



Roj: **ATSJ M 594/2021 - ECLI:ES:TSJM:2021:594A**

Id Cendoj: **28079310012021200080**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/06/2021**

Nº de Recurso: **4/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Incidente de Nulidad**

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

31010490

NIG: 28.079.00.2-2018/0012403

**Procedimiento** Juicio Verbal (250.2) 4/2018

**Materia:** Arbitraje

**Demandante:** D./Dña. Ángel y otros 7

PROCURADOR D./Dña. VICTORIO VENTURINI MEDINA

**Demandado:** ESTADO DE MALASIA

PROCURADOR D./Dña. SUSANA TELLEZ ANDREA

EXCMO. SR. PRESIDENTE

D. CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. FRANCISO JOSÉ GOYENA SALGADO

D. JESÚS MARÍA SANTOS VIJANDE

**AUTO.**

En Madrid, a veintinueve de junio de dos mil veintiuno

### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO.**

**PRIMERO.-** En el presente procedimiento de Juicio verbal para el NOMBRAMIENTO DE ÁRBITRO 4/2018, se dictó en el sentencia, con el siguiente fallo: "**QUE DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS** la demanda de designación de árbitro formulada por el procurador D. VICTORIO VENTURINI MEDINA, en nombre y representación del Edmundo , D.ª D.D. Arturo , Milagrosa , D. Ángel D. Indalecio , D.ª Sonsoles y D. Samuel (Herederos del Severiano ), para dirimir, en Derecho, la controversia surgida con la FEDERACIÓN DE MALASIA, por las discrepancias expresadas en la demanda que ha dado origen a esta Litis.

Para la elección del árbitro único, se estará a lo expuesto en el fundamento cuarto de esta Sentencia.

Procede imponer las costas a la parte demandada.

Frente a esta resolución no cabe recurso alguno ( art. 15.7 Ley de Arbitraje)

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



**SEGUNDO.-** Por la procuradora D.<sup>a</sup> SUSANA TÉLLEZ ANDREA, en nombre y representación del ESTADO DE MALASIA, se formuló escrito por el que se promueve INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES, con base en los motivos y alegaciones que estimó oportunos y con el suplico de que se dicte resolución en la que se estime el incidente de nulidad de actuaciones, acordando la nulidad del emplazamiento del Estado de Malasia y, por tanto, todos los sucesivos actos procesales de este procedimiento (singularmente, la notificación de la declaración de rebeldía y de la sentencia de Nombramiento). Y como consecuencia de los anterior, proceda a anular todo lo actuado desde el emplazamiento y acuerde que se practique el mencionado emplazamiento correctamente, esto es, por medio del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación de España quien, a su vez, lo debe remitir a la Embajada de España en Malasia para que ésta a su vez entregue el emplazamiento al Ministerio de Asuntos Exteriores de Malasia. Emplazamiento que deberá ir acompañado de las respectivas traducciones previstas en el artículo 25 de la LCJL.

**TERCERO.-** Admitido a trámite el incidente, se dio traslado a la parte contraria, que evacuó el trámite formulando escrito de oposición, con base en los motivos que estimó oportunos, solicitando la desestimación del Incidente, con expresa condena en costas a la parte que lo ha promovido.

## 11.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

**PRIMERO.-** Fundamenta la parte incidentante la formulación del presente incidente de nulidad de actuaciones, en la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrada en el art. 24 CE. En concreto la parte incidentante afirma que dicha vulneración se produce como consecuencia de no haberse ajustado la citación y emplazamiento a la parte incidentante, como demandada, a la normativa que rige dichos actos, en el caso de tratarse de Estados extranjeros.

**SEGUNDO.-** El examen del escrito por el que se plantea el Incidente de nulidad que examinamos, lleva a la Sala a su estimación, pues al margen de que como pone de relieve la parte contraria, el escrito por el que se formula el incidente, contiene una serie de alegaciones y consideraciones que resultan extravagantes a lo que es el objeto del incidente, sí se aprecia por la Sala el haberse incurrido en el vicio procesal que se imputa, esto es el incorrecto emplazamiento del Estado de Malasia, como parte demandada.

**TERCERO.-** Conforme tiene declarado la doctrina del Tribunal Constitucional, "la normativa reguladora de la nulidad de las actuaciones judiciales está inspirada en un criterio claramente restrictivo de la declaración de nulidad, a la par que conservador de dichos actos, que se manifiesta en diversos condicionamientos, y entre ellos los siguientes: a) permitir en lo posible la subsanación de los defectos cometidos, de manera que sólo pueda decretarse la nulidad cuando la falta sea insubsanable o no se subsanare por el procedimiento legal ( arts. 11.3 y 240.2 LOPJ y 231 LEC); y b) ponderar la entidad del vicio observado, exigiendo que, en todo caso, la infracción procesal haya producido efectiva y no solo formal indefensión a las partes, de modo que, para que se acuerde la nulidad, no basta con constatar la existencia de cualquier incumplimiento o violación de las normas procedimentales, sino que además es preciso que con ello se haya colocado a las partes en una situación de real indefensión (mi. 238.3 LOPJ y 225.3 LEC)" SSTC. 17-6-1987, 22-20-1990, 24-1-1995, 2-10-2009)

Como señala el ATS. 28-1-2019: "El régimen del recurso de nulidad de actuaciones viene establecido en los artículos 240 y 241 de la LOPJ en su redacción dada por la LO 6/2007, de modificación de la LO 2/1979, del Tribunal Constitucional, que establece asimismo una nueva regulación del recurso de amparo constitucional.

El artículo 240, regula los mecanismos para subsanar el defecto o, de no ser posible, decretar la nulidad de actuaciones antes de que recaiga resolución que ponga fin al proceso, así dice: "La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales.

Sin perjuicio de ello, el juzgado o tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular. En ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal."

Por su parte, el artículo 241 se dedica en exclusiva al incidente autónomo de nulidad de actuaciones, reservándole para los casos, como el presente, en que se ha dictado ya resolución firme. El artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así establece: "No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo, podrán

pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

Admitido a trámite el escrito en que se pida la nulidad fundada en los vicios a que se refiere el apartado anterior de este artículo, no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa la suspensión para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad, y se dará traslado de dicho escrito, junto con copia de los documentos que se acompañasen, en su caso, para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde, a las demás partes, que en el plazo común de cinco días podrán formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañarán los documentos que se estimen pertinentes.

Si se estimara la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido. Si se desestimara la solicitud de nulidad, se condenará, por medio de auto, al solicitante en todas las costas del incidente y, en caso de que el juzgado o tribunal entienda que se promovió con temeridad, le impondrá, además, una multa de 90 a 600 euros.

Contra la resolución que resuelva el incidente no cabrá recurso alguno." De ello se deduce:

1) El incidente de nulidad de actuaciones tiene un elemento esencial que constituye su principal innovación, como es la posibilidad de atacar sentencias o resoluciones que han adquirido firmeza, al margen del recurso de revisión;

2) La principal característica de la nulidad, y que es prácticamente la razón de su existencia, es que pretende reparar situaciones de vulneración de derechos fundamentales e indefensión que no han podido ser denunciadas con anterioridad a la resolución que pone fin al proceso, ni existen recursos en los que puedan ser invocadas. "La única cuestión a considerar el actual recurso, es si existió vulneración de los derechos fundamentales del art. 53.2 de la CE, que se remite a los de la Sección I del Capítulo 11, y más en concreto aquel conjunto de derechos que vertebran el proceso penal en una sociedad democrática y que se aiiicula por un haz de garantías procesales y sustantivas " ( ATS de 18 de julio de 2007).

3) La excepcionalidad de este incidente es que constituye un remedio extraordinario que de prosperar supone un quebranto del principio de respeto a la cosa juzgada y a la imperiosa necesidad de certeza o seguridad en el campo del derecho. De ahí que este incidente sólo pueda ser viable cuando se trate de sanar situaciones acreditadas de vulneración de derechos fundamentales que no han podido ser denunciados con anterioridad. No tendrán en él cabida, las discrepancias que posea el recurrente con la fundamentación jurídica de la Sentencia o con el desarrollo de alguno de sus argumentos."

En el sentido apuntado en el último párrafo transcrito, no dejan de advertir los AATS. 12-2-2019 Y 11-2-2019: "Los argumentos del Tribunal Constitucional ya se vieron reflejados en su momento en la exposición de motivos de la LO 6/2007 de 24 de mayo, al afirmar que la protección y garantía de los derechos fundamentales no es una tarea única del Tribunal Constitucional, sino que los tribunales ordinarios desempeñan un papel esencial y crucial en ella. Por ello, y con la intención de aumentar las facultades de la jurisdicción ordinaria para la tutela de los derechos fundamentales, se modifica el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio. Se introduce así una configuración del incidente de nulidad de actuaciones mucho más amplia, porque se permite su solicitud con base en cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53. 2 de la Constitución en lugar de la alegación de indefensión o incongruencia prevista hasta el momento.

Ahora bien, la referida reforma no debe derivar en una instrumentalización perversa del incidente de nulidad de actuaciones utilizándolo como un nuevo recurso para replantear las cuestiones ya dirimidas en la sentencia con el pretexto de que hay en juego derechos fundamentales. Pues ahora se trata de resolver la vulneración de derechos fundamentales que no hayan podido denunciarse antes de dictarse la resolución que pone fin al proceso.

La vía de revisión que permite el artículo 241 de la LOPJ no es la de un recurso que permita reconsiderar decisiones ya adoptadas respecto a las que el debate quedó resuelto en sentencia. Y la dictada en este caso aborda ampliamente las cuestiones que ahora se reproducen, por lo que no se aprecian méritos que justifiquen la admisión a trámite del incidente."

**CUARTO.-** Tal como exponíamos y a la vista de las últimas consideraciones señaladas por la citada jurisprudencia, la única cuestión a considerar es si existió vulneración de los derechos fundamentales del art. 53.2 de la CE

El incidente formulado objeta a nuestra resolución, el que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, al haberse tramitado de forma no ajustada a la normativa vigente en materia de notificación a Estados soberanos, que es de carácter imperativo y no disponible, la notificación y emplazamiento de Malasia de la demanda que da origen al presente procedimiento y de la documentación acompañada, a los efectos de su eventual contestación. Irregularidad que alcanza, también, en consecuencia, a la declaración de rebeldía y a la sentencia de nombramiento de árbitro.

Hay que señalar, por una parte, que el Estado de Malasia está legitimado, en cuanto que demandado en el presente procedimiento, a los efectos de formular el presente Incidente de nulidad, dado que, habiendo sido declarado en rebeldía, no ha tenido ocasión de formular el vicio procedimental denunciado, no existiendo otro momento ni posibilidad de hacerlo valer por la vía de los recursos ordinarios o extraordinarios contra la sentencia dictada, al ser ésta firme. Así, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo, podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

La finalidad del presente Incidente de nulidad de actuaciones es, por tanto, permitir en lo posible la subsanación de los defectos cometidos, de manera que sólo pueda decretarse la nulidad cuando la falta sea insubsanable o no se subsane por el procedimiento legal (mis. 11.3 y 240.2 LOPJ y 231 LEC).

En el caso presente, a la vista de las actuaciones se constata que la notificación de la demanda y traslado de documentación que la acompaña, al margen de no haberse realizado en alguno de los idiomas prescritos, y el emplazamiento para, en su caso contestar a la demanda, se hizo mediante traslado de dicho acto de comunicación por parte del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación a la Embajada de Malasia en el Reino de España, incumplándose las normas de derecho Internacional de obligada observancia.

Por un lado, la Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, en su art. 27 establece que los emplazamientos, citaciones y otros actos de comunicación judicial dirigidos a Estados extranjeros se realizarán por vía diplomática, por nota verbal y de conformidad con lo establecido en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961.

Por otro lado, el art. 54 de la Ley Orgánica 16/2015, sobre Privilegios e Inmunidades de los estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, dispone: "Los emplazamientos, citaciones, requerimientos y cualesquiera otros actos de comunicación judicial dirigidos a estados extranjeros, ..., se realizarán en la forma prevista en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil."

La forma en que se realizó en el presente procedimiento la citación y emplazamiento del Estado de Malasia no se ajustó a dichas prevenciones legales, y no subsana dicha infracción la nota verbal de acuse de recibo de la notificación y emplazamiento y CD con documentación, emitida por la Embajada de Malasia, remitida a esta Sala por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación de España.

En estos términos ya se pronunció esta Sala en su Auto de fecha 5 de abril de 2016.

No podemos sino ponderar la entidad del vicio observado como una infracción procesal, que ha producido efectiva y no solo formal indefensión a las partes, de modo que con ello se ha colocado a la parte incidentante en una situación de real indefensión.

Atendido lo expuesto, procede estimar el Incidente de Nulidad de actuaciones, en los términos que se dirán en la Parte Dispositiva.

**QUINTO.-** De conformidad con lo que dispone el art. 241.2, párrafo 2º, segundo inciso de la L.O.P.J., no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

### III.- PARTE DISPOSITIVA.

#### LA SALA ACUERDA: ESTIMAR EL INCIDENTE DE NULIDAD

plantado por la procuradora D.ª SUSANA TÉLLEZ ANDREA, en nombre y representación del ESTADO DE MALASIA, y en consecuencia, acordando la nulidad del emplazamiento del Estado de Malasia y, por tanto, todos los sucesivos actos procesales de este procedimiento (singularmente, la notificación de la declaración de rebeldía y de la sentencia de Nombramiento). **SE DECRETA LA ANULACIÓN** de todo lo actuado desde el emplazamiento, **ACORDANDO** que se practique el mencionado emplazamiento por medio del Ministerio de

Asuntos Exteriores y Cooperación de España quien, a su vez, lo deberá remitir a la Embajada de España en Malasia, para que ésta a su vez entregue el emplazamiento al Ministerio de Asuntos Exteriores de Malasia. Emplazamiento que deberá ir acompañado de las respectivas traducciones previstas en el artículo 25 de la LCJI.

*Llévese testimonio de la presente resolución al procedimiento NLA 7012020 (Asunto Civil 88/2020), a los efectos pertinentes.*

No procede hacer expresa imposición de las costas procesales causadas por el Incidente planteado.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas .

Frente a la presente resolución no cabe interponer recurso ordinario.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Magistrados citados al margen.

**Procedimiento: Juicio Verbal (250.2) 4/2018**

**Demandante: Dña. Ángel y otros 7**

Procurador D./Dña. VICTORIO VENTURINI MEDINA

**Demandado: ESTADO DE MALASIA**

Procurador D./Dña. SUSANA TELLEZ ANDREA

## VOTO PARTICULAR

### DEL MAGISTRADO

D. Jesús María Santos Vijande

I. Con respeto a la opinión mayoritaria, debo, no obstante, dejar constancia de mi discrepancia con parte de la fundamentación -FFJJ 4º y 5º- y el fallo de Auto por el que la Sala estima el incidente de nulidad planteado por el Estado de Malasia. Lo hago a través de la formulación de este voto particular, ex art. 260 LOPJ, que sustento en las razones que expuse a la Sala en la deliberación celebrada el día 29 de junio de 2021, y que, a mi juicio, fundan el deber de inadmitir a trámite, por manifiestamente extemporáneo, el precitado incidente de nulidad; causa de inadmisión que en este momento procesal se constituye en motivo de desestimación.

Anticipo la conclusión: a diferencia de lo que postula la mayoría, entiendo que, aun cuando haya sido formalmente inegular -por el conducto elegido- la notificación en su día efectuada al Estado de Malasia para su comparecencia en el proceso de nombramiento de árbitro 4/2018 de esta Sala, no puedo en absoluto mantener que se ha producido una indefensión real y efectiva de la parte demandada; antes al contrario, lo que el Auto mayoritario da por bueno es el comportamiento desidioso de quien, teniendo perfecto conocimiento de la causa e incluso habiendo participado -como veremos- en el arbitraje que se ha desarrollado bajo la dirección del Sr. Árbitro nombrado por este Tribunal, pretende ahora, muchos meses después, articular un incidente de nulidad de actuaciones que resulta de todo punto inadmisibles *por extemporáneo*, de acuerdo con los mis. 241 LOPJ y 228 LEC.

No entenderlo así significa dar carta de naturaleza a una posibilidad de la que no puedo sino disentar, a saber: que la eficacia de cosa juzgada de resoluciones judiciales firmes pueda ser enervada dejando al albur de la voluntad de la parte supuestamente afectada la fijación del *dies a qua* desde el que computar el plazo de veinte días hábiles que la Ley marca para interponer el referido incidente de nulidad. Ese plazo de caducidad ha de aplicarse con aneglo a los mismos parámetros sea cual fuere el justiciable que pretenda suscitar el incidente: un Estado soberano o cualquier persona o entidad, física o jurídica, pública o privada; si, explícita o tácitamente, no se actúa conforme a esta elemental premisa se contravienen, entiendo, las leyes procesales del Estado soberano que es el Reino de España y, en el caso que nos ocupa, significa, además, contrariar injustificadamente la fuerza de cosa juzgada de nuestra *Sentencia de 29 de marzo de 2019*, de nombramiento de árbitro, con la consiguiente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de quienes en su día interesaron y obtuvieron de manera firme el nombramiento de Árbitro por esta Sala.

2. El Auto del que discrepo recuerda con acierto -FJ 3º- cuál es el ámbito de aplicación de este excepcional incidente de nulidad. Están legitimados para interponerlo quienes hayan sido parte legítima en el procedimiento "o *hubieran debido serlo*" -tal es lo que sostiene el demandante de nulidad-, pero invocando siempre la lesión de un derecho fundamental, que en nuestro caso es el derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE). Como recuerda con tino el Auto en su FJ 3º, la indefensión constitucionalmente relevante ha de ser real y efectiva, no meramente formal; y no concurre desde luego la lesión de ese derecho fundamental cuando quien la invoca



ha propiciado la "indefensión" que denuncia con una conducta procesal maliciosa o simplemente negligente, desidiosa ...

Pues bien, en el caso presente, el incidente de nulidad debió ser inadmitido tanto por su manifiesta extemporaneidad, como, ya en cuanto al fondo, debió ser desestimado por su no menos patente falta de fundamento. Veamos con el debido detalle y por su orden lógico las causas de inadmisión y/o de desestimación que entiendo concurren en el caso.

3. Tanto la LOPJ como la LEC coinciden en expresar que el plazo para interponer el incidente de nulidad *"será de 20 días desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión"*.

En la mejor de las hipótesis para el solicitante de nulidad, habrá de reconocerse que el Estado de Malasia tuvo conocimiento del procedimiento ante esta Sala cuya nulidad pretende desde que se le notifica el Arbitraje iniciado tras la designación del Árbitro -en el que se da cuenta de la Sentencia nombrando a quien ha de laudar-, e incluso desde que, aunque solo en sus albores, interviene activamente en dicho procedimiento arbitral. En la peor de las hipótesis para el Estado de Malasia, éste no pudo desconocer la existencia de la demanda de nombramiento de árbitro en nuestro procedimiento 4/2018, notificada a través de su Embajada en los términos a que alude el presente Auto: no hay duda de que dicha notificación fue formalmente incorrecta; ahora bien, una cosa es esa quiebra formal, y otra que se pueda invocar un desconocimiento con virtualidad anulatoria sobre la base de un mero formalismo. Hay obligación, sí, de notificar correctamente; pero el demandando que tiene conocimiento de una causa de nombramiento de árbitro, deja pasar casi dos años para, incluso en contra de sus propios actos, postular la nulidad del pristino proceso judicial, ni ha sufrido la menor indefensión material, ni está actuando con buena fe, pudiendo plantearse incluso la existencia de un litigar temerario al interponer el presente incidente de nulidad.

(i) Veámoslo con datos concretos y partiendo, incluso, de la que he llamado en el párrafo precedente *"mejor de las hipótesis para el Estado de Malasia"*.

El incidente de nulidad tiene entrada en este Tribunal el **10 de marzo de 2021, siendo presentado por Lexnet el día 9 marzo. La Sentencia de nombramiento de Árbitro es de 29 de marzo de 2019**. ¿Qué ha pasado en estos casi dos años?

En lo que ahora importa, da cuenta perfecta de lo acaecido el Laudo preliminar sobre Jurisdicción y Derecho aplicable de 25 de mayo de 2020, dictado por D. Gonzalo Stampa -e impugnado de nulidad por el Estado de Malasia ante esta misma Sala en la causa 88/2020-. Basta con reparar en los §§ 51 y ss. y, en particular, en los §§ 52, 55, 56, 59 y 60 de este Laudo donde se relatan extremos que constan debidamente documentados, tales como los siguientes:

1º. Que desde el 2 de agosto de 2019 el Estado de Malasia tiene conocimiento de la *Notificación de Arbitraje*, como lo releva la correspondencia intercambiada entre las Partes entre el 31 de julio y el 19 de septiembre de 2019 -incorporada con su documental al procedimiento arbitral (§§ 52 y 53).

2º. Que los días 3 y 14 de octubre de 2019 el Estado de Malasia remitió correspondencia al Árbitro, con copia a los demandantes en el procedimiento arbitral, que quedó unida a las actuaciones -§ 54.

3º. Que el demandado -Estado de Malasia- a través de sus Letrados, el Dr. D. David Arias y D. Luis Capiel, remitió un correo electrónico dirigido al Árbitro, con copia a los demandantes, el 25 de octubre de 2019, a las 20:17 horas, después de la Conferencia Preparatoria, en el que informaba del nombramiento de dichos Letrados como sus Letrados en el Arbitraje y solicitaba la suspensión del procedimiento durante un mes desde la fecha en que tuvieron acceso a los documentos presentados, a fin de que pudieran familiarizarse con el asunto.

*Los Letrados admitieron en su escrito que su cliente les había proporcionado la Notificación del Arbitraje ... así como las Órdenes Procesales 1 a 5, emitidas a lo largo del proceso ...*

Los Demandantes remitieron un correo electrónico al Árbitro, con copia para el Demandado, el 26 de octubre de 2019, en el que se oponían a la suspensión solicitada por el Demandado y proponían seguir adelante con el Arbitraje, como se había decidido en la Conferencia Preparatoria. El Demandado se opuso a los argumentos de los Demandantes el mismo 26 de octubre de 2019 por e-mail dirigido al Árbitro, con copia a los Demandantes. Constata el § 55 del Laudo cómo en su correo electrónico de 26.10.2019 se hace referencia al párrafo 76 de la *Notificación de Arbitraje ...* revelando un conocimiento suficiente de su contenido.

El § 56 del Laudo describe con detalle "el enfoque constructivo y el espíritu de cooperación" entre las partes que revela su correspondencia intercambiada el 27 de octubre de 2019 -proponiendo la parte Demandante un calendario revisado para el examen de las actuaciones por los Letrados del Estado de Malasia y contestando

éste en la línea de intentar llegar a un acuerdo sobre el calendario procedimental y otras cuestiones procesales; por más que reconozca el Árbitro, acto seguido, que ese espíritu de cooperación duró poco.

4°. El 27.10.2019 el Árbitro confirmó la recepción del intercambio de alegaciones de las Partes y sus respectivas posiciones ... Las Partes confirmaron la recepción de las instrucciones del Árbitro y el Demandado reiteró su posición acerca de la suspensión solicitada como condición previa a la consideración de otras cuestiones procesales planteadas .... (§ 57).

5°. A partir de ese momento, la actividad del Estado de Malasia en el procedimiento arbitral desaparece, si bien el Laudo (§§ 58 y ss.) advierte que el Demandado en el Arbitraje fue notificado en todo momento de las sucesivas actuaciones confiriéndosele los correspondientes trámites de audiencia para alegaciones y prueba.

Ante esta Sala, el Estado de Malasia, invocando ser interesado, pide testimonio de lo actuado en el Procedimiento de nombramiento de Árbitro 4/2018 el día **24 de julio de 2020**. Tras la negativa inicial por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia (Diligencia de 15.09.2020 y Decreto de 15.11.202), este Tribunal estima el recurso de revisión interpuesto y accede a lo solicitado por **Auto de 5 de febrero de 2021, notificado el siguiente día 8**.

(ii) A la luz de lo que antecede, creo evidente de toda evidencia, insisto, en la mejor de las hipótesis para el Estado de Malasia, que si éste consideraba que el proceso de nombramiento de árbitro ventilado en su ausencia le provocaba indefensión pudo y, en consecuencia, debió interponer el incidente de nulidad que ahora tardíamente suscita, al menos, desde agosto/septiembre de 2019 ..., pues desde entonces tiene cabal conocimiento de la existencia Arbitraje, de quién es el Árbitro y del origen de su nombramiento ...

El *dies a qua* del plazo de veinte días para interponer el presente incidente de nulidad no es, a todas luces, el de la estimación del recurso de revisión con traslado de las actuaciones al Estado de Malasia. No entenderlo así es ignorar, en contra de reiterada jurisprudencia -de la que es exponente señero, v.gr., la STS de 22 de septiembre de 2015, roj STS 4211/2015, FJ 2º-, que los plazos procesales, y más los que son de caducidad, no pueden quedar al albur de la voluntad de las partes, y máxime a expensas de una voluntad que es expresión de un comportamiento negligente, pasivo y contrario a la buena en tanto que contradictorio con los propios actos; la decisión de la que disiento da por buena una inadmisión, por manifiesta -cuando no temeraria-, "*prolongación artificial del plazo para accionar*" -en locución reiteradísima del Tribunal Constitucional, v.gr., STC 197/2007, FJ Único, y las que en ella se citan-, con el consiguiente quebranto de la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, y la correlativa vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la parte que invoca dicha fi1meza.

4. Lo expresado debió abocar a la inadmisión del incidente de nulidad por extemporáneo; causa de inadmisión que en este momento procesal lo es de desestimación.

A lo que he de añadir con parecida evidencia -por más que lo que antecede basta para desestimar el incidente-, que el incidente en ningún caso debería haber prosperado al no concurrir la menor indefensión, y menos la constitucionalmente relevante.

Es sabido que, aun en el supuesto de defecto absoluto de notificación de un litigio -lo que en modo alguno es el caso-, quien tiene conocimiento de él podrá adoptar la actitud procesal que estime oportuna: comparecer e interesar la nulidad de lo actuado con reposición de actuaciones, o no comparecer ...; pero lo que no estimo defendible es que invoque indefensión -como hemos visto, tardíamente-, quien fue notificado de esta causa a través de su Embajada, la cual acusó recibo de dicha notificación por Nota Verbal remitida a este Tribunal a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación de España.

Insisto en que hay que discriminar dos aspectos jurídicamente distintos: el derecho del Estado de Malasia a ser notificado en la forma legalmente prevista -con regularidad formal; y la falta de derecho del Estado de Malasia - como de cualquier otro justiciable- a pretender que concurre una indefensión que no es constitucionalmente relevante porque resulta imputable, ante todo y sobre todo, a su desidia procesal: no me refiero ahora, a la acreditada extemporaneidad en la interposición del incidente de nulidad, sino, antes aún, al hecho de haber permitido que discurriera sin la menor oposición el proceso de nombramiento de árbitro cuando, *conociendo de su existencia*, le asistía la carga de poner de relieve el defecto formal en la notificación; defecto formal que ahora se trata de convertir en causa de nulidad, con un formalismo, este sí, enervante, vedado por la doctrina constitucional.

Aun a fuer de ser de sobra conocida, basta recordar que es doctrina constante del Tribunal Constitucional del Reino de España la que proclama que "*en los supuestos en los que se produce la concurrencia, por una parte, de irregularidades en la práctica del emplazamiento por la oficina judicial y, por otra, de actos de falta de diligencia de quien formula la denuncia de indefensión, hemos establecido que 'si bien es cierto que los errores de los órganos judiciales no deben repercutir negativamente en la esfera del ciudadano, también lo es que a éste le es exigible una mínima diligencia, de forma que los posibles efectos dañosos resultantes de una actuación*

*incorrectade aquéllos carecen de relevancia desde la perspectiva del amparo constitucional cuando el error sea asimismo achacable a la negligencia de la parte (SSTC 12811998, de 16 de junio, FJ 6; 8211999, de 10 de mayo, FJ 3; 15012000, de 12 de junio, FJ 2; 6512002, de 11 de marzo, FJ 4; 3712003, de 25 de febrero, FJ 6; 17812003, de 13 de octubre, FJ 4, y 24912004, de 20 de diciembre, FJ 2), bien porque se ha situado al margen del litigio por razón de una actitud pasiva con el objetivo de obtener una ventaja de esa marginación, o bien cuando se acredite que tenía un conocimiento extraprocesal de la existencia del proceso al que no le fue llamado personalmente (SSTC 26812000, de 13 de noviembre, FJ 4; 11312001, de 7 de mayo, FJ 6; 112002, de 14 de enero, FJ 2; 19112003, de 27 de octubre, FJ 3; y 22512004, de 29 de noviembre, FJ 2)" (STC 16112006, de 22 de mayo)" [ STC 2/2008, de 14 de enero , FJ 2º; más recientemente, SSTC 93/2009, de 20 de abril, FJ 3º; 10/2013, de 28 de enero , FJ 4º; y emblemáticamente, las SSTC 116/2021 y 117/2021, ambas de 31 de mayo , en sus FFJJ 2º y 3º].*

En este mismo sentido cumple recordar también que el caso es tanto más evidente cuanto que la negligencia, descuido o impericia imputables a la parte, o el conocimiento extraprocesal de la causa judicial tramitada *inaudita parte*, que excluye la relevancia constitucional de la queja, no se funda sin más en una presunción cimentada en simples conjeturas, sino que consta acreditada fehacientemente, invalidando cualquier posible tacha de indefensión ( STC 97/2021, de 10 de mayo , FJ 2).

Por lo expuesto y con respeto a la opinión mayoritaria que se plasma en el Auto del que disiento, éste debió haber tenido la siguiente parte dispositiva:

#### **FALLAMOS**

Desestimar el incidente de nulidad formulado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Susana Téllez Andrea, en nombre y representación del **ESTADO DE MALASIA**.

Condenar en todas las costas del presente incidente a su promotor.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno ( art. 228.2 in fine LEC).

Madrid, a 30 de junio de 2021

Pdo. Jesús María Santos Vijande.