

Recibido: 30 mayo 2018
Aceptado: 3 septiembre 2018

Arbitraje, vol. XI, n° 2, 2018, pp. 547–554

La falta de motivación del laudo como motivo de su impugnación por infracción del orden público *

Roger CANALS VAQUER **

Sumario: I. Introducción y planteamiento. II. Del concepto del equivalente jurisdiccional y de su evolución doctrinal y jurisprudencial. III. De la obligación de motivación de los laudos arbitrales (aun mediando pacto en contrario), ex. art. 37.4° de la Ley de Arbitraje. IV. Conclusiones

Resumen: La falta de motivación del laudo como motivo de su impugnación por infracción del orden público

El presente estudio está referido a línea jurisprudencial iniciada en 2015 por la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que ha anulado diversos laudos arbitrales, entre otras razones, por la falta, insuficiencia y/o arbitrariedad en su motivación. Este estudio se detiene en las dos principales causas de la controvertida línea jurisprudencial: la interpretación y aplicación extensiva del concepto de equivalente jurisdiccional del arbitraje al margen de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, y el alcance de la imperativa exigencia de motivación de los laudos arbitrales de acuerdo con el art. 37.4° de la Ley de Arbitraje.

Palabras clave: LAUDO ARBITRAL — ANULACIÓN — MOTIVOS — FALTA DE MOTIVACIÓN — ORDEN PÚBLICO.

Abstract: *The Lack of Motivation of the Award as a Reason for its Challenge for Infringement of Public Policy*

The present study is related to jurisprudential line initiated in 2015 by the Civil and Criminal Chamber of the High Court of Justice of Madrid that has annulled various arbitral awards, among other reasons, for the lack, insufficiency and / or arbitrariness in its motivation. This study focuses on the two main causes of the controversial jurisprudential line: the interpretation and extensive application of the concept of jurisdictional equivalent of arbitration outside the doctrine set by the Constitutional Court, and the scope of the imperative requirement of motivation of the awards arbitration in accordance with art. 37.4° of the Arbitration Act.

Keywords: ARBITRAL AWARD — ANNULMENT — GROUNDS — LACK OF MOTIVATION — PUBLIC POLICY.

* Comunicación presentada en el Congreso Internacional “Estrategias actuales en materia de Mediación y Arbitraje comercial”, que tuvo lugar en la Universidad de Alcalá el 24 abril 2018.

** Abogado.

I. Introducción y planteamiento

Mediante estas líneas pongo por escrito mi ponencia titulada *“La falta de motivación del laudo como motivo de su impugnación por infracción del orden público”*, impartida en el marco del Congreso Internacional de estrategias actuales de mediación y arbitraje comercial, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares el pasado 24 de abril. Vaya por delante mi agradecimiento a la profesora Ana Fernández Pérez por haberme invitado a participar en el Congreso; fue, de verdad, enriquecedor.

Mucho se ha escrito ya sobre la zozobra que sacude a la llamada comunidad arbitral, con motivo de la línea jurisprudencial iniciada en 2015 por la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por la que dicha instancia ha anulado diversos laudos (unos cuantos ya), entre otras razones, por la falta, insuficiencia y/o arbitrariedad en su motivación, efectuando una revisión del razonamiento de los árbitros / tribunales arbitrales en sede jurisdiccional (en el marco del ejercicio de la acción de nulidad ex. art. 41 LA).

Si en sus primeras expresiones, allá por 2015¹, la referida “doctrina revisionista” (si me permiten la licencia de bautizarla con tal apelativo) del TSJ de Madrid era ciertamente preocupante, por cuanto suponía un misil en la línea de flotación de la institución arbitral (la intangibilidad del fondo del asunto resuelto por laudo arbitral en sede jurisdiccional), el problema parece acrecentarse casi con cada Sentencia del TSJ de Madrid en materia de anulación de laudos arbitrales (siendo las recientemente dictadas en fecha 8 enero 2018 y 5 abril 2018², a mi modesto entender, especialmente alarmantes).

Atribuyo tal agravamiento de la cuestión, aún a riesgo de estar en desacuerdo con admirados colegas (también ponentes en el Congreso), al hecho que las recientes resoluciones anulatorias del TSJ de Madrid han recaído en supuestos de igualdad plena entre las posiciones de los litigantes, sin que tuviere sentido forzar el Derecho (entiéndaseme bien, nunca lo tiene) para satisfacer la tentación de hacer justicia material (lo que sí se encontraba, en mi opinión, en el sustrato de los razonamientos, más por inducción que por deducción, de las Sentencias iniciadoras de la referida “doctrina revisionista”).

Sea como fuere, todas las resoluciones referidas *supra* tienen como común denominador la anulación de laudos arbitrales impugnados por la vía de la acción de nulidad, fundamentándose ésta (entre otras razones), en la vulneración del orden público español en su vertiente procesal (ex. art. 41.1º.f) de

¹ Sentencias de la Sala de lo Civil y de lo Penal (Sección 1ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero, 6 de abril, 14 de abril, 23 de octubre y 17 noviembre 2015.

² Sentencias 1/2018, de 8 de enero, y 15/2018, de 5 de abril, de la Sala de lo Civil y de lo Penal (Sección 1ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

nuestra Ley de Arbitraje), por infracción del Derecho fundamental de tutela judicial efectiva ex. art. 24 CE, por razón de la falta, insuficiencia y/o arbitrariedad en la motivación de los laudos impugnados.

Siguiendo el adagio anglosajón del *back to basics*, el objeto de esta ponencia se centra en tratar, modestamente, de identificar el origen o raíz de la llamada “doctrina revisionista”, sin otro propósito que elucubrar sobre un diagnóstico, para someterlo a la posterior consideración de personas mucho más sabias, y seguro mucho más capaces que yo de pensar y articular soluciones.

Me centraré en las que a mi juicio podrían ser las dos principales causas de la controvertida línea jurisprudencial que nos ocupa (y preocupa): la interpretación y aplicación extensiva del concepto de equivalente jurisdiccional del arbitraje extramuros de su concepción por el Tribunal Constitucional, y el alcance de la imperativa exigencia de motivación de los laudos arbitrales ex. art. 37.4º LA.

II. Del concepto del equivalente jurisdiccional y de su evolución doctrinal y jurisprudencial

El concepto de equivalente jurisdiccional para referirse a los efectos de cosa juzgada del arbitraje fue acuñado por primera vez por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 15/1989 (Fundamento Jurídico 9º), habiendo sido posteriormente en numerosas resoluciones del Alto Tribunal (entre otras, SSTC (Pleno) de 22 marzo 1991³ y de 23 noviembre 1995⁴), hallándose el pronunciamiento más reciente al respecto en la reciente e interesantísima STC de 11 enero 2018⁵.

En todas las resoluciones citadas, se configura el concepto de equivalente jurisdiccional en términos similares (con la muy notable y notoria excepción del Voto Particular del Magistrado Don Juan Antonio Xiol Ríos, al que después de referiré), por lo que se reproduce a continuación, por todas, la referencia al equivalente jurisdiccional que obra en el FD 3º fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 174/1995, que reza:

“Mediante el arbitraje, como dice el art. 1 Ley 36/88, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a Derecho. Es, por tanto, el arbitraje un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, como declaramos en nuestra STC 43/88, y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. En ese sentido, tal y como ya hemos reiterado en varias ocasiones, el arbitraje se considera ‘un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)’ (SSTC 15/89 f. j. 9º, y 62/91, f. j. 5º) (...)”.

³ EDJ 1991/3180.

⁴ EDJ 1995/6552.

⁵ EDJ 2018/501010.

Del párrafo parcialmente transcrito *supra*, y de la lectura del resto de resoluciones del Tribunal Constitucional referidas *supra*, se concluye que la equivalencia que se atribuye al arbitraje para con la jurisdicción ordinaria reside en el idéntico efecto que cada una de las vías produce respecto de la resolución de una determinada controversia: el de cosa juzgada.

En definitiva, se equiparan los efectos del arbitraje a la jurisdicción (las dos alternativas para la resolución de controversias producen el mismo efecto de cosa juzgada). Pero no se asimila el procedimiento arbitral con el procedimiento jurisdiccional, ni un laudo arbitral con una sentencia; siguen siendo cosas distintas. Aunque parezca una obviedad, en los tiempos que corren me parece necesario recordarlo.

No obstante, se ha tendido a aplicar por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y por algún otro Tribunal Superior de Justicia⁶, el concepto de equivalente jurisdiccional para exigir a los laudos arbitrales idéntico grado de motivación que a las Sentencias dictadas por los Tribunales Ordinarios (aplicando el llamado canon de arbitrariedad, acuñado por el Tribunal Constitucional en su celeberrima Sentencia 147/1999⁷).

En tal sentido, y entre otras resoluciones:

Sentencia de la Sala de lo Civil (Sección 1ª) 31/2005, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en cuyo Fundamento de Derecho segundo se lee:

“Debemos reseñar los más elementales deberes de motivación, cuya infracción constituiría por sí sola una vulneración del art. 24.1º CE, tal y como aparecen identificados, con especial claridad, por todos, en el Fundamento Jurídico 3 de la STC 147/1999, que consagra una línea jurisprudencial constante hasta la fecha, STC 178/2014, de 3 de noviembre, FJ 3º, cuando dice: “Procede recordar que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 131/1990) y 112/1996), y que ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 122/1991, 5/1995 y 58/1997). En segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere ‘arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable’ no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 23/1987, fj 3º; 112/1996, fj 2º, y 119/1998, fj 2º)”.

Sentencia 3/2017, de 25 de abril, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en cuyo Fundamento de Derecho Octavo se lee:

“El art. 120.3º 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, para el llamado ‘equivalente jurisdiccional’, que es el arbitraje, incluye la motivación del laudo como una exigencia del Orden Público para evitar su anulación”.

⁶ *Vid.*, entre otras, la STSJ Asturias 3/2017, de 25 de abril (EDJ 2017/92670)

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2ª), de 4 agosto 1999 (EDJ 1999/25939).

Incluso, a mi entender, en su recentísima Sentencia de 5 abril 2018, la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, va incluso más allá de la aplicación ordinaria del canon de arbitrariedad, anulando el laudo impugnado por la no valoración por parte del Tribunal Arbitral de ciertos correos electrónicos aportados por una de las partes, al considerarlos con mayor valor probatorio que los tomados en consideración en la resolución, volviéndose a aplicar el canon de arbitrariedad acuñado por el Tribunal Constitucional para evaluar el grado de motivación de las resoluciones judiciales. En el Fundamento de derecho Quinto de la referida Sentencia se lee:

“No corresponde a esta Sala pronunciarse sobre los argumentos vertidos en el voto particular en cuanto a la relevancia de estas pruebas, ni determinar ante estas dos posiciones enfrentadas cuál considera que resulta mejor acreditada a la vista de las pruebas que se practican en el procedimiento arbitral. Pero lo que sí corresponde a esta Sala es comprobar si la valoración probatoria que realizó el laudo arbitral no resulta arbitraria por apartarse notoriamente del resultado probatorio o por omitir injustificadamente la evaluación de medios probatorios que resulten trascendentes para la resolución de las cuestiones debatidas.

(...)

Y en este caso, resulta evidente es que tales medios probatorios resaltados en el voto particular de la misma naturaleza y aparente relevancia que los correos electrónicos en los que se basa la decisión mayoritaria —, incorporados en el procedimiento arbitral y supuestamente contrapuestos a las conclusiones a las que llega el laudo mayoritario, requerían un análisis suficiente, aunque fuera para exponer las razones por las que no desvirtuaban los argumentos expuestos por los dos árbitros de la mayoría. El total silencio sobre estos medios probatorios, sin explicación ni justificación alguna, provoca una apariencia de arbitrariedad en el Tribunal Arbitral desde el momento en que la ausencia de valoración de estos medios probatorios impide conocer las razones por las que desprecia su consideración en una de las cuestiones más importantes debatidas, como fue la naturaleza real de los contratos suscritos, de la que se deriva la exclusión de la responsabilidad de VESTAS”.

En la Sentencia parcialmente transcrita *supra*, el TSJ de Madrid no censura la falta o insuficiencia de fundamentación, sino que va un paso más allá al entrará a valorar que medios probatorios son o no relevantes para la resolución de la cuestión de fondo, para concluir en la arbitrariedad de la motivación del laudo por el hecho de no haber tomado en consideración piezas probatorias que el Tribunal considera relevantes. Huelga decir la inseguridad jurídica y la litigiosidad que tal criterio suscitará, puesto que parece abrirse la puerta a la revisión en sede jurisdiccional de la totalidad de la valoración de la prueba, pudiéndose incluso llegar a anular un laudo por el hecho de no mencionarse y / o valorarse en su motivación un elemento probatorio (siendo estos, especialmente en arbitrajes relativos a algunos sectores, como por el ejemplo el de la construcción, especialmente copiosos).

En definitiva, podría afirmarse que la aplicación extensiva del concepto de equivalente jurisdiccional, equiparando los laudos y las resoluciones jurisdiccionales no ya tan solo respecto del efecto de cosa juzgada que ambos producen (tal como a mi entender), sino aplicando a los laudos arbitrales los cánones de motivación exigibles a las resoluciones judiciales (extramuros del

concepto de equivalente jurisdiccional acuñado por el Tribunal Constitucional), es uno de los principales motivos en los que algunos Tribunales Superiores de Justicia están fundamentando (a mi entender, y dicho sea con todo el respeto, en manifiesto error de Derecho) la anulación de laudos arbitrales por insuficiencia o falta de motivación.

Forma parte también del meollo del alcance del concepto de equivalente jurisdiccional, el ya antiguo debate acerca del anclaje constitucional del arbitraje, acerca de si este debe residenciarse en el art. 24 CE o si, por el contrario, debe ubicarse en el ámbito de la autonomía de la voluntad de la persona protegida y amparada por el art. 10 de nuestra Carta Magna. En la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 11 enero 2018, si bien la decisión mayoritaria del Alto Tribunal vuelve a calificar al arbitraje como de “equivalente jurisdiccional” con anclaje constitucional en el art. 24 de la Constitución, el voto particular del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos, adopta la postura diametralmente opuesta:

“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 del arbitraje. Parece considerar que es simplemente un sucedáneo del ejercicio de la función jurisdiccional, ‘un equivalente jurisdiccional’, como así lo denomina, cuando, a mi juicio, como medio alternativo de resolución de controversias constituye una institución con contenido propio.

Es cierto que inicialmente la doctrina constitucional explicó su naturaleza como ‘equivalente jurisdiccional’ (SSTC 43/1988, 233/1988, 288/1993, 176/1996), pero posteriormente tan desafortunada expresión se 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 en 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.

Sostengo, por consiguiente, que en nuestra Constitución el arbitraje no tiene su 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 jurídica 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”.

No resulta difícil de adivinar mi total adhesión a la tesis del magistrado Xiol Ríos, que refleja a mi entender la verdadera naturaleza del arbitraje, de

base contractual, sin que pueda aplicarse a los laudos los estándares y/o exigencias de motivación propias de las resoluciones jurisdiccionales.

III. De la obligación de motivación de los laudos arbitrales (aun mediando pacto en contrario), ex art. 37.4º de la Ley de Arbitraje

A la par con la indebida interpretación y aplicación del concepto de equivalente jurisdiccional, la preocupante línea jurisprudencial que nos ocupa ha encontrado otro muy importante punto de apoyo en la exigencia introducida en el redactado del art. 37.4º LA, por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, por la que la motivación de los laudos arbitrales devino imperativa, eliminándose la posibilidad que las partes pactasen en contra. Sabido es que tal modificación normativa se adoptó sin justificación alguna en la Exposición de Motivos de la Ley 11/2011, suponiendo el alejamiento de la legislación española respecto de los referentes normativos de nuestro entorno, que en su práctica totalidad sí permiten el laudo no motivado mediando el pacto de las partes en litigio. Al respecto, en Italia, los arts. 829 y 830 del *Codice della procedura Civile*, tan sólo admiten las demandas de nulidad de los laudos arbitrales por vulneración del orden público cunado—dicha vulneración se contenga en la parte dispositiva del laudo. Ergo, no resulta posible la anulación del laudo por falta o insuficiencia de motivación, admitiéndose los laudos sin motivación, previo acuerdo entre las partes. En Portugal, el art. 42 de la Ley 63/2011, de 14 de diciembre, de Arbitraje Voluntario, dispone que las partes puede pactar la no motivación del laudo arbitral. En el Reino Unido, el art. 52 de la *Arbitration Act* de 1996, permite también la dispensa de motivación del laudo mediante acuerdo entre las partes. Por último, quizás el referente internacional más importante se halla en el art. 31 LMU sobre arbitraje comercial internacional, que también permite el pacto en contrario para dispensar la motivación del laudo⁸.

La exigencia de motivación del laudo como Derecho imperativo, proscribiendo el pacto en contrario, por parte del legislador (en divergencia con las previsiones normativas abrumadoramente predominantes en Derecho comparado), ha proporcionado una valiosísima munición a los Tribunales Superiores de Justicia especialmente predispuestos a la revisión de los laudos arbitrales, al objeto de persistir (y si cabe, reforzar), en la errónea aplicación del concepto de equivalente jurisdiccional que equipara el grado de motivación exigido a los laudos con el requerido de las sentencias judiciales. En tal sentido en el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia de la Sala de lo Civil y de lo Penal (sección 1ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se lee:

“Derogado el art. 32.2º LA/1988, no es hoy discutible que también en equidad el árbitro ha de motivar. Los laudos dictados conforme a la Ley de Arbitraje, sean de equidad o de Derecho, han de

⁸ Art. 31 LMU: “El laudo deberá ser 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 art. 30”.

estar motivados –art. 37.4º LA– con la excepción prevista en el art. 36 LA– laudo por acuerdo entre las partes– por más que dicha motivación no sea de índole jurídica (STC 43/1988)”.

Se vuelve a suscitar aquí la cuestión relativa al grado de motivación que debe ser exigible a un laudo arbitral, sin que, a mi entender, este deba ser idéntico al exigible a una resolución jurisdiccional. La exigencia imperativa de motivación del laudo ex art. 37.4º LA debe ceñirse al reflejo del respeto y aplicación de los principios de igualdad de partes, y a la constancia en el cuerpo del laudo del razonamiento lógico que ha llevado a los árbitros a adoptar una determinada decisión. Ni más, ni menos que esto.

Visto lo visto, sugiero modestamente que el legislador debería llegar a la conclusión que de sabios es rectificar, promoviendo y aprobando lo necesario para recuperar el redactado del art. 37.4º anterior a la reforma operada por la Ley 11/2011, que sí permitía el laudo no motivado mediando pacto en contrario entre las partes. Persistir en el error lastra la competitividad española como plaza arbitral, diferenciándonos injustificada y arbitrariamente el criterio adoptado por los estados de nuestro entorno y por instituciones internacionales de referencia.

IV. Conclusiones

A modo de conclusiones:

En las resoluciones judiciales de algunos Tribunales Superiores de Justicia que han venido anulando laudos arbitrales, por, entre otras razones, la falta, insuficiencia o arbitrariedad en su motivación, se observa una aplicación del concepto de equivalente jurisdiccional más allá de los contornos establecidos por el Tribunal Constitucional, al equipararse los cánones de motivación exigidos a los laudos arbitrales y a las resoluciones judiciales.

La exigencia de motivación de los laudos arbitrales, aun mediando pacto en contrario (apartándose de la mayoría de referentes normativos de nuestro entorno), ha reforzado la indebida equiparación en sede jurisdiccional entre los laudos arbitrales y las resoluciones judiciales, lo que a su vez ha resultado en la proliferación en sede de acciones de nulidad de la revisión de la motivación de los laudos, desbordando el ámbito natural de aplicación del art. 41 LA.