



Roj: **ATSJ M 161/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:161A**

Id Cendoj: **28079310012017200036**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/03/2017**

Nº de Recurso: **63/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JESUS MARIA SANTOS VIJANDE**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31000240

NIG: 28.079.00.2-2016/0137230

Procedimiento: Nulidad laudo arbitral 63/2016

Demandante: D. Agustín y D^a. Maite

Procurador: D. Andrés Figueroa Espinosa de los Monteros.

Demandado : D. Ceferino y D^a. Sonsoles .

Procurador: D^a. Sonia Morante Mudarra.

AUTO

Excmo. Sr. Presidente:

D. Francisco Javier Vieira Morante

Ilmos. Sres. Magistrados:

Ilma. Sra. Magistrada Doña Susana Polo García

Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande

En Madrid, a 22 de marzo del dos mil diecisiete.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el presente procedimiento esta Sala ha dictado Auto de fecha 31 de enero de 2017 , en cuya virtud acordó:

1º) Unir a las presentes actuaciones testimonio de la documental pública obrante en los autos de nulidad de laudo arbitral nº 93/2015 de esta Sala -culminados por la S. 55/2016, de 19 de julio : en concreto, testimonio de las Certificaciones remitidas por el Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior. Registro Nacional de Asociaciones, comprensivas del histórico de cargos, domicilio social y estatutos de la asociaciones "Asociación para el fomento del alquiler y acceso a una vivienda ARRENTA" (nº 590501) y de la "Asociación Europea de **Arbitraje** de Derecho y Equidad AEDADE" (nº 166770).

2º El interrogatorio de los demandantes, D. Agustín y D^a. Maite , así como de los demandados, D. Ceferino y D^a. Sonsoles .



3º) Citar a las partes el día 14 de febrero de 2017, a las 11:00 horas, para la celebración de la vista acordada en el Auto de 16 de diciembre de 2016 al efecto de llevar a cabo el interrogatorio de las partes, de que éstas evacuen sus conclusiones sobre la prueba practicada y *de que aleguen y prueben cuanto a su Derecho convenga sobre la posible concurrencia de infracción del orden público en el Laudo impugnado, por falta de imparcialidad objetiva de la Corte administradora del arbitraje, con incidencia en la nulidad radical del convenio.*

SEGUNDO .- Mediante escrito presentado por lexnet el día 9 de febrero de 2017 la representación de D. Ceferino y D^a. Sonsoles interpone recurso de reposición contra el precitado Auto de 31 de enero de 2017 .

TERCERO .- Previa subsanación del defecto de constitución del depósito para recurrir puesto de manifiesto por DIOR de 13.2.2017, se admite a trámite el recurso y, conferido traslado para alegaciones a la parte actora (DIOR 15/02/2017), ésta deja transcurrir el plazo otorgado al efecto sin impugnar el recurso. Por DIOR de 7 de marzo de 2017 se da cuenta al Ponente para la resolución del mismo.

CUARTO .- Se señala para deliberación y fallo del presente recurso el día 21 de marzo de 2017, fecha en la que tuvieron lugar.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Más allá de referencias totalmente inexactas -legalmente y de hecho- a la actuación de un Magistrado cuando el recurso lo es frente a una decisión adoptada por la Sala -y aun por unanimidad-, la parte impugnante acepta que el Tribunal pueda apreciar de oficio causas de anulación no invocadas por la parte -tal y como prevé *expressis verbis* el art. 41.2 LA-; sin embargo, niega que, correlativamente, el Tribunal pueda proponer prueba dirigida a verificar la concurrencia de una de esas posibles causas de nulidad. Invoca, en tal sentido, la infracción del art. 282 LEC . En segundo término, alega que el 16 de diciembre de 2016 la Sala ya había dictado un Auto en que rechazó la prueba de interrogatorio de los demandados, interesada por la actora en el trámite del art. 42.1.b) LA, y señala que, " *de una manera tal vez contradictoria* ", el Tribunal dicta su Auto de 31 de enero de 2017 con apoyo en lo que se sigue de una documental - *contrato de arrendamiento de vivienda y convenio a él Anexo, intitulado Arrenta alquiler garantizado* - que ya pudo valorar al dictar el Auto de 16 de diciembre de 2016, y no de una manera que se califica de sorpresiva. Reprueba la referencia del Auto impugnado al art. 752.2 LEC y cita una Sentencia relativa al art. 429.1 LEC - SAP Baleares 29.3.2004) y un Auto de la Sala Primera de 13.5.2015 , genéricamente alusivo al principio de aportación de parte. En su virtud, entiende que el Auto impugnado debe ser revocado por incumplimiento de las disposiciones generales sobre la prueba de la LEC.

SEGUNDO .- Estas alegaciones deben ser rechazadas, pues no desvirtúan las razones dadas en el Auto impugnado para acordar la prueba reseñada.

Ante todo, se ha de efectuar una aclaración: ninguna contradicción hay entre el Auto de 16 de diciembre de 2016 y el Auto de 31 de enero de 2017 . En lo que toca al interrogatorio de los demandados, en el primer Auto -no recurrido- se rechazó su proposición por inmotivada y porque, vista la causa de anulación invocada en la demanda, nada justificaba que no se hubiese propuesto ya esa prueba con el escrito de demanda.

El recurrente, acudiendo a una suerte de analogía argumentativa, reprocha al Tribunal que haya dictado su Auto de 31 de enero de 2017 con apoyo en lo que se sigue de una documental -contrato de arrendamiento de vivienda y convenio a él Anexo, intitulado *Arrenta alquiler garantizado* - que ya pudo valorar al dictar el Auto de 16 de diciembre de 2016. Frente a este raciocinio, lo primero que hay que destacar es que no concurre extemporaneidad alguna en el Auto de la Sala, ni "sorpresa" causante de la menor indefensión -conferido, como se ha hecho, el oportuno trámite alegatorio-: ya constatábamos en el Auto impugnado la posibilidad de acordar la prueba incluso como diligencias finales, pero que " *no era necesario diferir la actuación del Tribunal al momento de la práctica de dichas diligencias finales dado que el motivo de la iniciativa probatoria se revela en virtud de documental aportada con anterioridad a la vista -a diferencia de lo sucedido en el Auto de esta Sala de 22.6.2015 (autos de nulidad de Laudo 106/2014)-* ". Lo que sí ha parecido prudente al Tribunal, antes de acordar su iniciativa probatoria, es esperar a la recepción testimoniada del Expediente Arbitral remitida por la Secretaría General de la Corte administradora del **arbitraje**, *interesada por ambas partes* , para corroborar así, fidedignamente, la documental de la que se siguen los hechos indiciarios de la posible nulidad que se pone de manifiesto a las partes.

TERCERO .- A lo anterior hemos de añadir las razones ya expuestas en justificación de una iniciativa probatoria que en absoluto contradice el art. 282 LEC , sino que es la consecuencia lógica y natural del deber de actuación de oficio que la Ley impone al Tribunal (art. 41.2 LA). No se trata, claro está, de que la Sala esté habilitada para una investigación prospectiva e indiscriminada de hechos eventualmente causantes de la nulidad de un



Laudo arbitral; ni mucho menos. Se trata, como claramente se decía en el Auto y la parte omite, de verificar o corroborar la existencia de hechos alegados por las partes o que se siguen de actuaciones obrantes en la causa -en el caso, documental no impugnada y aportada al proceso a instancia de ambas partes-, y se trata, además, del deber que asiste a la Sala, por imperativo del art. 14 CE, de conocer su propio precedente -en sus circunstancias de hecho y de derecho-, para, en su caso, explicar si lo mantiene o no en asuntos posteriores que se puedan revelar como análogos a los ya resueltos.

En efecto, en el Auto impugnado, entre otros extremos, dijimos:

La Sala señala, como no cuestionado, que la facultad-deber prevista en el art. 41.2 LA entraña una ruptura real del principio de congruencia, por expresa previsión de la Ley, y advierte que, en efecto, da lugar a una modificación sustancial de los términos en que se produjo el debate procesal. Observancia de este deber que resulta tanto más exigible -desde el punto de vista del art. 14 CE, en su vertiente de igualdad en la aplicación judicial de la Ley- cuando, como es el caso, se da la circunstancia de que la Sala sentenciadora ha sentado una doctrina jurisprudencial en supuestos similares, de suerte que, si el laudo controvertido evidenciase los defectos señalados en esa doctrina, ello habría de conducir -salvo cambio jurisprudencial motivado- a una decisión jurisdiccional coincidente con la precedentemente adoptada.

Hemos de reiterar también -en la línea de lo afirmado en las precedentes Sentencias de esta Sala-, que la importante novedad que entraña el art. 41.2 de la vigente Ley de Arbitraje está inspirada o, por mejor decir, es reiteración de lo establecido en el art. 34.2.b) de la Ley UNCITRAL, según el cual el laudo puede ser anulado de oficio cuando el Tribunal compruebe: i) que, según la Ley del Estado del foro, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; y ii) que el Laudo es contrario al orden público de ese Estado.

Es claro que esta previsión normativa acentúa claramente el control jurisdiccional sobre el arbitraje, y tampoco existe duda -sino general conformidad- a la hora de sostener que esa previsión, trasunto, como decimos, de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resoluciones 40/72, de 11.12.1985, y 61/33, de 4 de diciembre de 2006), está justificada, habida cuenta de que el examen de oficio se permite respecto de motivos que trascienden la simple voluntad de las partes y su poder de disposición, por estar implicados intereses generales que han de ser preservados.

La incuestionada ruptura real del principio de congruencia que entraña el art. 41.2 LA es indudable que afecta también a otra manifestación del principio dispositivo, cual es la iniciativa probatoria: no se trata ya de ejercer la facultad prevista en el art. 429.1, segundo inciso, de la LEC -en todo caso posible; ... se trata de que, respecto de los motivos de anulación susceptibles de ser apreciados de oficio, el Tribunal ha de estar habilitado -por elemental coherencia con el deber que la Ley le impone- para "decretar de oficio cuanta prueba estime pertinente" -en locución del art. 752.2 LEC que, mutatis mutandis, viene al caso- sobre el hecho o hechos que, alegados o deducibles de las actuaciones, pudieran ser relevantes para acreditar la causa de nulidad puesta de manifiesto a las partes.

No hay, pues, contravención alguna del art. 282 LEC, que habilita al Tribunal a proponer de oficio medios de prueba "cuando así lo establezca la Ley"; locución que es comúnmente interpretada como referida aquellos casos en que, legalmente, estén implicados intereses públicos o de carácter general. El art. 41.2 de la Ley de Arbitraje no deja lugar a equívoco sobre este extremo. Cierto que la Ley de Arbitraje no prevé expresamente esa iniciativa probatoria, pero hemos de reiterar que, enjuiciándose motivos de anulación apreciables de oficio, tal iniciativa -con los límites reseñados- se sigue como consecuencia natural del telos o fin inequívoco del precepto, so pena de reducirlo a la inanidad, esto es, a que la protección de intereses públicos de la máxima relevancia se limite, en la práctica, a una mera labor de calificación jurídica. Por reducción al absurdo: no tiene sentido establecer un deber positivo de apreciación de oficio tan significativo como el que establece el art. 41.2 LA -con ruptura del principio de congruencia y eventual alteración de la causa petendi formulada por la demandante-, si lo que con ello se pretende, en la práctica, es simplemente que el Tribunal así habilitado por la Ley se cña a aplicar el *lura novit Curia*.

Lo expuesto justifica que la proposición probatoria acordada no lesione el derecho a la tutela judicial efectiva o el principio de igualdad.

Esta exégesis del art. 282 LEC en conexión con la explícita previsión legal del art. 41.2 LA es perfectamente acorde, a modo de ejemplo lo decimos por la similitud que guarda con el caso presente, con la doctrina del TJUE, asumida por la Sala Primera, sobre los poderes de actuación de oficio de los Tribunales Nacionales -y las facultades de iniciativa probatoria que a ellos son inherentes- cuando la preservación del interés público recaba la intervención de oficio del Tribunal. Tal sucede en casos de nulidad absoluta como, v.gr., la nulidad imperativa de cláusulas abusivas, donde no solo se exige que el Juzgador aprecie de oficio la abusividad cuando ésta aparezca demostrada de forma clara y contundente, sino que, más allá de la general aplicación del principio dispositivo -del que los deberes de congruencia y de aportación de parte son manifestaciones significativas-,



el TJUE ha declarado que " *el Juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba ...*", respetando siempre, claro está, el principio de contradicción como garantía del derecho a un proceso justo (en tal sentido, con cita y transcripción de copiosa jurisprudencia del TJUE, cfr., **STS 241/2013** , de 9 de mayo, FJ 6, roj STS 1916/2013 ; asimismo, **ATS de 6 de noviembre de 2013** , FJ 4, que resuelve el incidente de nulidad contra la precitada Sentencia 241/2013 -roj ATS 10482/2013-, y **STS 705/2015** , de 23 de diciembre, FJ 2, roj STS 5618/2015).

Pues bien, en el caso que nos ocupa no estamos solo en presencia de una exégesis jurisprudencial -como la del TJUE- para precisar el nivel de protección que los jueces nacionales han de otorgar a una concreta directiva...; estamos ante una previsión legal expresa, el art. 42.1 LA, que traslada al ámbito del **arbitraje** interno normas internacionales generalmente aceptadas, y que, de acuerdo con una lógica elemental, demanda, esta vez sí, una interpretación como la que la Sala efectúa sobre las potestades de iniciativa probatoria que ostenta, pues son consecuencia inexcusable del deber de actuación de oficio que la Ley le impone a la hora de juzgar la acción de anulación de laudos arbitrales respecto de unos concretos motivos de nulidad.

Por lo último, simplemente señalar -a mayor abundamiento- frente a un alegato de posible parcialidad que no se traduce en súplica alguna de recusación -ni en el fondo ni en la forma- que la Sala, al poner de manifiesto a las partes la eventual concurrencia de la causa de anulación consistente en la *infracción del orden público en el Laudo impugnado, por falta de imparcialidad objetiva de la Corte administradora del arbitraje, con incidencia en la nulidad radical del convenio* , identificando un precedente en tal sentido, amén de cumplir con el deber que le asiste, no hace sino preservar el derecho de defensa de los litigantes -tal y como exige la jurisprudencia supra citada-, facilitándolo al máximo, precisamente para que puedan alegar cuanto a su derecho convenga en general sobre la causa de anulación anunciada y, en particular, sobre las similitudes o no del caso presente con el precedente que se menciona -S. 55/2016-, y también sobre la corrección o incorrección de los argumentos expuestos por la Sala en dicha Sentencia; Sentencia que, huelga decirlo, en absoluto prejuzga el fallo que se haya de dictar en esta causa.

CUARTO .- La desestimación de este recurso conlleva la imposición de las costas del mismo, ex arts. 241.1 y 394.1 LEC , de acuerdo con jurisprudencia de la Sala Primera recaída en casos análogos (AATS de 28 de mayo de 2016 -ROJ ATS 4494/2016 - y 27 de abril de 2016 -ROJ ATS 3552/2016).

VISTOS los preceptos legales de pertinente aplicación y siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande,

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid,

ACUERDA

Desestimar el recurso de reposición interpuesto por la representación de D. Ceferino y D^a. Sonsoles , contra el Auto de 31 de enero de 2017 , con imposición de las costas del recurso a la parte recurrente.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que, contra ella, no cabe recurso alguno.

Lo acuerdan, mandan y firman los Sres. Magistrados que figuran al margen.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo mandado. Doy fe.-