, si desean -o no- que la motivación del laudo tenga un determinado alcance (*vid.* por ejemplo el que establece la regla 47 del reglamento ICSID/CIADI), o si desean -o no- que se aplique a la motivación del laudo un determinado test de control (por ejemplo, el canon de arbitrariedad aplicable a las resoluciones judiciales), toda vez que "*las partes pueden modularlo* [el derecho a la motivación del laudo]" como dice el Tribunal Supremo<sup>45</sup>.

Y es en esta perspectiva (no la del orden público ex art. 24 CE), que ha de entenderse la prohibición de laudo no motivado del artículo 37.4 LA, que se limita a incidir en la autonomía de la voluntad, para limitarla: si las partes quieren que a su arbitraje se aplique la LA, o la LA resulta aplicable en defecto de voluntad contraria, el artículo 37.4 LA se traduce, sin más, en que el laudo no motivado queda excluido de la autonomía de la voluntad; de modo que si un laudo sin motivación fuere, por cualquier razón, determinante para ellas (como suele serlo en arbitraje marítimo, cuando retenido el buque en puerto hasta la solución del reclamo importa decisivamente que se resuelva, para que el buque vuelva a la actividad productiva), la autonomía de su voluntad debería llevarles a arbitrar fuera del ámbito de aplicación de la LA. La prohibición del artículo 37.4 LA se evidencia así como cuestión de procedimiento arbitral (ex art. 10 CE, no de orden público ex art 24 CE) que, en sede de anulación, corresponde a la letra d) del art. 41 LA (no a la letra f), es decir, al control de si el procedimiento de arbitraje (*inter alia*, la motivación del laudo) se ha ajustado o no a lo convenido por las partes (y a la ley aplicable). Conviene en este punto hacer notar que si bien la motivación de las resoluciones permite apreciar la razonabilidad de la decisión y, consecuentemente, "*mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos y de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan*" como dice el Tribunal Constitucional<sup>46</sup>, esa razón de ser carece de relevancia en el arbitraje, que es instancia única ("one shot" final decision); a los reglamentos de arbitraje que admiten algún tipo de "apelación", "reconsideración" u otra forma de revisión o alzada contra el laudo -siempre todavía en sede arbitral-, corresponderá establecer -o no- el canon de motivación que consideren exigible al laudo a esos efectos (por ejemplo, el reglamento de arbitraje ICSID/CIADI, reglas 50 y ss, el reglamento de arbitraje CEA, arts. 39 y ss); lo que, a fin de cuentas sin embargo, remite no al orden público -como la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales- sino a la voluntad de las partes, que incorporan por remisión esos reglamentos a su acuerdo de arbitraje; quiérese decir que las exigencias de motivación que acaso fueren necesarias a efectos de esa "segunda instancia", dependen y se sujetan a la voluntad de las partes, del modo y manera en que pueden disponer del procedimiento de sus arbitrajes, sin incidencia ninguna de orden público.

16.- Cual deba ser el canon de motivación de los laudos es algo que debería el TSJ establecer, luego de abandonar su actual test ex artículo 24 CE. Ese canon, aun definido

---

<sup>45</sup>STS 551/2010, de 20 de diciembre, FD2; EDJ 2010/302998.

<sup>46</sup> SSTC 2/1999 (EDJ 1999/295), 128/2002 (EDJ 2002/19777) y 209/2003 (EDJ 2003/172099), entre otras muchas.

jurisprudencialmente en las distintas jurisdicciones, parece expresar no obstante un canon *quasi* universal asentado en una presunción en favor del arbitraje (la "*presunción a favor de la correcta actuación del órgano arbitral*", a que se refiere el magistrado Xiol) y en la voluntad de impedir que la autoridad de control entre a conocer, de alguna manera o por alguna razón, de las alegaciones de las partes, de los hechos del litigio, de las pruebas practicadas, de las cuestiones suscitadas, de las valoraciones de unos y otras por el árbitro, y de la bondad o insuficiencia del criterio arbitral y de la manifestación y argumentación de ese criterio, en fin, de evitar lo que en términos corrientes puede cualquiera entender por revisar el laudo. Se entiende así que el juez de control no puede examinar la idoneidad, suficiencia o la adecuación de la motivación y el test de motivación suficiente se evidencia como un test mínimo que de ninguna manera pasa por examinar los subyacentes del laudo. Si las partes no han dispuesto sino que el laudo sea motivado, sin más, -o así resulte de la ley aplicable-, se entiende que el laudo cumple con esa determinación si en el laudo constan las razones del árbitro para su decisión; vale aquí lo dicho antes: "*Mientras que el laudo evidencie que los árbitros han aplicado su interpretación del derecho a los hechos que ellos mismos han tomado por válidos, el requisito de motivación se da por satisfecho*"; porque no habiendo establecido las partes particulares exigencias de motivación o de control, la anulación de un laudo por insuficiencia de motivación malamente puede presumirse en la voluntad de las partes: si hubieran querido tal cosa, pudieron y debieron convenirlo.

17.- En esas circunstancias, es decir, cuando las partes no han establecido particulares exigencias de motivación o de control sino sencillamente y sin más que el laudo sea motivado -o resulte así de la ley aplicable-, somos del criterio de que la insuficiencia de motivación carece de trascendencia anulatoria (como acontece, por ejemplo, con el laudo fuera de plazo ex art. 37.2, 2º inciso LA), criterio que otros parecen compartir: Así, "*Sancho Gargallo, sin embargo, considera que las exigencias de motivación sufren matizaciones en el laudo arbitral como consecuencia de la legitimidad del árbitro derivada del acuerdo de voluntades; del hecho de que el árbitro decide en única instancia; y de que la motivación no cumple la función de permitir una revisión de la decisión en cuanto al fondo, por lo cual, a juicio de este autor, no es posible invocar la arbitrariedad del laudo [motivación insuficiente] al amparo de este motivo de nulidad*"<sup>47</sup>; referencia ésta que parece remitir a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona<sup>48</sup>, donde el ponente Sancho Gargallo dice que "*cabe exigir motivación al laudo, pues sigue siendo un derecho de las partes conocer las razones de la decisión, pero no cabe controlar la razonabilidad de sus fundamentos jurídicos ni la posible aplicación arbitraria del derecho. En consecuencia, en un supuesto como el presente en que la árbitro razona y argumenta su decisión [...] hemos de entender mínimamente cumplida la exigencia de motivación, sin que podamos revisar la adecuación de dicha motivación al derecho aplicable, ni entrar a juzgar sobre la correcta valoración de las pruebas*"; conclusiones que se alcanzan luego de tener en cuenta "*algunas matizaciones derivadas de las características específicas del arbitraje*", en particular que "*la legitimidad del árbitro pasa por un convenio o acuerdo de voluntades, que consienten en someter su controversia a la decisión de un tercero, a quien eligen directa o indirectamente, y además a que lo haga en única instancia. Ello mitiga el rigor de la exigencia de motivación, pues prima el acto de disposición que supone confiar la decisión a un tercero. Además, la motivación aquí ya no cumple la función de permitir la revisión de la decisión, pues no cabe la apelación*".

---

<sup>47</sup> Comentarios a la Ley de Arbitraje, Ed. González Bueno, C., p. 836, Madrid, 2014.

<sup>48</sup> SAP Barcelona 314/2010, de 13 de octubre; EDJ 2010/329279.

Quizás no puedan dejarse pasar, a pesar de todo, ciertos supuestos-límite que no quepa presumir que las partes habrían considerado aceptables, lo que permitiría reputar contrario a la motivación del laudo lo que a cualquier observador independiente y no cualificado se manifestaría sin duda ninguna, sin más consideración que el documento mismo (es decir, sin entrar en los subyacentes del pleito), sin especial esfuerzo de investigación o de inteligencia y juzgando desde las reglas de la lógica elemental (no de las de la elucubración jurídica o técnica), como una premisa inaceptable, un razonamiento ridículo o absurdo, una inconsistencia o error graves, evidentes y relevantes para el fallo, una contradicción manifiesta con el propio fallo, en fin, insuficiencias o irregularidades de tal bulto y relevancia para el fallo que cualquier tercer observador juzgaría, sin necesidad de argumentar, que no puede constituir motivación del fallo porque cabe presumir que las partes no habrían considerado aceptables esas insuficiencias. Por lo demás, la excepción de estos supuestos no suscita cuestión de nadie. En fin, si, contrariamente, las partes han convenido determinaciones concretas para la motivación de su laudo (que eventualmente pudieran convenir, por ejemplo, para actuar con "mejor argumento" contra tercero en vía de regreso) o en orden al control de esa motivación, el escrutinio judicial debería actuarse en consecuencia; lo que no es probablemente, a juzgar por la práctica, sino una hipótesis de laboratorio.

18.- Ese canon *quasi* universal y mínimo de motivación del laudo que parecería, visto el actual rigor del TSJ, extranjero y extraño a nuestro sistema, no resulta tal si se estuviera a que, como dice nuestro Tribunal Constitucional<sup>49</sup>: el arbitraje es un "*proceso ajeno a la jurisdicción*" y "*con simplicidad de formas*", que no exime a los árbitros de la obligación de "*dar a las partes (en todo caso) la oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias*"; un proceso ajeno a la jurisdicción en el que, según nuestro Tribunal Supremo<sup>50</sup> las garantías están limitadas al "*principio de contradicción y a exigir para emisión del laudo un mínimo formal*"; y a que, según el TSJ de Valencia<sup>51</sup>: "*el legislador sujeta la procedencia de la acción de anulación a supuestos de grave contravención del ordenamiento jurídico [...] que confinan el sistema de tutela judicial en márgenes muy estrechos*". Esas sentencias, referidas a la Ley de Arbitraje de 1988 deberían seguir siendo válidas no obstante a pesar del cambio legislativo, de no haberse entendido la exigencia de motivación del artículo 37.4 de la nueva LA como expresión del "equivalente jurisdiccional" y, a partir de ahí, movido el arbitraje, siquiera a efectos de control del laudo, de su preeminente asiento en la libertad constitucional al asiento en el derecho de tutela judicial efectiva.

19.- En fin, y para ir terminando, no se trata de que al controlar ex artículo 24 CE la motivación del laudo el TSJ entre demasiado -o muy demasiado- en el fondo del asunto, como suele criticarse, siendo en cambio que no debería entrar o entrar tanto; de lo que se trata es de que, salvo que las partes haya establecido otra cosa, la motivación del laudo no puede ser controlada ex artículo 24 por el juez de control (ni en sede anulación, ni de exequatur, ni de ejecución).

Por lo demás, no es objeto de estas líneas lo relativo al control del laudo ex artículo 41.1 f) LA en razón de la existencia de normas materiales, sustantivas, imperativas de orden público, ignoradas o indebidamente aplicadas por el árbitro, que es cuestión enteramente distinta de la motivación del laudo.

20.- La preocupación suscitada por el criterio de control de la motivación de los laudos, que aplica el TSJ y referíamos al comienzo, no es más que un desenfoque -importante, pero mera

---

<sup>49</sup> STC 259/1993.

<sup>50</sup> STS de 25-11-1989; EDJ 1989/8303.

<sup>51</sup> STSJ Valencia 13/2014; JUR\2015\91909.

cuestión de enfoque-, cuyo remedio no necesita de cambios legislativos ni de medidas extraordinarias, sino de hacer pasar sencillamente la motivación del laudo por la misma autonomía de la voluntad cuya relevancia fundamental parece reconocerse y afirmarse a todo lo largo y ancho del arbitraje, salvo a la hora de controlar la motivación del laudo, sin ninguna dificultad ni especial reserva. El designio del legislador de fomentar el arbitraje en descarga de la jurisdicción y de hacer de España una sede arbitral competitiva obliga a corregir cuanto antes aquel desenfoco y a alinear el control de la motivación del laudo por los tribunales españoles con el de las jurisdicciones extranjeras. Ojalá estas líneas puedan contribuir a ello de alguna manera.

---