



Roj: **STSJ GAL 2897/2018 - ECLI: ES:TSJGAL:2018:2897**

Id Cendoj: **15030310012018100021**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **09/05/2018**

Nº de Recurso: **9/2017**

Nº de Resolución: **7/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JUAN LUIS PIA IGLESIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA CIV/PE

A CORUÑA

SENTENCIA: 00007/2018

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

Sala de lo Civil y Penal

Ilmo. Sr. Presidente:

Don Juan Luis Pía Iglesias

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don José Antonio Ballesteros Pascual

Don Fernando Alañón Olmedo

A Coruña, a nueve de Mayo de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los magistrados expresados en el encabezamiento, vio el procedimiento de nulidad de laudo arbitral nº 9/17 en el que ha sido demandante "Telefónica de España S.A.", representada por el Sr. Procurador D. José Martín Guimaraens Martínez bajo la Dirección del Sr. Letrado D. Ramón Sabín Sabín y demandado D. Rogelio , representado por la Sra. Procuradora Dª Fara Aguiar Boudín, bajo la dirección del Sr. Letrado D. Eduardo Aguiar Boudín en el que se ha debatido la nulidad del laudo dictado en el procedimiento expediente número NUM000 , en fecha 13 de Julio de 2017, por la Xunta Arbitral de Consumo de Galicia

Es ponente S.Sª Ilma. D. Juan Luis Pía Iglesias.

Antecedentes de hecho

Primero .- El procurador D. José Martín Guimaraens Martínez, en nombre y representación de "Telefónica de España S.A.", interpuso con fecha de registro de 18/10/2017 acción de anulación de laudo arbitral ante este Tribunal, contra D. Rogelio , en la que, tras las alegaciones fácticas y de derecho correspondientes, terminó suplicando que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad plena del laudo arbitral dictado en el procedimiento expediente número NUM000 , en fecha 13 de Julio de 2017, por la Xunta Arbitral de Consumo de Galicia, dejándolo sin efecto alguno y condenando en costas a la parte demandada

Se admitió a trámite la demanda por decreto de 10/11/2017 y se emplazó al demandado, contestando La Sra. Procuradora Dª Fara Aguiar Boudin, en representación del demandado.



Por diligencia de ordenación de fecha 27/11/2017 se tuvo por contestada la demanda y por providencia de 14/12/2017 se admitió la totalidad de la prueba propuesta y una vez practicada, se reanudó la tramitación en fecha 27/04/2018 tras su paralización debida a la huelga indefinida de funcionarios desde el día 07/02/2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º) Una vez practicada la prueba, es procedente dictar sentencia ex art. 42.1 c) de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de **Arbitraje**, (en lo sucesivo Ley de **Arbitraje**), debiendo puntualizarse que la única prueba practicada ha sido la unión a los autos del expediente arbitral completo número NUM000 tramitado, previa reclamación ante el Instituto Galego de Consumo de A Coruña, en la Consellería de Economía, Empleo e Industria de la Xunta de Galicia, extremo que tiene gran relevancia, por cuanto esa prueba no afecta a la mayoría de las cuestiones suscitadas ahora ante este Tribunal.

2º) La causa de nulidad invocada por la entidad demandante ex art. 41.1 e) De la Ley de **Arbitraje** implica que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no susceptibles de **arbitraje**, al destacar que lo resuelto en el laudo impugnado excede de lo que es materia de **arbitraje** dado que está excluido porque en la oferta pública de sometimiento al sistema arbitral de consumo de la Xunta arbitral de consumo de Galicia, en su condición 2ª se excluyen expresamente como materia de **arbitraje** las solicitudes de conexión a la red telefónica pública fija y de acceso a los servicios disponibles y al resto de obligaciones del servicio público, por ser materia reservada legalmente al Ministerio de Ciencia y Tecnología. Esa exclusión viene establecida, en efecto en la referida oferta pública aceptada por la entidad ahora demandante, pero esa exclusión ha de aplicarse en su literalidad como parece obligado y, desde esa estricta perspectiva, es indudable que la reclamación formalizada por el ahora demandado el 09/02/2017 no guarda relación con solicitud de conexión de clase alguna, sino que se concreta a una reclamación por averías y perjuicios causados en una línea ya instalada y que funcionaba en base a una conexión establecida, de manera que no se trata de la solicitud excluida en el sistema arbitral pactado.

De hecho, en ningún momento se reclamó que se realizase conexión alguna sino que se reparara/restableciera la ya existente, cual en principio parece obligado ex contractu al amparo del art. 1091 del C. Civil.

Hasta aquí, se trata de obviedades que llevarían a la desestimación de la demanda sin necesidad de otros argumentos, pero es verdad que esa obligación de reposición/reparación del servicio no implica la modificación de tecnologías del servicio, que es lo que en realidad ha ocurrido, siendo ese un nuevo extremo de discrepancia de las partes.

Así, según la entidad actora, la pretensión de cambiar la tecnología utilizada es también excesiva al estar esa materia reservada al Ministerio... y no acreditarse que el servicio se haya perjudicado o que se hayan irrogado perjuicios derivados de ese cambio tecnológico.

El demandado sostiene que la nueva tecnología implantada es deficiente en cuanto que depende en exceso del suministro de energía eléctrica y además encarece la llamada portabilidad

El laudo sostiene que se ha operado una modificación contractual incontentada y que procede sustituir la tecnología implantada por la denominada "de cobre"

La discusión esencial es si se trata de una cuestión/petición de conexión o no.

Desde el punto de vista de la literalidad de la exclusión, como queda dicho, todo demuestra que en ningún momento se ha solicitado una nueva conexión y por eso es imposible considerar la exclusión alegada por la entidad actora.

Lo que ha ocurrido es algo totalmente distinto, esto es, que para solventar la reclamación inicial de averías y perjuicio se restableció la conexión con una tecnología diferente a la previamente instalada, en concreto, mediante la migración del suministro telefónico a tecnología radioeléctrica (acceso fijo radio y televisión mediante satélite), lo que significa que, sin solicitud alguna del usuario se cambió la tecnología instalada para la prestación del servicio.

No se han explicitado los motivos de ese cambio, nada demuestra que fuese necesario y/u obligado, ni que sea imposible restablecer el servicio con la tecnología ya instalada en condiciones de prestación adecuada del servicio, ni que esa alteración sea beneficiosa para el reclamante y no se ha demostrado nada de eso, porque no se ha practicado prueba alguna al respecto, ni se ha intentado demostrar esta clase de asertos.

Tampoco ha demostrado el demandado los perjuicios alegados en relación con la dependencia excesiva de la energía eléctrica y la llamada portabilidad, esto es la posibilidad de cambiar la contratación y acudir a otras entidades que suministren servicios de esta clase e índole.



En realidad parece una máxima de experiencia que cuando se cambia una tecnología, la que se implanta ex Novo supone una mayor eficiencia y tuene ventajas sobre la obsoleta, de modo que empecinarse en conservar una tecnología anterior menos eficiente, desfasada o ajena a la implementación de la entidad responsable del suministro pudiera ser abusivo, per ha de insistirse en que nada de eso se ha probado y en gran parte muchas de esas posibilidades ni se han alegado.

La duda recae entonces sobre extremos esenciales que debieron demostrar las partes.

Si las tecnologías pueden utilizarse sin perjuicio de nadie, si son equivalentes y si existe la posibilidad real de utilizar cualquiera de ellas sin dificultad, el laudo impugnado es enteramente correcto; si no fuera así, es decir si no cupiera la posibilidad de utilizar la tecnología que impone el laudo, si eso no irrogase perjuicio alguno y si se alterase, dificultase o casi imposibilitase la prestación adecuada del servicio el laudo sería nulo porque pretendería una suerte de restitutio in integrum excesiva, tecnológicamente ineficaz y antieconómica, pero nada de eso se ha demostrado, sino que se reduce lo acreditado a un cambio tecnológico in consentido, pero reversible, sin perjuicio alguno demostrado para la entidad demandante y con el beneficio de evitar posibles e indemostrados perjuicios para el demandado si se mantuviese la situación actual.

La concreta cuestión del cambio de tecnología fue suscitada por el demandado ante el organismo arbitral en un escrito de fecha 06/04/2017, mientras que la entidad ahora demandante no asistió, pese a estar debidamente citada al acto de audiencia o de vista arbitral celebrado el 13/07/2017, es decir la cuestión fue sometida a **arbitraje**, lo cual supone que no se infringió el art. 41. 1 c) de la Ley de **arbitraje**.

La existencia de esa modificación/ampliación de la inicial reclamación tal vez debió ser trasladada a la ahora demandante a los efectos de discutir en el ámbito arbitral la misma, pero, de un lado, estaba implícita en la petición inicial y, e otra parte, resulta que nadie ha opuesto reparo de validez al laudo por esta causa ni ha invocado indefensión de clase alguna.

En todo caso, como precisa la sentencia del TSXG de fecha 24/01/2018 "La primera precisión que en orden a la resolución de la cuestión planteada debe realizarse es la determinación del régimen jurídico aplicable al **arbitraje** antecedente a la presente litis. Nos encontramos ante un **arbitraje** de consumo que se rige por las disposiciones del RD 231/2008, de 15 de febrero, por cuanto el artículo 1 de la citada norma indica que el Sistema Arbitral de Consumo se regirá por la misma y que como tal hay que entender el **arbitraje** institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor, significando el párrafo .

El artículo 43 de la norma reglamentaria anteriormente indicada establece que en cualquier momento, antes de la finalización del trámite de audiencia, las partes podrán modificar o ampliar la solicitud y la contestación, pudiendo plantearse reconvencción frente a la parte reclamante. Consecuencia del régimen anterior, la litis no queda trabada en todos sus elementos con el escrito de demanda arbitral y su contestación sino que en momento posterior, en la propia audiencia a la que se refiere el artículo 44, es cuando las partes definitivamente fijan sus posiciones, incluida la pretensión, e incluso puede llegar a formularse en ese momento la reconvencción correspondiente".

En el mismo sentido, la sentencia de fecha 15/12/2015 de aquel Tribunal en cuanto precisa que "Para analizar el motivo debemos de partir de dos premisas. Por un lado la flexibilidad que rige en el proceso arbitral según predica la exposición de motivos al referirse de la Ley de **arbitraje** 60/2003 cuando al referirse a la razonabilidad de que el procedimiento arbitral se estructure sobre la base de una dualidad de posiciones entre, demandante y demandado, añade a continuación que: "Esta concurrencia, sin embargo, debe ser flexibilizada a la hora de configurar los requisitos de los actos de la partes en defensa de sus respetivas posiciones. De este modo, no se establecen propiamente requisitos de forma y contenido de los escritos de alegaciones de las partes. La función de la demanda y de la contestación a que se refiere el artículo 29 es sino la de ilustrar a los árbitros sobre el objeto de la controversia, sin perjuicio de alegaciones ulteriores. No entran aquí en juego las reglas propias de los procesos judiciales en cuanto a requisitos de demanda y contestación, documentos a acompañar o preclusión. El procedimiento arbitral, incluso en defecto de acuerdo de las partes, se configura con gran flexibilidad, acorde con las exigencias de la institución"

El citado art. 29 LA, en su apartado 2 establece que: "Salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellos podrá modificar o ampliar su demanda o contestación durante el curso de los actuaciones arbitrales a menos que los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiese hecho (al respecto, véase la sentencia de la Sala de 15-10-2013). Es más, el art. 43 del R.D 231/2008, de 15 de febrero , por el que se regula el sistema arbitral de Consumo, que regula la reconvencción y modificación de las pretensiones de las partes, en sus apartado 1, precisa que: " En cualquier momento antes de la finalización del trámite de audiencia la partes podría modificar o ampliar la solicitud y la contestación..."



Pero por otro lado, no podemos olvidar lo que dispone el art. 24 de la LA., que establece en el ámbito de la sustanciación de las actuaciones arbitrales (título V), los Principios de Igualdad, audiencia y contradicción, determinando en su apartado 1 que: "Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos" en coherencia con las garantías constitucionales reconocidas en el art. 24 CE, cuyos límites no pueden ser rebasados en el procedimiento".

Pese a contener el laudo algún razonamiento jurídico se explicita que se decidió en base a la equidad, cuestión que no puede eliminar la vertiente obviamente jurídica de este procedimiento y que implica la necesidad de desestimar la demanda al no demostrarse que la modificación del sistema de suministro no sea reversible sin perjuicios extraordinarios, siendo obvio que esa modificación se realizó por decisión unilateral de la entidad demandante sin negociación previa con el usuario y sin respetar lo pactado entre las partes.

3º) La desestimación de la demanda comporta la declaración de no haber lugar a la misma y la confirmación del laudo impugnado, sin que proceda la imposición de costas ex artículos 394.1 y 398.1 LEC a la entidad demandante por las dudas derivadas de la posibilidad eficiente respecto al cambio de la tecnología ahora utilizada.

En atención a lo expuesto y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

Desestimando la demanda de nulidad interpuesta por "Telefónica de España S.A.U." frente a D. Rogelio en relación al laudo de fecha 13/07/2017 dictado en el expediente nº NUM000, no ha lugar a la anulación solicitada, confirmando aquel laudo, sin que haya lugar a expreso pronunciamiento en materia de costas procesales.

Esta sentencia es firme ex art. 42.2 de la Ley de Arbitraje.

Notifíquese a las partes y póngase en conocimiento de la Xunta Arbitral de Consumo de Galia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se formulará testimonio para su unión al rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.