

Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 3/2023, de 8 de febrero

FERNANDO BEDOYA

SOCIO, PÉREZ-LLORCA

ROLANDO SEIJAS

ASOCIADO, PÉREZ-LLORCA

SUMARIO:

I. ANTECEDENTES. II. DECISIÓN Y MOTIVACIÓN DEL TSJM. III. VOTO PARTICULAR. IV. LA NOTIFICACIÓN FEHACIENTE EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

I. Antecedentes

El auto 3/2023, de 8 de febrero, dictado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en adelante TSJM –ponente D. Jesús María Santos Vijande–, el Auto¹, resolvió una solicitud de reconocimiento de laudo extranjero.

El procedimiento arbitral previo fue conducido con arreglo al reglamento de la Comisión de Arbitraje Económico y Comercial de China, CIETAC, y versó sobre una relación contractual de una sociedad española con una sociedad china para la compra de mascarillas y material sanitario durante la pandemia del COVID-19. La sociedad china obtuvo un laudo favorable, de 17 de marzo de 2022, el Laudo, y solicitó su reconocimiento y ejecución en España.

En el caso que nos ocupa, la sociedad demandada presentó escrito de oposición a la demanda de *exequátur* al considerar que el Laudo vulneró el orden público, por no haber sido debidamente notificada de la existencia del procedimiento arbitral y del Laudo. Debemos hacer notar, por ser material para la resolución del asunto por el TSJM, que la parte demandada sostuvo esto en su escrito de defensa, pero

¹ ECLI:ES:TSJM:2023:133A.

durante la correspondiente vista, los letrados de la demandada expresaron que habían sido instruidos por su cliente para expresar que la demandada reconocía que sí le fue notificado el inicio del procedimiento arbitral.

Pese a que la admisión por la demandada de que sí fue notificada podría anticipar una falta de interés o de relevancia práctica del Auto, la resolución objeto de este comentario resulta muy interesante, no sólo por los razonamientos ofrecidos sobre la aplicación de los principios de audiencia y contradicción en el contexto de la notificación defectuosa de la parte demandada de un procedimiento arbitral y del subsiguiente laudo, sino también por el voto particular concurrente del propio ponente sobre la posible vulneración del orden público por notificación defectuosa del procedimiento y del Laudo.

II. Decisión y motivación del TSJM

Como punto de partida, resulta necesario recordar que el procedimiento de reconocimiento, o de *exequátur* de laudos extranjeros, se encuentra regido por el Convenio de Nueva York, de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (el “Convenio de Nueva York”). Este procedimiento de reconocimiento es un mecanismo puramente homologador del laudo extranjero, a fin de que el mismo pueda ser ejecutado. Es decir, el TSJM debe limitarse a hacer un control de los elementos extrínsecos del laudo, que consiste en verificar el cumplimiento de los requisitos fijados en los arts. IV y V del Convenio de Nueva York y, constatados éstos, debe otorgar el reconocimiento del Laudo.

De una lectura del Auto y del voto particular que lo acompaña, resulta claro que existen reservas del TSJM sobre la puesta en conocimiento del procedimiento y del Laudo a la parte demandada. De ser este el caso, el reconocimiento no sería posible, por vulneración del orden público. Lo anterior de acuerdo con la norma recogida en el numeral dos, literal “b” del art. V del Convenio de Nueva York².

² “También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba: b) que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país”.

A este respecto, el Auto comienza recordando que el arbitraje se caracteriza por la flexibilidad, inclusive en lo referente a las comunicaciones procesales³. El TSJM cita como evidencia de este principio las normas que rigen los mecanismos de comunicación en el arbitraje y, expresamente, el art. 5 de la Ley de Arbitraje (“LA”). Añade el TSJM, que, a pesar de esta flexibilidad, resulta de “trascendental importancia la correcta constitución de la relación jurídico procesal” por medio de la notificación del procedimiento a la demandada⁴. La ausencia de notificación de un procedimiento, o su notificación defectuosa, vulneran el principio de igualdad y contradicción, que se consideran parte del orden público español, al dejar a una de las partes en una situación de indefensión material⁵.

El TSJM continúa argumentado que quien sostiene que su contraparte se ha puesto al margen del procedimiento y ha asumido una posición pasiva, ya sea intencionalmente o por negligencia, descuido o impericia, tiene a su vez la carga de la prueba de tal aseveración. Así, el TSJM considera que se debe probar que se dejó constancia de la existencia del procedimiento de forma fehaciente a la demandada.

En particular, el TSJM señala dos ejemplos en los que quedaría plenamente probado que efectivamente se puso en conocimiento de la demandada el procedimiento arbitral:

- Que la notificación sea enviada a un sitio donde el demandado haya *recibido* sin problemas o reparos otras comunicaciones en el pasado o a una persona que haya *recibido* en nombre del demandado sin problemas o reparos comunicaciones en el pasado.
- Que el medio empleado para la notificación cuente con un acuse de recibo.

Adicionalmente, considera el TSJM que, de probarse que la demandada tenía conocimiento extraprocesal del procedimiento de manera fehaciente, no prosperaría la oposición al reconocimiento.

³ Sentencia del Tribunal Constitucional 110/1993, de 25 de marzo: “la simplificación del sistema de notificaciones de los laudos debe ponerse en conexión con la simplificación de todo el procedimiento arbitral, del que es lógico correlato”.

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 123/2010, de 29 de noviembre.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, 155/1989, de 5 de octubre y 130/2006 de 24 de abril.

El TSJM resume su conclusión sobre el caso de la siguiente manera: para el reconocimiento “ha de constar debidamente probada la puesta a disposición de la comunicación a la parte afectada y, al propio tiempo, ante la alegación de la parte de que no se le ha notificado el procedimiento arbitral y/o el Laudo final, ha de presumirse que eso es así, salvo prueba en contrario”. Por último, cabe mencionar que el TSJM también mencionó en este Auto que: “las Cortes Administradoras del Arbitraje, y/o los árbitros ad hoc tienen una obligación constitucional y legalmente inexcusable: documentar las actuaciones”.

Expuesto lo anterior, a pesar de un camino argumental que podría sustentar una eventual desestimación de la solicitud de reconocimiento del Laudo, el TSJM tiene en consideración la admisión por la demandada de haber sido notificada y declara que no concurre causa de oposición al *exequátur* prevista en el Convenio de Nueva York; por lo que, en su virtud, acuerda el reconocimiento del Laudo.

III. Voto particular

El Auto del TSJM no realiza un análisis sobre la prueba aportada al procedimiento, sobre lo que sí se pronuncia el ponente en su voto particular. En este sentido, el Magistrado pone de manifiesto la insuficiencia probatoria de los métodos que tuvo por bueno el CIETAC para considerar que se puso en conocimiento de la demandada la existencia del procedimiento. En opinión del voto particular, ninguno de los métodos usados puede demostrar fehacientemente que la otra parte tenía conocimiento del proceso.

Entre estos métodos se encontraba un correo electrónico del abogado de la parte actora a la CIETAC donde informa de que habían sido enviados los autos del arbitraje a la parte demandada en España por correo aéreo, sin acompañar acuse de recibo. De igual modo, el voto particular consideró que tampoco constituye prueba fehaciente de dicha notificación el envío de un correo electrónico enviado por la CIETAC a la demandada a una dirección del correo electrónico proporcionada por la demandante que, si bien había sido usado por las partes para los intercambios comerciales previos al arbitraje, correspondía con una dirección electrónica titularidad de otra sociedad. A este respecto, cabe resaltar que el voto particular es contrario al informe emitido por el Ministerio

Fiscal sobre la viabilidad del reconocimiento, que, en lo relativo a la debida notificación de las actuaciones arbitrales, concluyó que se habían cumplido con los requisitos de notificación del reglamento de la CIETAC y del Convenio de Nueva York.

Por lo anterior, el voto particular concluye:

si esta Sala diese por bueno un sistema tal de notificaciones –que no lo ha hecho, pues nuestra *ratio decidendi* ha sido otra–, por mucha flexibilidad que se quiera conferir al régimen de comunicación con las partes en el arbitraje institucional, estaríamos contraviniendo el orden público interno, pues dejaríamos de supeditar la corrección de la notificación a una cualidad que inexcusablemente la ha de acompañar: su carácter fehaciente.

IV. La notificación fehaciente en el procedimiento arbitral

El Auto analizado refuerza la salvaguarda de los principios de audiencia, contradicción e igualdad como pilares del procedimiento arbitral frente a la libertad contractual que también sirve de base a la institución del arbitraje. Así, pese a reconocer los criterios legal y jurisprudencialmente consolidados sobre la mayor flexibilidad inherente al régimen de notificaciones en el procedimiento arbitral que como expresión de la libertad contractual antes referida, el TSJM destaca que deben preservarse en todo caso los principios de audiencia de las partes y contradicción.

En especial, es necesario destacar el pronunciamiento expreso que realiza el TSJM sobre la obligación de aplicar lo dispuesto en el art. 5 de la LA en lo que concierne a la necesidad de realizar una indagación razonable sobre el domicilio o residencial habitual del destinatario de la comunicación en caso de que no se tenga constancia del mismo.

Asimismo, partiendo de la presunción *iuris tantum* del desconocimiento de las actuaciones arbitrales si así se alega por la parte demandada, el Auto reitera la jurisprudencia previa del TSJM en cuanto a que resulta esencial analizar si la institución arbitral realiza una actividad suficiente en lo relativo a

la notificación de las actuaciones de tal forma que posibilite la defensa del demandado. Es el voto particular el que va más allá y, en este caso concreto, critica de manera clara la actuación de la institución arbitral, lo que nos puede llevar a concluir que el cumplimiento de los requisitos de notificación establecidos en el reglamento arbitral correspondiente no siempre será suficiente para entender que una notificación ha sido realizada fehacientemente y, por tanto, para considerar preservados los principios de audiencia y contradicción.

Lo anterior no sólo resulta relevante en cuanto al reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros en España, sino que también puede tener un impacto en los procedimientos de acciones de anulación de laudos, al ser la inexistente o defectuosa notificación de las actuaciones arbitrales a las partes uno de los motivos de anulación de laudos previstos en la LA.