



Roj: **STSJ M 2185/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:2185**

Id Cendoj: **28079310012017100021**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/02/2017**

Nº de Recurso: **73/2016**

Nº de Resolución: **12/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JESUS MARIA SANTOS VIJANDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31001590

NIG: 28.079.00.2-2016/0151349

Procedimiento: Nulidad laudo arbitral 73/2016

Demandante: HIJOS DE MUÑIZ BOIRO, S.L.

Procuradora: D^a. Silvia Barreiro Teijeiro.

Demandado : GALAXY WORDL, S.L.

En rebeldía.

SENTENCIA N° 12/2017

Excmo. Sr. Presidente:

D. Francisco Javier Vieira Morante

Ilmos. Sres. Magistrados:

Ilma. Sra. Magistrada Doña Susana Polo García

Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande

En Madrid, a 21 de febrero del dos mil diecisiete.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El 13 de septiembre de 2016 tuvo entrada en este Tribunal la demanda por la que se solicita la anulación del Laudo de 11 de julio de 2016, dictado por D. Francisco Herrera García en el procedimiento TEL/7/2016, administrado por ASOCIACIÓN EUROPEA DE **ARBITRAJE** (en adelante, AEADE).

SEGUNDO .- Por DIOR de 19 de septiembre de 2016 se requiera a la actora para que, en el plazo de diez días, acredite la representación en la forma establecida en el art. 24 LEC , aporte el Laudo y el convenio arbitral, así como el Modelo de Autoliquidación de Tasa Judicial 696, debidamente cumplimentado, validado y firmado, lo que efectivamente verifica en tiempo y forma.

TERCERO .- Admitida a trámite la demanda por Decreto de 27 de octubre de 2016 y emplazada la parte demandada mediante correo certificado con acuse de recibo el 9 de noviembre de 2016 para que conteste a la demanda, no comparece en el presente procedimiento ni en forma ni en plazo.



CUARTO .- Por diligencia de ordenación de 19 de diciembre de 2016, de acuerdo con el art. 496.1 LEC , se tiene por precluido el trámite de contestación y se declara en rebeldía a la demandada, lo que le es notificado con los apercibimientos legales (diligencia de constancia de 19.12.2016).

QUINTO .- El 20 de diciembre de 2016 se da cuenta al Ponente al objeto de analizar los medios de prueba solicitados y proponer a la Sala la resolución correspondiente (DIOR 19.12.2016).

SEXTO .- Mediante Auto de 22 de diciembre de 2016 la Sala acuerda:

1º. Haber lugar al recibimiento del pleito a prueba.

2º. Admitir y tener por aportada la documental acompañada a la demanda.

3º Admitir la *Documental* consistente en requerir a la Asociación Europea de **Arbitraje**, sita en la calle Velázquez 22, 5ª planta, izda., a fin de que remita copia íntegra del expediente TEL/7/2016, *con traslado del mismo a la parte actora por término de cinco días a efectos de alegaciones* .

4º No haber lugar a la celebración de vista pública.

SEPTIMO .- Cumplimentado el anterior oficio de prueba -recibido en esta Sala el día 13 de enero de 2017- y efectuado el traslado acordado en el Auto de 22 de diciembre de 2016 -DIOR 13.1.2017-, la actora presenta escrito de alegaciones el siguiente día 26 de enero, en el que insiste los alegatos de anulación de su escrito de demanda.

OCTAVO.- Se señala para deliberación y fallo, el día 21 de febrero de 2017 (DIOR 07/02/2017), fecha en la que tuvieron lugar.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande (DIOR 19.09.2016), quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El laudo impugnado, dictado en equidad, resuelve:

1º Que la parte demandada ha incumplido el contrato frente a la parte demandada (*sic*) produciendo daños y perjuicios en la cantidad de 3.929,00 euros.

2º Condenar a la demandada a las costas por 1.309,85 euros.

Alega la actora la invalidez del convenio arbitral [art. 41.1.a) LA] por un doble orden de consideraciones: de un lado, los contratos inclusivos del convenio se habrían suscrito por uno de sus representantes legales mancomunados, " *que habría actuado de forma individual, sin la capacidad necesaria para actuar en nombre de la mercantil* "; de otro lado, entiende la demandante que, "a pesar de no tener la condición de consumidor final en el contexto de esta operación", la contratación estaría viciada por falta de información veraz sobre las condiciones de la misma, no habiéndole hecho entrega el comercial de la demandada de la copia de los contratos promocionales y de portabilidad.

En segundo término, al amparo del art. 41.1.b) LA, postula la demanda que el Laudo le ha causado indefensión al no haber tenido en cuenta su escrito de alegaciones -que sí habría sido remitido mediante fax, como acreditarían los docs. 11 y 12 de la demanda-, y que, erróneamente, se ha entendido como no evacuado.

Finalmente, el Laudo habría infringido el orden público -art. 41.1.f) LA- por parcialidad de AEADE tanto al no haber posibilitado su derecho de defensa en el expediente arbitral, como -con cita de la Sentencia de esta Sala 66/2015, de 23 de septiembre -, porque dicha entidad administradora del **arbitraje** " *ha elaborado los contratos que GALAXY WORDL, S.L., utiliza en su tráfico comercial y también le ha proporcionado el modelo de demanda de arbitraje* ", " *de lo que se desprende que AEADE ha asesorado jurídicamente a esta empresa* "; todo lo cual infringe el principio de igualdad y compromete la debida neutralidad de AEADE.

Así concretados los términos del debate susceptible de ser decidido en este procedimiento, la Sala, con carácter previo al eventual examen de la invalidez del convenio derivada de la falta de capacidad para contraerlo y/o de error vicio en el consentimiento, atenderá a aquellos alegatos referidos a vulneraciones de índole procesal, que, de ser estimados, abocarían a la declaración de nulidad del Laudo por razones de orden público, cuyo análisis constituye antecedente lógico y jurídico de cualquier enjuiciamiento de la validez del convenio fundada en la falta de capacidad o en error excusable del consentimiento; y máxime si se confirmase que el convenio ha sido ratificado con quiebra del principio de igualdad -por parcialidad de la entidad administradora del **arbitraje**-, en cuyo caso, como este Tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones, resultaría aquejado de una radical nulidad exenta de confirmación o subsanación posible.



SEGUNDO.- En lo que toca al alegato de indefensión, sustentado en el hecho de que, como revela el tenor del Laudo -antecedente 2.3, segundo párrafo *in fine* -, el Árbitro habría laudado incurriendo en un error patente al considerar que el demandado no hizo alegaciones, cuando dicho escrito oponiéndose a la demanda arbitral sí habría sido remitido mediante fax -docs. 11 y 12 de la demanda de anulación-, la Sala, una vez recibido el expediente arbitral en su integridad, verifica lo siguiente:

En primer lugar, que, como dice el aquí demandante, sí consta entregado el 31 de mayo de 2016, a las 15:54 horas, envío remitido el 24 de mayo por AEADE a través de mensajería -doc. nº 5 del expediente arbitral-, cuyo contenido, reconocidamente, era la Diligencia nº 1 del procedimiento arbitral TEL/7/16, dando traslado de la solicitud de **arbitraje** presentada por GALAXY WORLD, S.L., a HIJOS DE MUÑIZ BOIRO, S.L.

Por el contrario, en el Expediente remitido por AEADE no consta el escrito de alegaciones que la mercantil demandante acompaña como doc. nº 11 de su demanda, ni su remisión por fax al número 914319510, realizada el día 9 de junio de 2016, a las 13:28 horas, con confirmación de su recepción -doc. nº 12 de la demanda.

La Sala repara asimismo en que el número de fax supra indicado es el que aparece como de la entidad AEADE en la documentación del expediente: señaladamente, en la Diligencias procesales 1 y 2 -de 24 de mayo y 13 de junio de 2016, respectivamente-, en cuyo pie de página consta el número de fax 914319510, junto con la dirección de AEADE, su número de teléfono, correo electrónico y página web.

Se ha de tener en cuenta, asimismo, que el art. 4.6 del Reglamento AEADE establece que "*las comunicaciones se podrán realizar mediante entrega con acuse de recibo, correo certificado, servicio de mensajería, fax o comunicación electrónica que dejen constancia de su emisión y recepción. Se favorecerá la comunicación electrónica*". Nada impedía, por tanto, que la contestación a la solicitud de **arbitraje** fuese remitida a la Corte Arbitral por el conducto utilizado por la mercantil demandante de anulación.

Cuanto antecede debe ser analizado desde la perspectiva de lo que el Tribunal Constitucional ha denominado error patente, si bien con incidencia en el derecho de defensa, que resulta claramente conculcado. Como señala, muy ilustrativamente, la STC 206/1999, lo determinante es que "*la resolución judicial sea el producto de un razonamiento equivocado que no se corresponde con la realidad, por haber incurrido el órgano judicial en un 'error patente' en la determinación y selección del material de hecho del presupuesto (jurídico) sobre el que se asienta su decisión* ..." (FJ 2º). En este sentido, desde el punto de vista de la infracción del art. 24.1 CE, confiere especial trascendencia a "*la negativa judicial a examinar una cuestión que debería constituir premisa lógica en el proceso racional de formación de la decisión*". Cfr. asimismo, entre otras, la STC 39/2015, de 2 de marzo (FJ 6).

En el caso, una vez que se entiende acreditado que la demandante ha remitido su escrito de alegaciones en tiempo y forma, y que, sin dar razón alguna, el Árbitro simplemente afirma que dicha parte no ha efectuado alegaciones, es evidente de toda evidencia que el escrito de oposición de la demandada en el procedimiento arbitral no ha sido tenido en cuenta a la hora de laudar, con claro quebranto de su derecho de defensa y de la interdicción de indefensión (art. 24.1 y 2 CE), y con la consiguiente infracción del orden público ex art. 41.1.f) LA.

El motivo es estimado.

TERCERO .- Mas, sentado lo que antecede -en congruencia con lo resuelto en casos análogos-, la Sala debe analizar una queja que, de concurrir, entrañaría la infracción del orden público de un modo aún más radical si cabe, con incidencia en la validez misma del convenio -art. 41.1.a) LA-: nos referimos a los alegatos vertidos en la demanda de anulación cuestionando la neutralidad de AEADE por su vinculación con una de las partes litigantes en la contienda arbitral. Y es que, al decir de la demandante, dicha entidad administradora del **arbitraje** "*ha elaborado los contratos que GALAXY WORDL, S.L., utiliza en su tráfico comercial y también le ha proporcionado el modelo de demanda de arbitraje*", "*de lo que se desprende que AEADE ha asesorado jurídicamente a esta empresa*"; todo lo cual infringe el principio de igualdad y compromete la debida neutralidad de AEADE.

La Sala, a la vista de la documental obrante en la causa, no puede sino concluir -como ha concluido en casos muy similares al presente, v.gr., en nuestras **Sentencias 65/2015**, de 17 de septiembre (roj STSJ M 10504/2015), **66/2015**, de 23 de septiembre (roj STSJ M 10499/2015), y **55/2016**, de 19 de julio (roj STSJ M 8911/2016)-, a cuya motivación nos remitimos- que en el Laudo concurre, en efecto, la causa de anulación invocada por la mercantil demandante.

La Sala parte de los siguientes hechos probados y de la valoración probatoria que a continuación se consigna, que resultan del conjunto de la documental obrante en la causa:

Que AEADE ha asesorado a la mercantil demandante.

Que el documento de demanda presentado por GALAXY WORDL, S.L., ante AEADE es un documento-formulario, predispuesto, en cuyo encabezamiento consta impresa la identidad de AEADE, su logotipo y todos sus datos de contacto -doc. 10 de la demanda.

Que AEADE elabora y facilita un formulario o modelo de demanda de **arbitraje** claramente dirigido o preordenado a que actúen como demandantes las empresas suministradoras de los terminales de telefonía móvil.

No consta que exista un formulario similar de contestación a la demanda.

El hecho tercero se infiere racionalmente del hecho segundo y del modo en que está redactado ese documento:

De entrada, es evidente que la demanda de **arbitraje** es un documento hecho por AEADE, en el que consta impresa su identidad, su logotipo y los datos de contacto. Es racional inferir que el documento lo elabora AEADE.

En segundo término, el tenor de esa demanda-tipo pone de relieve -sobre ello habremos de insistir- que AEADE conoce el modelo o contrato-tipo de suministro de terminales de telefonía móvil -doc. nº 5-: así lo revela el hecho de que literalmente dice: " **Ante AEADE comparece y declara** (el demandante): *Que, en el contrato anteriormente mencionado, el demandado se comprometía a cumplir lo establecido en el punto 2 del mismo...* ".

Y lo es que es determinante, la redacción de la demanda estaría pensada tan solo para articular motivos de incumplimiento del cliente, no del suministrador: " *ninguna de las previsiones contenidas en el modelo de demanda va dirigida a que el cliente cumplimente una potencial demanda frente a los suministradores* ". Hay un dato muy revelador en este sentido: a continuación de lo transcrito, la demanda sólo hace referencia expresa a posibles incumplimientos del demandado que tienen que ver con las obligaciones explícitamente asumidas en el punto 2 del contrato de suministro por el denominado cliente: en concreto, baja anticipada, impago de recibos o portabilidad anulada, conceptos que, según proceda, deben ser marcados con una X. Ciertamente que el modelo de demanda añade un recuadro, seguido de la leyenda "Otros (indicar)" y una línea de puntos suspensivos, donde se podrían reflejar otros posibles incumplimientos, pero no es menos cierto que no hay referencia alguna a incumplimientos del suministrador en cualquiera de sus dos obligaciones: entrega de terminales y dar de alta las líneas.

A lo que se ha de añadir la verosimilitud, la apariencia fundada de que la redacción del contrato tipo procede de AEADE- es razonablemente deducible de varios hechos-base: uno, que, pese a tratarse de un contrato de adhesión y a diferencia de lo que es usual en tal suerte de contratos, el nombre y datos del predisponente no constan impresos, muy probablemente porque a la hora de redactar el contrato-tipo se desconoce quién es el suministrador, que, por tanto, no redacta ni elabora el contrato. El segundo indicio, es que el único elemento subjetivo invariable, que consta en todos los casos en el contrato predispuesto, es el árbitro o, por mejor decir, la entidad administradora del **arbitraje**, AEADE. El tercer indicio, ya mencionado *supra*, atiende a que AEADE, cuando indiscutiblemente elabora el modelo de demanda arbitral, conoce con todo detalle y precisión el contenido del contrato-tipo de suministro de terminales de telefonía móvil.

En todo caso, al margen de la presunción cabal de que AEADE elabora los contratos promocionales de terminales de telefonía móvil, haciendo aun cuestión aparte de la mención en los contratos a AEADE como entidad administradora del **arbitraje**, lo que resulta decisivo y totalmente incuestionable *in casu* es que la propia corte arbitral sea la que redacte el modelo de demanda a presentar por las empresas de telefonía. Esto significa que la institución administradora del **arbitraje** está ya inicialmente tomando partido a favor de una de las partes, facilitándole el ejercicio de acciones e indicándole la forma de presentar su reclamación... Como dijimos en la Sentencia 66/2015, " *las personas que conforman AEADE realizaron un asesoramiento a la empresa proveedora de telefonía móvil aquí demandada, no sólo suministrándole el modelo de contrato que pudiera utilizar en sus transacciones comerciales, sino orientándole en la forma y modo de realizar su reclamación contra el cliente... Basta así esta apariencia, contraria a las garantías que deben revestir el **arbitraje**, para considerar que el laudo está viciado por estar objetivamente minada la confianza en una resolución equitativa e imparcial* " (FJ 2).

O, en palabras de la Sentencia de esta Sala 65/2015 (FJ 10º): " *Esta realidad, desde el punto de vista objetivo y desde el punto de vista de las apariencias, suscita dudas justificadas sobre la independencia y neutralidad de la institución administradora del **arbitraje**: una labor de asesoramiento tal evidencia una vinculación ostensible de la entidad administradora del **arbitraje** con una de las partes implicadas en una relación contractual de adhesión: la parte predisponente* ".

Este factum, contemplado a la luz de los parámetros de enjuiciamiento reseñados en los Fundamentos 3º, 7º, 8º y 9º de nuestra Sentencia 65/2015 (ROJ STS M 10504/2015), a los que nos expresamente nos remitimos - con las adaptaciones correspondientes a las nuevas reglas de la IBA y al nuevo Reglamento de AEADE-, lleva a



estimar también este motivo de anulación formulado al amparo del art. 41.1.f) LA, si bien precisando, en recta aplicación del *iura novit Curia*, que los hechos en que sustenta la nulidad tienen verdadera y real incidencia en la causa a) del art. 4.1.1 LA: *el convenio ha sido suscrito en una inadmisibles situación de preeminencia de una de las partes sobre la otra respecto de la entidad a la que, en la cláusula de sumisión, se encomendaba la administración del arbitraje, que adolece del desinterés objetivo constitucionalmente exigible*. En consecuencia, no solo el laudo infringe el orden público, sino que, en las circunstancias expuestas, también se ha de considerar que el convenio arbitral es en sí mismo inválido.

El motivo es estimado.

CUARTO.- Estimada la demanda, procede, conforme al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, imponer a la demandada las costas causadas en este procedimiento.

Vistos los artículos de aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAMOS la demanda de anulación de Laudo arbitral formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Silvia Barreiro Teijeiro, en nombre y representación de HIJOS DE MUÑIZ BOIRO, S.L., contra GALAXY WORDL, S.L., anulando el Laudo dictado con fecha 11 de julio de 2016 por D. Francisco Herrera García, árbitro único designado por ASOCIACIÓN EUROPEA DE **ARBITRAJE** (AEADE) en el expediente arbitral TEL/7/2016; con expresa imposición a la parte demandada de las costas causadas en este procedimiento.

Frente a esta sentencia no cabe recurso alguno (art. 42.2 Ley de **Arbitraje**).

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