



Roj: **STSJ M 4571/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:4571**

Id Cendoj: **28079310012017100040**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/04/2017**

Nº de Recurso: **77/2016**

Nº de Resolución: **27/2017**

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: 28.079.00.2-2016/0153734

Procedimiento: Nulidad laudo arbitral 77/2016

Demandante: MIGERTRÓN SEGURIDAD, S.L.

Procuradora: D^a. Cristina Velasco Echavarri.

Demandado : TELECOMUNICACIONES PALOMO, S.L.

Procuradora: D^a. Belén Casino González.

SENTENCIA N° 27/2017

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 veintiséis de abril del dos mil diecisiete.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El 15 de septiembre de 2016 tuvo entrada en este Tribunal la demanda por la que se solicita la anulación del Laudo de 13 de junio de 2016, dictado por D. Francisco Herrera García en el procedimiento TEL/172/2015, administrado por ASOCIACIÓN EUROPEA DE **ARBITRAJE** (en adelante, AEADE).

SEGUNDO .- Previa subsanación del defecto de no aportación del Modelo de Autoliquidación de Tasa Judicial 696 debidamente cumplimentado, validado y firmado -advertido por DIOR 19.92016, confirmada en reposición por Decreto de 24.10.2016-, se admite a trámite la demanda mediante Decreto de 14 de noviembre de 2016 y, emplazada la parte demandada mediante correo certificado con acuse de recibo el 2 de diciembre de 2016 para que conteste a la demanda, evacua su contestación por escrito de 5 de enero de 2017 - presentado el mismo día por lexnet.



TERCERO .- Dado traslado en Diligencia de Ordenación de 19 de enero de 2017 a la demandante para presentar documentos adicionales o proponer prueba ex art. 42.1.b) LA, la representación de MIGERTRÓN SEGURIDAD, mediante escrito presentado el siguiente día 13 de febrero de 2017 solicita la siguiente prueba adicional:

Interrogatorio de parte: que se cite al representante legal de TELECOMUNICACIONES PALOMO, S.L.

Documental:

Por reproducida

Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 65/2015, de 17 de septiembre , en tanto que el demandado en tal proceso era el mismo que en el que nos ocupa. Esta Sentencia declara probado que los contratos promocionales de telefonía móvil para empresas de TELECOMUNICACIONES PALOMO, S.L., fueron redactados por la AEADE.

Testifical: al amparo de lo dispuesto en el art. 362 LEC se propone como testigo a D. Darío , empleado de VODAFONE que esta parte se compromete a llevar a juicio. Se motiva la presente petición, al haber sido testigo presencial y directo de los hechos, por lo que su declaración es testimonio importante para el presente procedimiento.

CUARTO .- El 16 de febrero de 2017 se da cuenta al Ponente al objeto de analizar los medios de prueba solicitados y proponer a la Sala la resolución correspondiente (DIOR 16.02.2017).

QUINTO .- Mediante Auto de 22 de febrero de 2016 la Sala acuerda:

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

2º. Admitir y tener por aportada la documental acompañada a los escritos de demanda y de contestación.

3º Requerir a la Asociación Europea de Arbitraje (AEADE), a fin de que remita, testimoniada, copia íntegra del expediente TEL/172/2015.

4º No admitir las restantes pruebas propuestas.

5º No haber lugar a la celebración de vista pública.

SEXTO .- Recibido el expediente arbitral en esta Sala el día 29 de marzo de 2017, se señala para deliberación y fallo el día 26 de abril de 2017 (DIOR 29/03/2017), 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 3.956,41 euros.

2º Condenar a la demandada y a la demandante al 50% de las costas, teniendo que abonar 763,05 €, respectivamente. El total asciende a 1.526,10 euros.

3º Que las cantidades anteriores deberán ser abonadas a la parte demandante para lo que dispone de 20 días hábiles y de conformidad con el art. 548 LEC se proceda abonar la cantidad a la que ha sido condenada, y que el presente Laudo puede ser objeto de ejecución forzosa ante la jurisdicción ordinaria.

En primer lugar, sostiene la actora que el convenio arbitral no es válido -art. 41.1.a) LA-, porque, en tanto que condición general de la contratación -predispuesta, incorporada a un contrato de adhesión y no negociada-, vulnera el art. 8.1 LCGC, que declara nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier norma imperativa o prohibitiva: y tal sucedería con la cláusula arbitral cuestionada, que, en contra de los arts. 15.3 LA y 24 CE , dispone que la designación del árbitro es competencia exclusiva de AEADE. Cita, en este sentido, la Sentencia de esta Sala de 23.9.2014 .

En segundo término, al amparo del art. 41.1.c) LA, sostiene MIGERTRÓN que el árbitro ha resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión, incardinando en tal alegato la falta de legitimación activa de TELECOMUNICACIONES PALOMO en el procedimiento arbitral para reclamar la penalización derivada del incumplimiento de los contratos promocionales de terminales de telefonía móvil; legitimación activa que correspondería a la operadora VODAFONE.



En tercer lugar, alega la actora que el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo entre las partes - art. 41.1.d) LA-, por falta de legitimación para ejercer la acción, por error en la determinación del plazo de contestación y porque no se aportaron todos los documentos preceptivos junto a la solicitud de **arbitraje**, con infracción del Reglamento de AEADE : en concreto, se queja de la ausencia del escrito de nombramiento de las personas que representarán a las partes en el **arbitraje**, así como de la falta de constancia del pago de los derechos de admisión y administración de la Asociación y de las provisiones de fondos de los honorarios de los árbitros.

Finalmente, aduce como causa de anulación la infracción del orden público -art. 41.1.f)- por falta de imparcialidad de AEADE tanto en el proceso de designación del árbitro como por su vinculación con la demandada -a la que asesoraría con carácter previo y coetáneo al **arbitraje** mismo, con quiebra del principio de igualdad, mencionando la STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de febrero de 2015 .

Por su parte, la demandada niega la invalidez del convenio arbitral, que no ha sido impugnada en el **arbitraje** -tal y como demanda el art. 6 LA- y que fue suscrita voluntariamente por parte de quien ahora la reprueba, sin que la atribución a AEADE de la competencia exclusiva de designar el árbitro entrañe quiebra alguna del principio de igualdad.

Asimismo, TELECOMUNICACIONES PALOMO afirma su legitimación activa, como suministrador de terminales a precio bonificado a cambio del mantenimiento en alta de las líneas con el operador correspondiente -en cuya condición firma los contratos-, no mediando por tanto extralimitación alguna del árbitro.

En tercer lugar, niega la demandada que el procedimiento arbitral no se haya ajustado a lo pactado: afirma carecer de prueba alguna de que se le hayan concedido a la demandada en el **arbitraje** cinco días menos para contestar a la demanda arbitral de los reglamentariamente previstos; y por lo que concierne a la falta de los documentos que se debieron aportar niega la concurrencia de indefensión efectiva: los representantes de TELECOMUNICACIONES PALOMO en el **arbitraje** habrían sido designados verbalmente, dando por buena tal circunstancia la entidad administradora del **arbitraje**, AEADE, al obrar en su poder la demanda arbitral con la firma y el sello de la actora.

Por último, el Laudo no infringiría el orden público, únicamente comprensivo de la ausencia de motivación, la existencia de cosa juzgada, la parcialidad del árbitro, la infracción del principio de igualdad y la prueba ilícita, ninguna de cuyas circunstancias es invocada de contrario, siendo la AEADE un organismo totalmente imparcial e independiente.

SEGUNDO .-# A la vista de la delimitación del *thema decidendi* reseñada en el precedente fundamento, desde un punto de vista lógico y jurídico, la Sala debe examinar, ante todo, si en las circunstancias del caso se ve comprometida la independencia y/o la neutralidad de la entidad administradora del **arbitraje**, AEADE, por sus vinculaciones con TELECOMUNICACIONES PALOMO.

Como hemos dicho en otras ocasiones, esta eventualidad, en que se ve concernida expresamente la infracción del art. 14 CE por el hecho en sí de haberse sometido a un **arbitraje** mediando estrechas vinculaciones entre la entidad a la que se encomienda el **arbitraje** y una de las partes intervinientes en el procedimiento arbitral, puede abocar, de ser estimada, a una anulación del Laudo por infracción del orden público, pero también puede incidir en la existencia misma del convenio arbitral, presupuesto incluso del examen de su eventual eficacia.

De ahí el carácter prioritario del análisis de este posible motivo de anulación: es antecedente lógico y jurídico tanto de si el convenio resulta abusivo por tratarse de una condición general que vulnera el art. 15 LA, como de los restantes motivos de anulación invocados -vicios de procedimiento, extralimitación del árbitro-: si el convenio arbitral encomendase la administración del **arbitraje** a una institución no imparcial, con quiebra del principio de igualdad, el Laudo infringiría el orden público y el convenio sería radicalmente nulo, y resultaría innecesario pronunciarse sobre todo lo demás, incluso sobre si en el procedimiento de designación de árbitro se ha vulnerado el principio de igualdad -extremo analizado por esta Sala en casos similares al presente, v.gr., en sus Sentencias de 16 de julio y 23 de septiembre de 2014 , que la demandante cita.

En definitiva: antes que nada hemos de verificar si, en la sumisión a **arbitraje**, una parte ha gozado de una situación de claro privilegio, con vulneración del principio de igualdad de armas. Y es que, al decir de la actora, la entidad administradora del **arbitraje** " *ha sido contratada por TELECOMUNICACIONES PALOMO* "..., " *desprendiéndose de los hechos declarados probados en distintas sentencias que existe una relación entre AEADE y las empresas de telefonía al desempeñar una labor de asesoramiento a este sector...* "; todo lo cual infringiría el principio de igualdad y comprometería 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) , **55/2016** , de 19 de julio (roj STSJ M



8911/2016) y **12/2017**, de 21 de febrero (recaída en autos de anulación nº 73/2016-, 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 TELECOMUNICACIONES PALOMO, 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. 1 del expediente arbitral.

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 -obrantes en el expediente-: 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 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, de 17 de septiembre (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.

TERCERO.- 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. Cristina Velasco Echavarrí, en nombre y representación de MIGERTRÓN SEGURIDAD, S.L., contra TELECOMUNICACIONES PALOMO, S.L., anulando el Laudo dictado con fecha 13 de junio de 2016 por D. Francisco Herrera García, árbitro único designado por ASOCIACIÓN EUROPEA DE **ARBITRAJE** (AEADE) en el expediente arbitral TEL/172/2015; 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.