Roj: ATSJ M 162/2017 - **ECLI:**ES:TSJM:2017:162A
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 63/2016
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 03/05/2017
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JESUS MARIA SANTOS VIJANDE
Tipo de Resolución: Auto

Encabezamiento

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004 Teléfono: 914934850,914934750 31010520

NIG: 28.079.00.2-2016/0137230

Procedimiento: Nulidad laudo arbitral 63/2016 Demandante: D. Jose Augustoy Dª. Isabel. Procurador: D. Andrés Figueroa Espinosa de los Monteros. **Demandado** : D. Abilioy Dª. Raimunda. Procurador: Dª. Sonia Morante Mudarra.

AUTO

Excmo. Sr. Presidente:D. Francisco Javier Vieira MoranteIlmos. Sres. Magistrados:Ilma. Sra. Magistrada Doña Susana Polo GarcíaIlmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande

En Madrid, a 3 de mayo del dos mil diecisiete.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .-Esta Sala dictó Auto de 4 de abril de 2017 -roj STSJ M 99/2017) en el procedimiento referenciado, con la siguiente parte dispositiva: *Desestimar la solicitud de archivo del presente proceso de anulación de laudo arbitral, que proseguirá por sus trámites, según lo acordado, hasta culminar por Sentencia* .

SEGUNDO .- Mediante escrito de fecha 19 de abril de 2017, presentado por Lexnet el mismo día, la representación de D. Abilioy Dª. Raimunda, interpone incidente de nulidad de actuaciones contra el Auto mencionado " *por vulnerar la legalidad ordinaria (arts. 1 , 19 , 22.1 y 2 , y 751 LEC), infracciones éstas que han hecho resentirse gravemente el derecho fundamental a la libertad constitucional y a la tutela judicial efectiva (de la reclamante), por infringirse, entre otros, los artículos 9.1 , 9.2 y 9.3 , 16.1 , 17.1 , 24.1 , 106.1 y 117.1 de la Constitución* ".

TERCERO .- Admitido a trámite el incidente de nulidad, se da traslado para alegaciones, por cinco días, a la representación procesal de D. Jose Augustoy Dª. Isabel, quienes, por escrito presentado el día 27 de abril de 2017, se adhieren a la solicitud de nulidad formulada de contrario.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Aducen los solicitantes de anulación, en primer lugar, que la resolución cuya nulidad pretenden han infringido la libertad constitucional de las partes y su derecho a la tutela judicial efectiva al disponer del objeto del proceso en contra de lo por ellas acordado, manifestando su discrepancia con los razonamientos vertidos por la Sala en el Auto de 4 de abril pasado, que solo muy limitadamente transcriben. La argumentación sostenida al respecto -FJ material 1-, que pretende la arbitrariedad de lo argumentado por la Sala, evidencia, sin embargo, una mera discrepancia con lo que ésta ha razonado. La solicitante de nulidad no está de acuerdo con unos argumentos que, dice, atacan el principio dispositivo y la libertad de las partes inherentes al proceso civil, pero lo hace incurriendo en una clara petición de principio: "olvida" que el Tribunal ha considerado las propias normas de laLEC -arts. 19.1,22y751- y, en especial, de laLey de Arbitraje, su art. 41.2, trasunto de preceptos consagrados por la Ley Modelo UNCITRAL (*art. 34.2.b)* y por el Convenio de Nueva York[art V.2.b)], que precisamente ponen de relieve que, en casos como el presente, no rige el principio dispositivo: la Sala no ha ignorado la general vigencia de este principio en el proceso civil -ni ha dejado de analizarla-; lo que ha hecho es cumplir con el deber que la propia Ley le impone de resolver si homologa o no una transacción, que es lo que reconocida e inequívocamente se ha sometido a su consideración; y máxime cuando pende una acción de anulación con un objeto claramente referido a la infracción del orden público, suscitada no solo por iniciativa del Tribunal -legalmente impuesta-, sino también a instancia de lo expresamente alegado por los demandantes de anulación. Cierto que la Sala, al amparo de lo dispuesto en el art. 41.2 LA y a la vista de la documental no impugnada y debidamente testimoniada que obraba incorporada a la causa -en particular, a la vista del contrato de arrendamiento de vivienda de 1 de junio de 2014 y del convenio a él anexo, intitulado *Arrenta alquiler garantizado* -, puso de manifiesto a las partes la posible concurrencia de la infracción del orden público *en el Laudo impugnado, por falta de imparcialidad objetiva de la Corte administradora del arbitraje (AEADE), con incidencia en la nulidad radical del convenio* , y ello con mención de laSentencia de esta Sala 55/2016, de 19 de julio (ROJ STSJ M 8911/2016), convocando a las partes a una comparecencia al efecto de practicar el interrogatorio de arrendadores y arrendatarios y de que las partes valorasen la prueba y alegasen cuanto a su derecho conviniera sobre la eventual concurrencia de la causa de anulación puesta de manifiesto por el Tribunal (Auto de 31/01/2017, confirmado, en reposición, por Auto de 22/03/2017). Sin embargo, también cumple recordar algo ya señalado en el Auto firme impugnado sobre el objeto del proceso de anulación: " *La demanda de anulación, al amparo del art. 41.1.a) LA, invoca como único motivo la radical nulidad de la cláusula de sumisión a arbitraje, por su carácter abusivo, dada la condición de consumidor de los arrendatarios, "siendo los arrendadores profesionales dedicados al alquiler". Añaden los demandantes que tanto el contrato de arrendamiento como, en particular, el convenio arbitral que a él se incorpora como anexo son, ambos, contratos predispuestos o de adhesión, "apareciendo las fórmulas y cláusulas del contrato en la propia página web de la Asociación Europea de Arbitraje". Asimismo, los actores entienden de aplicación el art. 90.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre , por el que se aprueba el TRLGDCU, con infracción del art. 57.4 del mismo Cuerpo Legal : el convenio sería nulo, en tanto que abusivo, dado que la suscrita es una cláusula de sumisión a arbitraje distinto del arbitraje de consumo, sin que el convenio se refiera a un arbitraje institucional creado por normas legales para un sector o supuesto específico, y habiendo sido en todo caso pactada dicha sumisión antes del surgimiento del conflicto material o de la controversia entre los firmantes del contrato* ". Y añadíamos, poco después:

" *En el caso, la causa de anulación invocada por la actora es la radical nulidad de convenio arbitral -art. 4.1.1.a) LA-, dado que la suscripción del convenio sería abusiva en tanto que prohibida por la normativa tuitiva de los consumidores. La eventual causa de anulación puesta de manifiesto por esta Sala guarda relación, como queda dicho, con la infracción del orden público, apreciable de oficio por disposición expresa del art. 41.2 LA. Y es más: aunque en una primera aproximación pudiera pensarse que el motivo de anulación invocado por los demandantes no es apreciable de oficio ex art. 41.2 LA, sin embargo no cabe ignorar que, en numerosas ocasiones la alegación de invalidez del convenio está indisociablemente vinculada -por razón de los hechos y/o de los argumentos en que se sustenta tal causa de nulidad, más allá de su mera denominación- a la tutela del orden público y/o de intereses generales cuya protección y salvaguarda no puede ser declinada. Tal es el caso que nos ocupa, señaladamente puesto de manifiesto por aquella doctrina del TJUE que, en garantía de los consumidores, obliga a los Tribunales de la Unión a apreciar de oficio la nulidad de convenios arbitrales que hayan de ser calificados como abusivos (v.gr., SSTJUE de 26 de octubre de 2006 -asunto Mostaza Caro-, 4 de junio de 2009 -asunto Pannon- y 9 de noviembre de 2010 -asunto PénzügyiLízing)"* . No está de más traer a colación, en este sentido, cómo la propia doctrina del Tribunal Constitucional -con los requisitos que en ella se contienen- anuda la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva delart. 24.1 CEa la ignorancia de postulados claros e inequívocos bien de la normativa de la Unión -principio de primacía en conexión con el de eficacia directa- bien de la jurisprudencia conteste -como es la citada- del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (***SSTC 232/2015 , 148/2016 , 206/2016 , 207/2016 , 208/2016 , 209/2016 , 218/2016 , 221/2016 , 223/2016 , 3/2017 y 4/2017***). En estas circunstancias -con un objeto así delimitado-, no es cabal ni razonable postular -como postula el incidente de nulidad- que los motivos alegados en la demanda de anulación no tienen que ver con la vulneración del orden público. Y lo que es tan importante: con un objeto procesal como el expuesto, se pretende que las partes gozan de una voluntad omnímoda para poner fin al procedimiento en virtud de una transacción que ni siquiera aportan al Tribunal, si bien suplican la terminación por satisfacción extraprocesal de la pretensión - como causa específica de pérdida de interés legítimo. Esto es tan evidente que, como hemos consignado *en el Auto impugnado* , el escrito de fecha 8 de febrero de 2017, suscrito por los Procuradores y por los Letrados de demandantes y demandados, refiere que las partes "han alcanzado un acuerdo privado para la solución del conflicto", esto es, un pacto transaccional. O, en palabras no menos reveladoras de su escrito de 27 de marzo de 2017, " *que ambas partes han alcanzado un acuerdo extrajudicial... otorgando facultades especiales a sus representantes para transigir* ...". La Sala no duda ahora -como no ha dudado en el Auto de 4 de abril- de que los litigantes, en un momento dado, pueden " *perder interés* " en la prosecución del proceso por llegar a un acuerdo económico; lo que la Sala ha afirmado y afirma es que existe un interés general prevalente, *in casu* la preservación del orden público, que hace que esos acuerdos no puedan ser utilizados -sin perjuicio de la eficacia que puedan tener *inter partes* - como cobertura fraudulenta -en fraude de ley- para evitar que un Tribunal cumpla con el deber indeclinable que le asiste, *ope legis,* de verificar si el objeto indisponible que ante él está sometido, la vulneración del orden público como causa de anulación, debe entenderse existente, o no; y máxime, insistimos, cuando laLey de Arbitraje patria (art. 41.2) y la normativa internacional le imponen incluso el deber de apreciar de oficio la concurrencia de tal motivo de nulidad... Postura que, por cierto, es perfectamente coherente con la delimitación que del principio dispositivo hace la propiaLEC en su art. 19.1, que, como dijimos, obliga al Tribunal a verificar si la transacción que se somete a su consideración está incursa en prohibición legal, conculca el interés general o lo es en perjuicio de tercero, pues, en tales circunstancias, legalmente previstas, no procedería autorizar dicha transacción (art. 19.1 LECy, entre muchos,ATS, 1ª, 10.6.2015,

ROJ STS 4386/2015). Es, pues, un deber de la Sala resolver, tras la correspondiente deliberación, si la transacción resulta homologable o no. Y ese análisis de los acuerdos transaccionales es inconcuso -legalmente evidente- que no puede efectuarse en una consideración aislada de dichos pactos, es decir, desconectada de la naturaleza del proceso que se ventila y del *thema decidendi* sobre el que recae, pues de otra forma no habría manera de ponderar -se reduciría dicha ponderación a una mera entelequia-, por ejemplo, si la transacción incurre en prohibición legal o conculca el interés general; interés general que las Leyes procesales y civiles precisamente entienden en función de la naturaleza y del objeto del proceso que se ventila, de tal manera que, dicho sea a título de ejemplo, la transacción no resulta admisible, por disposición expresa de la Ley (v.gr.,art. 751.1 LEC), cuando el objeto del proceso pendiente sea indisponible. Y no vale decir que lo único que se debate aquí es el cumplimiento de un contrato de arrendamiento de vivienda, lo cual es ajeno a toda idea de interés general -aspecto de por sí desmentido por la propia legislación arrendaticia (arts. 6 y concordantes de la LAU): lo que se ha debatido en la causa, aquello sobre lo que se ha alegado y practicado abundante prueba, es si, con ocasión de tal contrato, se ha llevado adelante un arbitraje prohibido en la relaciones de consumo por normativa con rango de ley, y si se ha infringido el principio de igualdad en la ratificación del convenio arbitral: decir que tales cuestiones no afectan al orden público o, más ampliamente, al interés general en que el arbitraje se desarrolle con las debidas garantías -como " *equivalente jurisdiccional* " que es-, por el hecho de que se hayan sometido a la consideración de la Sala al hilo de un contrato sobre materia disponible sería tanto, lisa y llanamente, como dar por buena una patente " *petición de principio* ": por definición, la controversia que se somete a arbitraje ha de versar sobre materias de libre disposición -art. 2.1 LA-, pero esto no significa, con toda evidencia, que lo que dé origen y suceda en el procedimiento arbitral sea igualmente disponible siempre y en todo caso: un postulado semejante contraviene frontal, clara e inequívocamente la dicción terminante de losarts. 41.1.f) y41.2 LA, y de los correlativos preceptos de la Ley Modelo Uncitral y del Convenio de Nueva York de 1958, por citar solo dos ejemplos paradigmáticos de normas internacionales. A lo expuesto, la Sala añadió otras razones para denegar el archivo de los autos: *"Olvidan las partes que la acción de anulación del Laudo no subviene solo a la satisfacción de sus intereses: la nulidad o la validez de un Laudo, una vez suscitada ante el Tribunal competente, no es materia disponible: la Sala ya ha establecido con reiteración que no cabe ni el allanamiento ni la transacción sobre la validez de un Laudo (v.gr.,* ***SS. 65/2015*** , de 17.9 *y* ***13/2016*** , de 9.2 -roj STSJ M 1236/2016 *; y* ***Auto de 20 de julio de 2016*** -roj ATSJ M 309/2016 *-. Qué duda cabe de que existe un interés general, expresado de manera inequívoca por la Ley en defensa de la institución misma del arbitraje, en que la sola voluntad de las partes -su libre poder de disposición- no pueda dar lugar a la anulación del laudo... Postulado que se representa tanto más evidente cuando se repara en la naturaleza que ostenta el Laudo, esto es, en su condición de "equivalente jurisdiccional": cabalmente, no cabe defender la eliminación del ordenamiento jurídico - por revisión o por declaración de nulidad- de una sentencia firme porque las partes así lo quieran o lo decidan, al margen de las taxativas previsiones de la Ley al respecto... Pues lo mismo se ha de mantener sobre la imposibilidad de convención de las partes en lo que concierne a la nulidad de un laudo... Como tampoco es declinable -aun cuando medie renuncia o desistimiento- por el Tribunal que está conociendo de la acción de anulación su deber de pronunciarse acerca de la validez o la nulidad del Laudo cuando así le viene impuesto, en defensa del interés general, por prescripción expresa de la Ley para salvaguardar el orden público, el respeto a los límites legal e infranqueablemente impuestos al arbitraje y el derecho de defensa de los litigantes (art. 41.2 LA).Hemos dicho, por todas, en las precitadas resoluciones que no es aceptable la pretensión de poner fin a un proceso de anulación de laudo en el que es objeto de enjuiciamiento, tras la correspondiente alegación y prueba, un motivo de anulación que, por razones de interés general, haya de ser apreciado de oficio por este Tribunal, cuyo análisis, en tales circunstancias, no puede quedar*

a lo que resulte del poder de disposición, de los pactos de los litigantes, so pena de vaciar de contenido, contra legem, lo dispuesto en el art. 41.2 LA. En otros términos: una vez que se incoa un proceso de anulación de laudo arbitral, no se puede disponer por las partes de la acción de anulación , sustrayendo al Tribunal el ejercicio de una competencia indeclinable: verificar si concurre o no la lesión de intereses tan generales que la Ley no faculta, sino que impone al Tribunal el deber de salvaguardarlos de oficio. No entenderlo así, insistimos, sería tanto como vaciar de contenido la prescripción terminante del art. 41.2 LA, que no es dable dejar al albur de la voluntad de las partes.En otras palabras: no es dable poner fin a un proceso que recae sobre la nulidad de un laudo porque las partes hayan llegado a un acuerdo sobre la realidad jurídica de un objeto distinto -el cumplimiento y vigencia de un contrato arrendaticio-, siempre y cuando esa nulidad se pretenda cometida por motivos cuyo examen el Tribunal no puede ignorar al venirle impuesta por la ley su actuación ex officio ". En estas circunstancias, el incidente de nulidad solo evidencia una mera discrepancia con los argumentos de la Sala; discrepancia en absoluto acreditativa de violación alguna del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). El recurrente podrá no compartir las razones de la Sala, pero de ahí a decir que éstas y su actuación, amparadas por preceptos legales claros, incurren en la arbitrariedad lesiva de derechos fundamentales, simplemente, va un abismo. Al tiempo que resulta totalmente contrario a la evidencia pretender que la argumentación sostenida por el Tribunal no encuentra sustento normativo. Hemos de recordar, con jurisprudencia constitucional específicamente referida a la materia arbitral -palabras de laSTC 9/2005(FJ 4): " *que el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones formuladas (SSTC 9/1981 y 52/1992 , entre otras) ni ampara una determinada interpretación de las normas aplicables al caso (STC 33/1988), pero sí a recibir una respuesta judicial a sus pretensiones, motivada y fundada en Derecho (SSTC 133/1989 , 18/1990 y 111/1995 entre otras muchas), como ha ocurrido en este caso, no cabe estimar en modo alguno que el recurrente fuera privado de su derecho de acceso a la jurisdicción* ". Y ello sin perjuicio de que, como también ha declarado reiteradamente elTC, de nuevo en referencia específica a la Sentencia que resuelve la acción de anulación (v.gr., FJ 3 de la misma S. 9/2005), "no siendo [la] argumentación [de la Sentencia recurrida] irrazonable, arbitraria o patentemente errónea, supera el canon de control a que nos hemos referido. *Este Tribunal no puede entrar a valorar la corrección jurídica de la interpretación de la legalidad ordinaria efectuada por el órgano judicial, cuestión en la que se extiende la demanda y que trata de cobijar en la aducida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pues tal función corresponde a los órganos de la jurisdicción ordinaria en el ejercicio exclusivo de la potestad que les reconoce el art. 117.3 CE* (STC 32/2002, de 11 de febrero, FJ 4)". Y, por lo que respecta a la violación denunciada de la libertad individual delart. 17 CEel peticionario de nulidad olvida que, como valor superior del ordenamiento, no puede ser objeto de este incidente de nulidad ni de recurso de amparo, holgando todo comentario sobre la posible violación delart. 17.1 CE. Nos limitaremos a recordar lo que desde el primer momento ha dicho la jurisprudencia constitucional, v.gr., en laSTC 120/1990, de 27 de junio, donde el Tribunal Constitucional pone de manifiesto que "según reiterada doctrina deeste Tribunal -SSTC 126/1987,22/1988,112/1988y61/1990- la libertad personal protegida por este precepto es la «libertad física», la libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual, pues esta clase de libertad, que es un valor superior del ordenamiento jurídico -art. 1.1 de la Constitución-, sólo tiene la protección del recurso de amparo en aquellas concretas manifestaciones a las que laConstitución les concede la categoría de derechos fundamentales incluidos en el capítulo segundo de su título I, como son las libertades a que se refieren el propio art. 17.1 y losarts. 16.1,18.1,19y20, entre otros y, en esta línea, laSTC 89/1987distingue entre las manifestaciones «de la multitud de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles» (o manifestaciones de la «libertad a secas») y «los derechos fundamentales que

garantizan la libertad» pero que «no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones en su práctica, por importantes que sean éstas en la vida del individuo» (FJ 11). En expresión de la doctrina más autorizada, " *el TC pone así coto a la eventual expansión del objeto del derecho fundamental que nos ocupa, que podría llegar al extremo de comprender todas y cada una de las facetas de la libertad humana, vaciando con ello de contenido otros preceptos constitucionales donde se proclaman diversos derechos fundamentales en los que se desglosa esa genérica libertad del individuo* ".

SEGUNDO .- Abundando en los mismos argumentos ya analizados por la Sala, sostienen los demandados que el Auto cuya anulación pretenden vulnera " *de forma grave, deliberada y flagrante* " el derecho al proceso debido y a la tutela judicial efectiva, con patente indefensión, *al infringir la tramitación pautada en el art. 22.1 LEC* , por no haber decretado el Letrado de la Administración de Justicia el archivo de la causa, sin más, ante la sola presentación de los escritos firmados por ambas partes solicitando dicho sobreseimiento. No sin cierta contradicción la parte solicitante de nulidad afirma, a la vez, que la Sala " *ha desposeído* " de sus atribuciones al Letrado de la Administración de Justicia, quien, por su parte, también se habría extralimitado, invadiendo competencias jurisdiccionales, al no archivar los autos sin más y entender que debía dar cuenta a la Sala de la presentación de los escritos de 8 de febrero y 27 de marzo solicitando la terminación del procedimiento por satisfacción extraprocesal. De entrada, tenemos que insistir en algo ya justificado hasta la saciedad: la afirmación de que en el caso es aplicable elart. 22.1 LECincurre en un error patente de calificación jurídica: no reviste duda -es admitido- que lo que se somete a la homologación del Tribunal es una transacción *lite pendente* : en estas circunstancias, elart. 19.2 LECclaramente establece que la transacción ha de ser homologada por el Tribunal. Y el Tribunal ha explicado, con todo detalle, por qué dicha transacción -a la que la Sala no se opuso en lo relativo a sus efectos inter partes, sin perjuicio de las consecuencias que derivasen de su Sentencia-, no podía dar lugar al sobreseimiento de la causa, dado que el *thema decidendi* , las cuestiones de hecho y de Derecho sometidas a la consideración del Tribunal, son, a todas luces, cuestiones concernientes al orden público. También hemos explicado -y con reiteración- por qué en sentido estricto no cabe la satisfacción extraprocesal en estos procesos de anulación, así como que la transacción extrajudicial acaecida recae, de nuevo en sentido propio, sobre un objeto distinto del que es *thema decidendi* de las presentes actuaciones: una cosa es pactar sobre el cumplimiento de un contrato de arrendamiento, y otra que ese pacto haya inexorablemente de tener consecuencias extintivas sobre el enjuiciamiento de la validez de un Laudo en aquellos casos en que la Ley de Arbitraje impone al Tribunal la obligación de pronunciarse sobre la vulneración del orden público y/o sobre la conculcación de las inexcusables garantías de audiencia, contradicción e igualdad con que se ha de conformar y desarrollar el arbitraje. Lo anterior es, de por sí, suficiente para justificar tanto la regularidad del procedimiento que se ha seguido, por la Sala y por el Letrado de la Administración de Justicia, como la plena legalidad de la dación de cuenta efectuada y la subsiguiente negativa de este Tribunal a sobreseer las actuaciones. Y aún hemos de añadir que, incluso al margen del estado en que se halle la tramitación de la causa en el momento de plantearse el incidente - *in casu* , pendiente de celebración de una vista acordada por Auto no impugnado de 16 de diciembre de 2016-, no se puede decir, sin matiz ni distinción jurídica alguna, que un Letrado de la Administración de Justicia debe actuar automáticamente accediendo a lo que las partes de común acuerdo le pidan -nada menos que sobreseyendo el proceso-, sin dación de cuenta al Tribunal, sin calificar en Derecho el escrito que se somete a su consideración y sin evaluar, por tanto, su competencia para resolver sobre él. La Sala remite, en este sentido - *mutatis mutandis* -, a la propia doctrina delTC y del TJUE en sus respectivas Sentencias 58/2016 (Pleno del TC), de 17 de marzo, ySentencia de 18 de febrero de 2016(asuntoC-49/14): en esta última el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha apreciado que el proceso monitorio español para reclamar el cobro

de una deuda cuando el demandado no se opone formalmente, que concluye mediante decreto del Letrado de la Administración de Justicia con valor de título ejecutivo, no es conforme con el Derecho comunitario, al no permitir la intervención de un Juez que pueda apreciar la existencia o no de cláusulas abusivas (§§ 34 a 55). En definitiva: no se aprecia sombra o indicio alguno de quebrantamiento del derecho al proceso debido, y mucho menos de indefensión, pues los litigantes han podido en todo momento alegar y probar, habiendo obtenido siempre cumplida respuesta. Cuestión distinta es que, *contra legem* , se intente convertir en disponible lo que a todas luces no lo es, falseando el alcance del principio dispositivo en el proceso civil mediante el simple y sencillo recurso de pretender que el *thema decidendi* del proceso no es el que efectiva y demostradamente se ha planteado, ante todo, en la propia demanda de anulación y, posteriormente, por el Tribunal al amparo de un precepto que expresamente le autoriza a ello. De ahí que sí advirtamos el intento de consumar un verdadero fraude de ley procesal -arts. 6.4 CCy247.2 LEC-: se ha pretendido, y se sigue pretendiendo, al amparo de una "norma de cobertura" -elart. 22.1 LEC-, un resultado prohibido por el ordenamiento, contrario a él, cual es que este Tribunal no entre a conocer de la homologación de una transacción realizada *lite pendente* y, en su caso, del fondo del asunto, que versa sobre la infracción del orden público, tratando así de eludir la debida aplicación de losarts. 19.2 LECy 41.2 LA.

TERCERO .- Desestimada la solicitud de nulidad, de acuerdo con lo que preceptúa elart. 228.2, segundo inciso LEC, se imponen a la parte solicitante la totalidad de las costas del presente incidente.

En virtud de lo expuesto,

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

ACUERDA

1º.- Desestimar el incidente de nulidad de actuaciones formulado por la representación de **D. Abilioy Dª. Raimunda** contra elAuto de 4 de abril de 2017.

2º.- Condenar en las costas de este incidente a la parte solicitante de nulidad.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que, contra ella, no cabe recurso alguno (art. 228.2 LEC).

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

Voto particular

CONCURRENTE QUE FORMULA EL PRESIDENTE, Francisco Javier Vieira Morante

Al haber formulado voto particular en la resolución que motiva el incidente de nulidad de actuaciones e insistirse en la resolución de este incidente en los argumentos expuestos en la decisión mayoritaria de ese auto, me veo obligado a formular este voto particular, aun estando de acuerdo con la desestimación del incidente de nulidad de actuaciones que se recoge en la parte dispositiva. Considero que los fundamentos de la desestimación deberían ser los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Elauto de 4 de abril de 2017 de esta Saladesestimó la petición de archivo

del procedimiento y ordenó la continuación de las actuaciones.

Frente a tal decisión, se insta la declaración de nulidad de actuaciones al entender la parte que lo formula que se ha desatendido la libre disposición de las partes de apartarse del proceso por haber alcanzado una transacción judicial entre ellas y por no haber declarado la terminación del proceso por carencia sobrevenida de objeto, lo que considera viola losarts. 11.1,9.2,16,17y24.1 de la Constitución.

SEGUNDO.- Bajo la formal invocación de vulneración de derechos constitucionales, lo que realmente está realizando la parte que promueve este incidente de nulidad de actuaciones es discrepar con la decisión mayoritaria de esta Sala, apoyándose en los argumentos del voto particular, tratando así de revisar el sentido de la resolución para cambiarla.

Pero no es ese el objeto del incidente de nulidad de actuaciones, que no puede ser utilizado como una vía de impugnación o recurso, fuera de los cauces procesalmente establecidos. Así lo ha reconocido la jurisprudencia: Elauto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2014, dictado en el Recurso Núm. 391/2011, con apoyo en otras resoluciones delmismo Tribunal (AATS de 6 de noviembre de 2013, recurso nº 485/2012, yde 10 de junio de 2014, recurso nº 2247/2011) pone de manifiesto que en el incidente de nulidad el Tribunal solo puede entrar a considerar si se han producido infracciones de derechos fundamentales, pues tal cuestión es el único objeto posible de dicho incidente que no puede convertirse en un recurso en el que se revise el criterio jurídico aplicado en la resolución cuya nulidad se insta, para evitar que las alegaciones formales de infracción de un derecho constitucional encubran pretensiones de revisión de cuestiones estrictamente de corrección jurídica -lo que se denomina de legalidad ordinaria- sin trascendencia constitucional.

Por tanto, tampoco la resolución del incidente de nulidad de actuaciones debe tratar de reforzar los argumentos de la resolución contra la que se formula, sino sólo analizar si se ha producido vulneración de un derecho fundamental de los referidos en elartículo 53.2 de la Constitución, tal y como establece elart. 241 de la LOPJ.

TERCERO.- Se alega, en primer lugar, infracción a la libertad constitucional de las partes a disponer del proceso, lo que se considera infracción a losarts. 11.1,9.2,16,17y24.1 de las Constitución.

La decisión mayoritaria de la Sala al denegar el archivo del procedimiento y desestimar su terminación por transacción, aunque desde mi punto de vista sea desacertada, es una opción posible dentro de las que ofrece la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tratándose de una cuestión de legalidad ordinaria determinar en qué casos procede concluir anticipadamente el proceso civil sin llegar a su decisión definitiva, ninguna vulneración de derecho constitucional puede provocar el hecho de que el Tribunal, en su labor de controlar si concurren las condiciones legalmente establecidas, deniegue esa terminación del proceso, de forma motivada, permitiendo así a las partes conocer las razones en las que se funda. La vulneración de un derecho constitucional sólo se produciría así si hubiera un defecto de motivación relevante -lo que en absoluto se denuncia en el incidente de nulidad-, pero no cuando, como en este caso, se expresan las razones por las que se considera no es homologable la transacción que alcanzaron las partes, aunque se discrepe de ellas.

CUARTO.- También considera la parte que promueve el incidente de nulidad que el auto ha infringido el principio de legalidad procesal y constitucional, con infracción de losarts. 9.1, y117.1 de la Constitución, y losarts. 1,19.1y22.1 de la LEC, en relación con

elart. 7 LOPJ, todos ellos relacionados con elart. 24.1 de la Constitución, por quebrantamiento del proceso debido, puesto que, según aduce, debió aplicarse elart. 22 LEC, que no admite interpretaciones subjetivas o voluntaristas en palabras de la misma parte, y que atribuye el Secretario Judicial la competencia para resolver, de la que ha sido desposeído.

Nuevamente disfraza el promotor del incidente una cuestión de mera legalidad ordinaria, pretendiendo atribuirle trascendencia constitucional. Discute si estamos en este caso ante una transacción que debe ser homologada judicialmente o, por el contrario, con una satisfacción extraprocesal de las previstas en elart. 22 de la LEC, que debe provocar la terminación inmediata del procedimiento, por decreto del Secretario Judicial, al estar de acuerdo ambas partes. Pero la decisión de tal cuestión, que implica determinar en qué términos se planteó por las partes la terminación del proceso y los efectos anudados a cada uno de los modos de conclusión de las actuaciones contemplados, sólo requiere la aplicación de normas de legalidad ordinaria y la motivación correspondiente para satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva; fundamentación que también en este caso se realizó, sin indefensión alguna para las partes, que han podido conocer perfectamente las razones en las que se basó la decisión mayoritaria del Tribunal..

Por ello, no cabe más que desestimar el incidente de nulidad, con imposición de costas a su promotor; decisión con la que muestro totalmente mi conformidad.

Madrid, a 5 de mayo de 2017.

El Presidente de la Sala Civil y Penal del TSJ de Madrid.

Fdo: Francisco Javier Vieira Morante

DILIGENCIA.- En Madrid a 16 de mayo de 2017, con esta fecha es entregado en la Secretaria de esta Sala, el auto de fecha 03-05-2017 con voto particular de fecha 5-05-2017, para su notificación. Doy fe.