

Sin embargo, la sentencia comentada resulta del mayor interés para los arquitectos y sociedades de arquitectura para evitar que, por falta de información sobre el funcionamiento del seguro de responsabilidad civil, queden desprovistos de cobertura en caso de reclamación por vicios o defectos en las obras en las que han intervenido. Para ello, primero de todo, resulta recomendable que conste como asegurado de la póliza tanto la sociedad de arquitectura como el singular arquitecto. En segundo lugar, antes de iniciar un procedimiento arbitral para el cobro de unos honorarios, deben ser conscientes del riesgo de que una posible reconvencción determine su responsabilidad civil por un laudo arbitral y que, en puridad, este hecho no esté previsto en el contrato de seguro, referido exclusivamente a una “sentencia judicial”. El contenido pactado en la póliza de seguros delimita el riesgo asumido en el contrato, su contenido y el ámbito a que el mismo se extiende y el asegurador se obliga dentro de los términos establecidos en la ley y *en el contrato* (art. 43 LCS). Además, esta cláusula no es peculiar de este singular contrato de seguro, sino que es la usual en la práctica aseguradora.

En torno a las comunicaciones en el proceso arbitral

**(Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid,
nº 585/2008, de 29 de octubre de 2008) ***

Ixusko ORDEÑANA GEZURAGA

Profesor Derecho Procesal
Euskal Herriko Unibertsitatea/Universidad del País Vasco

1. La sentencia precedente tiene origen en un conflicto entre Don Alberto y Jani King España S.L. Vinculados ambos mediante un contrato de franquicia, acordaron en éste que las disputas que pudieran surgir en relación con su cumplimiento e interpretación serían solventadas mediante arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid. Casi seguro, al efecto, incluyeron en el contrato de franquicia, la cláusula tipo (o semejante) prevista en el Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid (en su última versión): “Toda controversia derivada de este contrato o que guarde relación con él, incluida cualquier cuestión relativa a su exis-

* *Vid. infra*, pp. 240-244.

tencia, validez o terminación, será resuelta definitivamente mediante arbitraje (de derecho/equidad), administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, de acuerdo con su Reglamento de Arbitraje vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El tribunal arbitral que se designe a tal efecto estará compuesto por (tres/un único árbitro) y el idioma del arbitraje será el (español/otro). La sede del arbitraje será (ciudad y país)". Por tanto, nos tenemos que situar en el ámbito de un arbitraje institucional, administrativo o corporativo; fue la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid la encargada de gestionar el arbitraje, encargándose de la designación de los árbitros y de facilitar el marco jurídico y medios necesarios para el desarrollo del mecanismo extrajudicial.

En este escenario, el año 2007, surgida alguna diferencia en relación al cumplimiento o interpretación del contrato de franquicia, la sociedad limitada demandó a Don Alberto. Tras un proceso arbitral marcado por vicisitudes en las comunicaciones del órgano arbitral (unipersonal) con el demandado y por la escasa participación de éste en el proceso, finalmente, el 11 de abril de 2007 se dicta laudo arbitral a favor del demandante. Este laudo desencadena el proceso ante la sección decimocuarta de la AP de Madrid: alegando que no se le ha dado traslado de la demanda presentada por Jani-King España, ni se le ha notificado la tramitación del proceso arbitral (tampoco el laudo arbitral), Don Alberto interpone acción de anulación del laudo arbitral con base en el art. 41.1º b) LA.

El supuesto es interesante, principalmente, porque aparecen varios elementos que nos hacen dudar de lo acertado de la decisión del tribunal y porque al albur del motivo alegado para justificar la acción de anulación ("que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos") nos permite ahondar en varias cuestiones en torno a las comunicaciones del proceso arbitral: ¿es cierto que, como dice el ponente, unos actos de comunicación son más importantes que otros? ¿Realmente, unos son "esenciales" y otros no? Tenemos que responder a ambas cuestiones sin perder de vista la importancia de los actos de comunicación para el derecho de defensa de las partes del proceso arbitral. A mayor abundamiento, en el contexto del proceso arbitral protagonizado por Don Alberto y Jani-King España, conviene detenernos en el objetivo de los actos de comunicación y en la forma de hacerlos. Nos interesa, no sólo, la posibilidad de realizar estos actos de comunicación mediante un servicio de mensajería –forma utilizada en el caso que tenemos entre manos– sino y, especialmente, los elementos que se tienen que dar en su confección en relación al destinatario y al propio órgano arbitral. No en vano, el principal problema con el que se encuentra el magistrado para resolver el pleito son las contradicciones entre las constataciones de las comunicaciones (en varios casos mientras la certificación de la empresa de mensajería dice una cosa, otra divergente expone la certificación del Secretario de la Corte de Arbitraje). En este sentido, y aunque, obviamente, el magistrado no apunta nada al respecto –no se nos olvide que se mueve

en el marco de un proceso civil en el que rige el principio dispositivo— creemos firmemente que el supuesto de hecho que inspira esta sentencia podría dar lugar a responsabilidad civil a favor de las partes del proceso arbitral y a cargo de los árbitros y de la institución encargada de su gestión. Reservamos el desarrollo de esta idea, a modo de conclusión, para el final del comentario. Antes, siguiendo con el hilo conductor de los actos de comunicación, y pegados al caso objeto de la sentencia, enfatizaremos la necesidad de seguir realizando las comunicaciones a pesar de la inactividad del demandado, a quien sólo simbólicamente se le puede reconocer el estatus de rebelde. Todo ello pretende ser el contenido de las próximas líneas.

2. La pretensión que motiva la sentencia que comentamos es la acción de anulación del laudo arbitral. En cuanto jurisdiccionalistas, al respecto, nos interesa aclarar, cuanto antes, que la acción de anulación no es un recurso propiamente dicho sino un medio para impugnar la autoridad de cosa juzgada que produce el laudo firme, es decir, su validez, provocando un proceso rescisorio que no entra en el fondo del conflicto sometido a arbitraje (SAP Madrid 16 de diciembre de 1995 (AC 1995,2264) y SAP Madrid de 17 de enero de 2003 (AC 2003, 399). Estamos pues, ante un remedio extraordinario, sui generis, con motivos tasados de corte casacional y restringido a efectuar un juicio externo o de control de la observancia en el proceso arbitral de las garantías formales, sin que pueda abarcar la adecuación jurídica del laudo a la normativa vigente ni la justicia intrínseca de su fallo (SAP Madrid, Sección 11^o, n^o 12/2007, 27 de septiembre, SAP Madrid Sección 12^o, n^o 462/2008, de 17 de junio, SAP Madrid Sección 25, n^o 335/2008, de 2 de julio). Casando la descripción presentada con el supuesto que nos ocupa, Don Alberto, demandante en el proceso ante la AP, basa su pretensión en “que no ha sido debidamente notificado de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos” (art. 41.1^o.b) LA), exponiendo en su escrito de demanda la ausencia total de comunicaciones a lo largo del proceso arbitral. Denuncia que no se le comunicó el inicio del proceso, alegando expresamente la falta de traslado de la demanda arbitral presentada por Jani–King España, ni ninguna otra actuación durante el desarrollo del proceso, incluido el propio laudo arbitral que le puso fin. Quede claro que utiliza uno de los motivos para interponer la acción de anulación previsto por el legislador para alegar la indefensión de las partes en el proceso arbitral en cuanto afecta a derechos fundamentales; de ahí que, además de a instancia de parte, pueda ser conocida de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal. Cuando el legislador acoge este motivo —que se corresponde literalmente con el que se regula en el art. 34.2^o II Ley Modelo Uncitral sobre arbitraje comercial internacional de 21 de junio de 1985, recogido, previamente, en el art. V.1^o.b) CNY— está pensando en los casos en los que un vicio formal, la ausencia o deficiencia en las comunicaciones, provoca consecuencias materiales: la indefensión de alguna parte del proceso arbitral. Y es que las partes únicamente se pueden defender si conocen en tiempo y forma la existencia del proceso arbitral y su desarrollo. Luego, es innegable que el art. 41.1^o.b) LA persigue el cumplimiento y respeto de los

principios de audiencia, contradicción e igualdad de las partes en el proceso arbitral, principios imperativos recogidos en el art. 24 LA. Más al detalle, el legislador se refiere específicamente como fuente de indefensión a la indebida notificación (lo que incluye, tanto la ausencia de notificación –que se denuncia en nuestro supuesto–, como la notificación inadecuada) de la designación de árbitro y en general de las actuaciones arbitrales. Sin perjuicio de que líneas más adelante hagamos hincapié en los actos que hay que notificar en el proceso arbitral, conviene remarcar que el legislador señala expresamente la notificación de la designación del árbitro por su trascendencia: es el elemento subjetivo más importante del arbitraje en cuanto método heterónimo de resolución de conflictos. Las partes deben conocer qué persona o personas han sido nombradas para integrar el órgano arbitral (unipersonal o colegiado) para poder verificar si cumplen, en general, los requisitos pactados por las mismas y en especial el de imparcialidad, para de no ser así, proceder a su recusación. Don Alberto no alega en su demanda específicamente la falta de notificación de la designación del árbitro, lo que puede deberse a que es conocedor de que en el convenio arbitral asignaban su designación a la propia Corte de Arbitraje de Madrid, aunque mucho nos tememos que su denuncia de la falta de notificación de la tramitación del proceso arbitral en general también incluye la de la designación del árbitro. Por otra parte, cuando el legislador se refiere genéricamente a “las actuaciones arbitrales” se refiere a todas aquellas (previas y posteriores) cuyo conocimiento es imprescindible para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa en igualdad. En ambos casos, insisto, la indebida notificación debe producir indefensión en la parte que interpone la acción de anulación para que ésta pueda prosperar (“no ha podido (...) hacer valer sus derechos” dice el legislador en el art. 41.1º.b) LA). Y en este punto nos encontramos con el elemento más controvertido para juzgar si la decisión de la AP (estimación de la acción de anulación) es correcta. Independientemente de que en posteriores puntos atendamos a las notificaciones concretas que se dieron en el proceso arbitral que nos ocupa y a todas las vicisitudes que las rodearon, para constatar si los actos de comunicación del proceso han producido indefensión, conforme a la doctrina del TC, desarrollada en torno al derecho a la tutela judicial efectiva, hay que valorar 2 elementos: (1) la forma en la que el órgano arbitral ha realizado los actos de comunicación y (2) el comportamiento, al efecto, del interesado en la notificación. Ciertamente, según el dictado del TC, para que pueda constatarse una indefensión consecuencia de un acto de comunicación, aquélla debe ser material y no meramente formal, lo que implica que el vicio formal debe suponer un perjuicio real y efectivo para el demandado en sus posibilidades de defensa (STC 43/1989, 101/1990, 6(1992 y 105/1995). Además, la inexistencia o deficiencia de la comunicación debe ser resultado directo de una conducta activa o de la omisión del órgano arbitral, exceptuándose los casos en los que la falta de comunicación o su imperfección son resultado de la negligencia o falta de diligencia debida del interesado en la notificación. Respecto a este último aspecto, el conocimiento extraprocesal que ha podido tener el interesado sobre la existencia del proceso arbitral

también cuestiona o perjudica su indefensión (STC 87/1988, 72/1990, 174/1990, 275/1993 y 105/1995). Estamos ante una doctrina aceptada por las audiencias provinciales (así, por ejemplo, SAP Sevilla, de 6 de junio de 1992 y SAP Asturias, Sección 6^o, 17 de noviembre de 2003). Aplicando esta doctrina al conflicto entre Don Alberto y la sociedad franquiciadora, la pregunta es obvia, ¿ha resultado el primero realmente indefenso por causa imputable únicamente al órgano arbitral? Para responder a la cuestión, tenemos que tener varios elementos en cuenta. El órgano arbitral ha utilizado para realizar las diferentes notificaciones un servicio de mensajería, forma reconocida como válida en el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid. Aunque no está claro si el ahora demandante, demandado en el proceso arbitral, recibió la demanda, una persona (de nombre, Verónica) recogió la comunicación en la que se le concedió mayor plazo para contestar a la demanda (forma de realizar la comunicación, válida en determinadas circunstancias, como comentaremos), luego Don Alberto pudo tener conocimiento de la existencia del proceso arbitral, y por tanto, acudir al mismo, en solicitud de información (principalmente tema de la demanda) o, en su caso, para mostrar su postura (incluso, a favor o en contra del inicio del proceso arbitral). Así hubiera sido si hubiera actuado de buena fe y con la diligencia debida. De hecho, Don Alberto intervino en el proceso, justificando él su intervención porque tuvo conocimiento del mismo mediante una copia de otra demanda presentada en la misma Corte Arbitral por Jani-King España contra otras personas (luego, aunque fruto de una comunicación indebida, acudió al proceso!). Tampoco queda patente la buena fe y diligencia debida de Don Alberto en las certificaciones de la empresa de la mensajería y del propio Secretario de la Corte de Arbitraje que recogen su negativa a recibir las distintas comunicaciones del órgano arbitral (en las que se le notificaba que se iba a proceder al nombramiento del árbitro, la designación de éste, la posibilidad de remitir escrito de defensa y solicitar prueba,...). Muchas dudas quedan en el aire para poder asegurar indubitablemente que la indefensión alegada por Don Alberto no es imputable a la propia voluntad o a la falta de diligencia o desidia del mismo. Esto primero, a un lado de la balanza. Todo ello, sin embargo, en otro lado de la balanza, queda contaminado por las contradicciones que se dan en las certificaciones de esas comunicaciones, dato que, en último término, convence al juez para dictar la sentencia en el sentido mentado (estimación de la anulación de laudo solicitada), inclinando la báscula en esta dirección. Considera el ponente que la prueba presentada por el demandado en el proceso ante la AP (la sociedad limitada) no permite constatar con seguridad que se han notificado a Don Alberto los trámites esenciales de forma tal que se pueda afirmar que éste tuvo oportunidad de defender sus derechos en condiciones de igualdad en el proceso arbitral, lo que, como bien apunta el ponente, “es, en definitiva, lo que entendemos que busca garantizar el art. 41.1^o.b) LA”.

3. Intentando traer algo de luz a la controversia planteada (¿qué predomina en el supuesto que nos ocupa, la indefensión producto de la actuación u omisión del órgano arbitral en la realización de los actos de comunicación, o

la negligencia o falta de diligencia debida en el receptor de los mismos?), antes de ahondar en la forma de realizar los actos de comunicación, y remarcando su finalidad de poner a su destinatario en conocimiento de un acto o actuación, para que en base a ello, aquél pueda comparecer en el proceso y tener “la suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos” en igualdad, garantizando así los principios de audiencia y contradicción (art. 24.1º LA), conviene determinar qué actos del proceso arbitral, del órgano arbitral y de las propias partes del arbitraje, deben ser objeto de comunicación. Al respecto, tenemos que distinguir el plano de lo óptimo –o mejor, si se quiere– y el plano de lo más práctico, y al tiempo adecuado, para garantizar los derechos y principios mentados. En el ámbito del primer plano, el órgano arbitral debe comunicar a las partes todas y cada una de las actuaciones e incidencias del proceso arbitral (especialmente, la demanda que le da inicio, la designación del árbitro, los escritos de alegaciones posteriores, las audiencias a celebrar (“las partes serán citadas a todas las audiencias con suficiente antelación” dice el art. 30.2º LA), el inicio del periodo de prueba y sus incidencias (“de todas las alegaciones escritas, documentos y demás instrumentos que una parte aporte a los árbitros se dará traslado a la otra parte. Asimismo, se pondrán a disposición de las partes los documentos, dictámenes periciales y otros instrumentos probatorios en que los árbitros puedan fundar su decisión” reza el art. 30.3º LA) y el laudo final (art. 37 LA). Sin embargo, en el plano de lo más práctico, pero garantista con los derechos de las partes, al tiempo que colabora a la celeridad y flexibilidad que caracteriza al arbitraje, de plena conformidad con el ponente de la sentencia que comentamos, consideramos imprescindible (esencial) la comunicación a las partes del (1) inicio del proceso dando traslado de la demanda, (2) de la designación del árbitro y (3) de la apertura de la fase de prueba. Divergimos, sin embargo, con el ponente respecto a la comunicación del laudo final. Aunque el magistrado considera que su comunicación carece de repercusión alguna a los efectos de estimar o no la acción de anulación en virtud del art. 41.1º.b) (en su opinión “es una materia que sólo debe afectar a la fase de ejecución del laudo sin incidir en la validez del procedimiento (*sic*) arbitral, ni, por supuesto, del mismo laudo”) mantenemos lo contrario, pues a pesar de que los actos anteriores se hayan comunicado adecuadamente, la indebida comunicación del laudo final o su ausencia puede producir indefensión en las partes –será así siempre que impida u obstaculice el derecho de defensa de las partes–, convirtiéndose en motivo suficiente para estimar la acción de anulación del laudo arbitral, invalidando, por consiguiente, el laudo arbitral. Caben dos matices. Muestra de la importancia de la notificación del laudo arbitral para el ejercicio efectivo de los derechos de las partes, no se puede omitir que constituye el *dies a quo* para solicitar al órgano arbitral su corrección, aclaración y/o complemento (art. 39 LA), y lo que es aun más importante, para la interposición de la acción de anulación (art. 41.4º LA). Sin embargo, también es posible que las partes conozcan extraprocesalmente el laudo, coyuntura en la que su no comunicación o comunicación errónea no produciría indefensión, por lo que no podría dar lugar a la estimación de la acción de anulación.

Por último, en lo que se refiere a este punto, comulgamos de pleno con el ponente en que, a los efectos de la defensa de los derechos del solicitante de la nulidad del laudo, resultan indiferentes (“no esenciales”) la comunicación por la que se recordaba al demandado que no se había contestado en plazo a la demanda (en cuanto mero recordatorio) y aquella que le notificaba que se concedía un periodo probatorio adicional (pues “carecía de contenido en cuanto no se había hecho alegaciones nuevas por ninguna de las partes durante la tramitación del proceso arbitral”).

4. Avanzando en el comentario, nos tenemos que fijar en la forma en la que se realizan los actos de comunicación en el supuesto que estamos analizando. Incidiendo, nuevamente, en la importancia de que las comunicaciones se realicen en tiempo y forma para garantizar que el derecho de defensa de las partes se desarrolle en igualdad, con audiencia y contradicción, conviene remarcar que estamos ante una materia dispositiva. En ejercicio de su libertad, buque insignia del arbitraje, las partes pueden pactar libremente la forma en la que se tienen que desarrollar los actos de comunicación del proceso arbitral, con respeto siempre a los principios mentados recogidos en el art. 24 LA. De ahí, que la LA se limite a establecer un régimen subsidiario (art. 5 LA). En el caso que nos ocupa, recordemos arbitraje institucional impartido por la Corte de Arbitraje de Madrid, conforme a su antiguo reglamento (art. 8), las comunicaciones se realizan mediante entrega a través de mensajero con el correspondiente acuse de recibo. El medio es, sin duda, adecuado y conforme a los principios básicos del arbitraje, asegurando a las partes el conocimiento de las actuaciones arbitrales y la posibilidad de ejercer sus derechos en igualdad. Deja, además, constancia clara de la recepción, gracias al acuse de recibo. En cualquier caso, para valorar esta forma de realizar los actos de comunicación, no podemos olvidar, que como bien apunta el ponente, en este tema –a pesar de su importancia– no se puede “pretender imponer formalidades especiales ajenas a la institución”, formalidades que siempre mermarían la celeridad y flexibilidad del mecanismo extrajudicial. De ahí, que aplaudamos que el propio magistrado tolere una pequeña modificación en la forma de las comunicaciones –recordemos, servicio de mensajería con acuse de recibo– al consentir que aunque no se aporten los acuses de recibo de las entregas de los mensajeros, “puede aceptarse que tal requisito sea sustituido por certificaciones de la empresa de mensajería dando cuenta del resultado de la notificación, ya que en otro caso quedaría en manos de una de las partes la posibilidad de continuar con el procedimiento de arbitraje”.

Fijémonos en la forma en la que se realizan las comunicaciones esenciales en el proceso arbitral que nos ocupa y en su resultado, sin incidir, por ahora, en la distinta constatación que se produce –meollo de la cuestión, y argumento, como sabemos, que convence al magistrado para estimar la acción de anulación–, es más, aprovechémonos de esa disparidad para comentar varios elementos. Así, conforme al certificado de la empresa de mensajería, resultó imposible la entrega de la comunicación que daba traslado de la demanda

por estar ausente el destinatario. La empresa asegura que intentó hasta en dos ocasiones la entrega sin éxito. De manera divergente, el certificado de la Corte Arbitral recoge que la comunicación se efectuó con éxito, aunque no al destinatario, sino a un tercero en su domicilio (una tal Doña Verónica). En el primer supuesto, independientemente que el proceso arbitral siga adelante, sin que la conducta del demandado se convierta en óbice para el desarrollo del arbitraje, el órgano arbitral debió intentar notificar la demanda nuevamente. Así lo hizo, recibiendo en esta ocasión la comunicación la mentada Doña Verónica. Al respecto, la conducta del órgano arbitral es loable, en cuanto diligente. Igualmente, plausible sería que, si en esta segunda ocasión tampoco se pudiera entregar la comunicación, en la línea del art. 5 LA, el órgano arbitral realizara una “indagación razonable” para localizar al destinatario antes de dar por realizada la comunicación. No en vano, también preveía esta indagación el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid por el que se rigió el arbitraje. Por otra parte, no vemos ningún problema en que la comunicación sea recibida por una tercera persona, siempre que ésta esté en el domicilio o lugar señalado por las partes para recibir las comunicaciones (cónyuge, parientes, personal de servicio...). Podría entregarse, igualmente, a un representante de la parte notificada. Siguiendo con el análisis de las demás comunicaciones, según se desprende de los certificados de la empresa de mensajería y del certificado del Secretario de la Corte de Arbitraje de Madrid, el destinatario se negó a aceptar el resto de las comunicaciones (principalmente, aquella en la que se le comunicaba que se iba a proceder a la designación del árbitro, aquella en la que se le comunicaba el nombre del árbitro y el plazo para presentar escrito de defensa y pruebas). A esta última posibilidad nos referiremos en el próximo epígrafe. En este punto, y teniendo en cuenta lo analizado, queremos volver sobre dos elementos claves en el supuesto que nos ocupa en relación al desarrollo de las comunicaciones: la conducta del destinatario, especialmente su diligencia y buena fe para la recepción de las comunicaciones, y la labor del órgano arbitral en la plasmación del resultado de las comunicaciones en el expediente o acta del arbitraje. Respecto a la primera, una vez más, queremos enfatizar la falta de buena fe y diligencia debida de Don Alberto en la recepción de los actos de comunicación. Lo delata su negativa a recibir varios de ellos. Y, lo que es más importante, ¿Por qué cuando acudió al proceso arbitral –en su versión, no por haber recibido la comunicación remitida por el órgano arbitral, sino por recibir una copia de otra demanda presentada en la Corte Arbitral por la misma sociedad franquiciadora contra otras personas– no aclaró los defectos que se habían dado en la comunicación? Aplicando el art. 6 LA en la dirección del art. 166 LEC, una vez conocida la existencia de un proceso en contra de él, Don Alberto tendría que haberse dado por comunicado, renunciado a impugnar el laudo arbitral basándose en defectos en las comunicaciones. Se debería, al respecto, aplicar la máxima de que no importa la forma de la comunicación, sino el éxito de su resultado. Una vez enterado del contenido de la comunicación, el que interpone la acción de anulación, podía ejercer sus derechos en el proceso arbitral evitando su indefensión! No se nos puede

olvidar, en este sentido, que en materia de comunicaciones, y en el arbitraje en general, en cuanto rige el principio dispositivo, la buena fe es esencial para el éxito de las primeras y del mecanismo extrajudicial en su conjunto. Después de una de cal, otra de arena. Roza lo increíble la constatación de los actos de comunicaciones. ¿Cómo pueden darse divergencias entre los certificados de la empresa de mensajería y el certificado, al respecto, del Secretario de la Corte de Arbitraje? En un principio no tendríamos que dudar de lo que se recoge en el acta del arbitraje, pero en el tema de las comunicaciones, para que éstas estén bien realizadas, optado por realizarlas mediante servicio de mensajería con acuse de recibo, sus certificados resultan esenciales. Estos certificados son el último elemento o paso para poder dar por buenas y adecuadas las comunicaciones. ¿Cómo puede el Secretario de la Corte de Arbitraje recoger en el acta algo divergente a lo que señalan las certificaciones del servicio de mensajería? A ello se le suman las dudas razonables que causa al magistrado la autenticidad de estas últimas certificaciones: no son originales, sino meras copias; carecen de firma, son fácilmente manipulables, algunas se emitieron meses después de practicar las notificaciones, otras contienen errores evidentes, como las que certifican hechos ocurridos con posterioridad... un rosario de despropósitos que, con total lógica, hacen al ponente dudar sobre la correcta notificación al destinatario. También tendrían que haber creado preocupación al órgano arbitral! Efectivamente, no se puede dar por buena una comunicación mediante un servicio de mensajería con acuse de recibo, si existen problemas en este acuse de recibo. En fin, al que escribe estas líneas la forma en la que se desarrollaron –si se quiere, culminaron– estas comunicaciones le causa asombro y ganas de depurar responsabilidades. Lo trataremos en el último epígrafe.

5. Para zanjar los temas que queríamos abordar en este comentario nos interesa tratar, siquiera brevemente, la posibilidad de las partes del proceso arbitral de negarse a recibir las comunicaciones, en especial aquélla que da traslado de la demanda al demandado para que proceda a su contestación, como ocurre en el supuesto que estamos analizando, y la consiguiente inactividad. En primer lugar, queremos volver a remarcar, que va en contra de la buena fe y del espíritu del arbitraje en general –mecanismo que, recordemos, fruto en su origen del consenso de las partes, huye de la confrontación de la jurisdicción y pretende solventar las disputas en un ambiente más cordial y de colaboración entre aquéllas– la negativa de las partes a recibir las comunicaciones. Es lo más antagónico a un espíritu colaborativo en la resolución de la disputa. Es más, lo que casa perfectamente con la esencia del arbitraje es que si alguna de las partes sospecha que por circunstancias varias (cambio de domicilio, vacaciones, enfermedad...) va a resultar difícil al órgano arbitral realizar las comunicaciones, facilite a éste, la mejor manera de realizarlas (nueva dirección, otras formas de realizar las comunicaciones –meil, fax, teléfono móvil...). En cualquier caso, como apunta bien el ponente, la negativa del demandado a recibir la comunicación que le da traslado de la demanda, no conlleva la finalización de las comunicaciones con aquél. Aplicando el art. 40 Regl. Corte de Arbitraje de Madrid, que coincide con el art. 31 LA, a

pesar de la falta de contestación del demandado, el órgano arbitral continuará con sus actuaciones y el proceso arbitral su desarrollo, sin que la negativa a la contestación se pueda considerar allanamiento o admisión de los hechos alegados por el demandante (*facta confessio*). En ese desarrollo, insistimos, se realizarán al demandado no presente las comunicaciones esenciales a pesar de su ausencia (entre otras, SAP Asturias, Sección 4^o, 25 de octubre de 2000). De ahí, que no se pueda aplicar el estatus de rebelde al demandado que no contesta a la demanda arbitral (por eso, consideramos correcto que el ponente se refiera a esta rebeldía entre comillas), porque aquella institución es propia del proceso civil y en aquél –entre otras diferencias– al demandado rebelde sólo se le comunican la declaración de rebeldía y la sentencia final en el proceso ordinario propiamente dicho (art. 497.1^o LEC) y únicamente la sentencia en el verbal (arts. 442.2^o y 447 LEC). Además, igual que ocurre en el proceso civil, pero en el arbitraje con mayor razón si cabe conforme a su espíritu, aunque no haya contestado, el demandado podrá presentarse en una fase posterior y actuar. Obviamente, si justifica la ausencia de contestación (falta de comunicación, por ejemplo), el órgano arbitral deberá ofrecerle la posibilidad de contestar retrotrayendo las actuaciones (como decíamos, Don Alberto, perfectamente podría haberse acogido a esta oportunidad!). Si no justifica la ausencia de contestación, en aplicación del principio de preclusión y evitando que su actitud se convierta en elemento obstruccionista del proceso arbitral, podrá retomar éste en la fase en la que se encuentre. Tampoco, igualmente, evita la continuación del proceso la negativa a recibir posteriores comunicaciones (las referentes a la apertura de la fase de prueba y las que ofrecen las posibilidades de entregar pruebas o comunican pruebas presentadas por otras partes o aquéllas que tiene en su haber el órgano arbitral) y la consecuente inactividad del demandado –el caso de Don Alberto– en fases posteriores del proceso arbitral (art. 31.c) LA). Conviene recordar, en este sentido, que el ponente permite que los acuses de recibo de las comunicaciones realizadas por la empresa de mensajería sean sustituidos por certificados de la misma, “ya que en otro caso quedaría en manos de una de las partes la posibilidad de continuar con el procedimiento de arbitraje”. Sea como fuere, la actitud de demandante de la acción de anulación en la sentencia que comentamos, la describe perfectamente la SAP Vizcaya, Sección 4^o, en S 4 de mayo de 2001, volviendo, otra vez, a cuestionar lo acertado de la decisión de la AP: “...las notificaciones en las que se citaba al recurrente (...) no fueron recepcionadas por causa directa y exclusivamente imputable a ella misma, que las rehusó, colocándose en una aparente situación de indefensión que, así las cosas, no puede considerarse más que buscada de propósito con la intención de frustrar el arbitraje, lo que no cabe admitir, pues ello significaría dejar en su mano la efectividad de la institución, dándole la oportunidad de sustraerse al arbitraje o de intentar después la anulación del laudo”.

6. Para terminar, entre la aparente situación de indefensión de Don Alberto (de la que uno tiene muchas dudas) y la mala realización de las comunicaciones (algo que queda patente, por la nefasta constatación de su realización), el ponente se decanta por estas últimas para decidir la acción de anu-

lación. No cabe duda de que la estrategia del letrado del demandante, al respecto, ha sido fructuosa. No nos convence, igualmente, la conducta del órgano arbitral. No ha mostrado la diligencia debida en los actos de comunicación. En relación a los mismos, en primer lugar, entenderíamos que, al constatar los fallos en las certificaciones de la empresa de mensajería (erratas en las fechas, falta de rigor,...), solicitara explicaciones a la misma, incluso responsabilidad por incumplimiento contractual en vía jurisdiccional. Del mismo modo, constatada la mala gestión de los actos de comunicación por parte del órgano arbitral, considerando una posible actuación temerosa al respecto y, por tanto, un no cumplimiento fiel del encargo de las partes, éstas, y especialmente Jani-King, principal perjudicado de la anulación del laudo arbitral, podría plantearse la solicitud de responsabilidad civil al órgano arbitral y a la institución arbitral en vía jurisdiccional (art. 21.1º LA).

La naturaleza de la acción de anulación de laudos arbitrales y su repercusión en materia de costas; la debida imparcialidad de los árbitros; y la posibilidad de que los laudos se subsanen y complementen de oficio

**(Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid
nº 834/2008, de 25 de noviembre)***

Julio SIGÜENZA LÓPEZ
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Murcia

1. La resolución que comentamos permite algunas reflexiones sobre cuatro destacadas cuestiones: la naturaleza de la acción que persigue la anulación de una resolución arbitral firme; las razones por las que es posible poner en entredicho la imparcialidad de quien ha de resolver el proceso arbitral; la posibilidad de subsanar errores y omisiones en la decisión que pone fin a la controversia sometida a arbitraje; y el criterio que, en materia de imposición de costas, ha de observarse al dilucidar el proceso de anulación de un laudo arbitral.

2. Sin duda alguna, lo primero que debe apuntarse es que la acción de anulación de laudos arbitrales no se dirige –como equivocadamente indica el

* Vid. *infra*, pp. 244-254.