



Roj: **STSJ M 978/2019 - ECLI: ES:TSJM:2019:978**

Id Cendoj: **28079310012019100008**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/02/2019**

Nº de Recurso: **33/2018**

Nº de Resolución: **4/2019**

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: 28.079.00.2-2018/0082171

Procedimiento Nulidad laudo arbitral 33/2018

Materia: Arbitraje

Demandante: D^a. Sacramento

Procurador: D^a. Paz Santamaría Zapata.

Demandado : VODAFONE ESPAÑA, S.A.

En rebeldía.

SENTENCIA 4/2019

Excmo. Sr. Presidente:

D. Juan Pedro Quintana Carretero

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. Francisco José Goyena Salgado

D. Jesús María Santos Vijande

En Madrid, a 12 de febrero de 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Previa designación de Letrado y Procurador del turno de oficio solicitada por escrito registrado en este Tribunal Superior el 11 de mayo de 2018, el 10 de septiembre siguiente se presentó por Lexnet la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Paz Santamaría Zapata, en nombre y representación D^a Sacramento , ejercitando, contra VODAFONE ESPAÑA, S.A., acción de anulación del Laudo de fecha 19 de marzo de 2018, que dicta la JUNTA ARBITRAL REGIONAL DE CONSUMO DE LA COMUNIDAD DE MADRID, integrada por D. Sergio (Presidente) y por los Vocales D^a. Antonia (representante de la Asociación Unión de Consumidores Europeos) y D. Tomás (en representación del Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicaciones); Laudo recaído en el Expediente N/R.: 05 -ARBC - 04995.3/2017 .



SEGUNDO .- Admitida a trámite la demanda -Decreto de 1 de octubre de 2018- y emplazada en tiempo y forma la demandada para evacuar el trámite de contestación, es declarada en rebeldía al no haber comparecido en el presente procedimiento en el plazo otorgado al efecto (DIOR 19.11.2018).

TERCERO .- Conferido a la actora el trámite de proposición de prueba adicional (DIOR 19.11.2018), reitera la solicitud probatoria efectuada en su demanda, no reputando necesaria la celebración de vista -escrito de 5.12.2018.

CUARTO .- El día 17 de diciembre de 2018 se da cuenta al Magistrado Ponente (DIOR 14.12.2018) al objeto de analizar los medios de prueba solicitados y proponer a la Sala la resolución correspondiente.

QUINTO .- Mediante Auto de 18 de diciembre de 2018 la Sala acordó:

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

2º. Admitir y tener por aportada la documental acompañada al escrito de demanda.

3º. Requerir a la JUNTA ARBITRAL REGIONAL DEL CONSUMO DE LA COMUNIDAD DE MADRID a fin de que remita a esta Sala *la documentación original completa de las actuaciones seguidas ante dicha Corte en el Procedimiento Arbitral N/R.: 05-ARBC-04995.3/2017, o, en su defecto, copia de dichas actuaciones certificando la integridad de la misma* .

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

SEXTO .- Se señala para deliberación y fallo de la presente causa el día 12 de febrero de 2019 -DIOR 16.01.2019-, habiendo cumplimentado la Junta Arbitral Regional de Consumo el requerimiento de esta Sala mediante escrito -y documentación a él aneja- recibida el día 07 de febrero de 2019.

Es Ponente, de acuerdo con las normas de reparto, el Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande (DIOR 18.05.2018).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El Laudo impugnado desestima la reclamación de D^a. Sacramento solicitando la declaración del error de VODAFONE al facturarle la cantidad de 2.323,43 en agosto de 2017; al tiempo, estima la reconvencción de VODAFONE y condena a la aquí demandante a abonar 2.366,58 euros (impuestos indirectos incluidos), correspondientes a las facturas de fecha de emisión 15 de agosto -CI0900339023, por 2.343,43 €- y 15 de octubre de 2017 -RI0003666304, por 43,15 €-, si bien acordando que el pago sea diferido en 12 mensualidades, a razón de 197,215 euros/mes.

La demandante sostiene su pretensión de anulación del Laudo al amparo del art. 41.1 LA, en su apartado f) -*infracción del orden público* -, en síntesis, con apoyo en una consideración fundamental: que el Laudo infringe las reglas de la carga de la prueba y el principio de facilidad probatoria reconocido en el art. 217.7 LEC. Entiende la actora que, acreditada la existencia de una llamada en solicitud de información al Departamento de Atención al Cliente de VODAFONE el día 2 de julio de 2017, a las 10:00 horas, no ha podido demostrar su contenido -*que llamó para saber si Georgia estaba incluida, o no, en la Zona I de Roaming, a lo que la empleada Custodia habría respondido en sentido afirmativo* - al no haber podido facilitar la operadora VODAFONE la grabación de la misma -habiéndose sido interesada su aportación reiteradamente por la consumidora reclamante-, pese a existir una reclamación previa al respecto.

En este sentido, es determinante reparar en varios extremos de hecho que el propio Laudo reconoce y que se siguen de la documental obrante en la causa:

1º. Que "*la parte reclamante, en escrito de fecha 5 de marzo de 2018, solicita la grabación de la llamada del día 2 de julio de 2017, a las 10:00 horas, que realizó al servicio de Atención al Cliente 123 de Vodafone para preguntar si Georgia formaba parte de la zona 1 de Roaming y en la que la empleada Custodia respondía que sí*".

2º. Que en el acto de la audiencia reiteró su reclamación de aportación de la grabación .

3º. Que el Laudo, al valorar la documental obrante en la causa acepta la existencia de esa llamada, pero estima no probado cuál haya sido su contenido. En palabras del Laudo: "*no resulta acreditado por (la reclamante) que la llamada efectuada el 2 de julio de 2017 al Servicio de Atención al Cliente de Vodafone España, S.A.U., responda a la información que manifiesta haber recibido, en el sentido de que Georgia forma parte de la Zona 1 y, por consiguiente, no se encuentra sujeta a tarifas por roaming superiores a los de su tarifa contratada...*".



4º . La propia reclamada, VODAFONE, no niega el hecho de la llamada, sino que, como también constata el Laudo, afirma que, " *revisada la información que obra en sus sistemas, no tiene constancia de que a la Sra. Sacramento se le haya facilitado información errónea desde sus servicios de atención al cliente* " .

A partir de aquí, de la radical consideración de la falta de prueba del fundamento de su pretensión -el error en la información- que el Laudo reprocha a la consumidora-reclamante, la Junta Arbitral da un "argumento" añadido, que en la mejor de las hipótesis puede ser calificado de *obiter dicta* : " *que, en la página web de la entidad reclamada, que responde a la identificación Roaming gratis al viajar al extranjero Vodafone particulares <https://www.vodafone.es/c/particulares/es/.../roaming-y.../roaming-en-el-extranjero>, Georgia aparece incluido en los países de la Zona 2, en los que al activar el servicio de telefonía, su facturación responde a tarifas por roaming, distintas y superiores a las contratadas* " .

SEGUNDO .- Cumple recordar, ante todo, que esta Sala viene diciendo con reiteración que el Tribunal de anulación puede fiscalizar, desde la perspectiva del control del orden público, la motivación, en general, y la valoración probatoria, en particular, contenidas en el Laudo que pudieran lesionar el art. 24 CE . Como también puede el Tribunal de anulación fiscalizar que la motivación del Laudo no vulnera los preceptos sustantivos de la Constitución, ni excede de lo que es arbitrable y disponible para las partes y para el propio árbitro.

En efecto, es conteste la jurisprudencia constitucional y ordinaria que entiende que, en determinadas circunstancias, la valoración del acervo probatorio -explicitada en su motivación- puede lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva y, consiguientemente, infringir el orden público. Ya lo apuntábamos en nuestra Sentencia de 24 de junio de 2014 , en los siguientes términos (FJ 8): "no puede este Tribunal revisar la valoración probatoria en la que se basa el laudo arbitral ni la acción de nulidad para cuya resolución es competente le facultaría a subsanar eventuales errores en la decisión del árbitro, *salvo que dicha valoración fuese expresión de una motivación patentemente lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva* " .

La jurisprudencia se ha cuidado de determinar en qué circunstancias una valoración probatoria conculca el art. 24.1 CE . Así, la Sala Primera del Tribunal Supremo "sólo permite plantear en el recurso (extraordinario por infracción procesal) la errónea valoración de la prueba, al amparo del art. 469.1.4º LEC , si la efectuada en la sentencia recurrida es arbitraria, ilógica o absurda, *en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, o inválida por vulnerar un derecho fundamental* " (*Acuerdo de 30/11/2011, I, recurso extraordinario por infracción procesal, nº 14, párrafo tercero*). Resumen a la perfección la doctrina al respecto de la Sala Primera, los **AATS, 1ª, de 18 de febrero** (ROJ ATS 665/2013) **y 8 de enero de 2013** (ROJ ATS 157/2013). En palabras de este último (FJ 1.b):

"Es doctrina de esta Sala, como señala la sentencia de esta Sala de 4 diciembre 2007 , que "la valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba, **en cuanto, según la doctrina constitucional, comporta la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva** (SSTS de 20 de junio de 2006 , 17 de julio de 2006), bien la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador (SSTS de 16 de marzo de 2001 , 10 de julio de 2000 , 21 de abril y 9 de mayo de 2005 , entre otras).

[...]

Solamente cuando se conculque el art. 24.1 de la Constitución por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad (la cual puede darse cuando se desconoce una norma de prueba legal o tasada) cabe la posibilidad de un control a través del recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC " .

En este mismo sentido, la **STS, 1ª, de 29 de octubre de 2013** (FJ 11º, ROJ STS 5358/2013) reprueba la valoración arbitraria de la prueba, por error patente, arbitrariedad o por infracción de una norma tasada, con la consiguiente conculcación del test de razonabilidad exigible para respetar el art. 24.1 CE . Y entre esas reglas que limitan legalmente la discrecionalidad en la valoración probatoria se encuentra, qué duda cabe, las que disciplinan la carga de la prueba del art. 217 LEC , inclusive la prevista en su número 7, que alude a la facilidad probatoria (v.gr., **ATS de 28 de noviembre de 2018** , FJ 3º, roj ATS12732 /2018) .

Sobre este particular expresa una doctrina muy consolidada la **STS 665/2018, de 22 de noviembre** -roj STS 3967/2018 -, cuando dice (FJ 2º.A):

"las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quien según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar y, por tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria" (sentencias 333/2012, de 18 de mayo , 472/2015, de 10 de septiembre , 504/2015, de 30 de septiembre)".



Pues bien, hemos abordado el concreto problema que apunta la demandante, *mutatis mutandis*, en nuestras **Sentencias 23/2016, de 23 de febrero** -roj STSJ M 1550/2016 - y **58/2017, de 24 de octubre** -roj STSJ M 11067/2017. En la primera de ellas -más coincidente con las premisas de hecho concurrentes en el presente caso- hemos sentado (FJ 2º) algunos criterios que no está de más traer a colación en el presente caso:

"...el Laudo reprocha a las partes -y, en particular a la actora, al invocar ese precepto- "no aportar los elementos indispensables para el conocimiento del litigio". Pues bien, esa motivación infringe claramente el taxativo principio de facilidad probatoria del art. 217.7 LEC -del que es concreción, hoy en día, el art. 98.9 TRLGDCYU-, pues hace recaer sobre el consumidor una carga probatoria que en absoluto le corresponde.

Si el Tribunal arbitral juzgaba que no tenía elementos suficientes para decidir, o bien debió recabar de VODAFONE la grabación de la contratación telefónica que reclamó la consumidora -en efecto, consta tal petición en su escrito de solicitud a la OMIC- y que no estaba en su mano aportar a la causa, o bien debió valorar la no aportación de la misma por VODAFONE: lo que en ningún caso podía hacer, sin incurrir en arbitrariedad lesiva del art. 24.1 CE, era no entrar a resolver el fondo litigioso por falta de prueba determinante -cual es, sin duda, la grabación de la contratación telefónica en la que, ope legis, tienen que constar las condiciones y precios del consumo, y si tales condiciones se ofrecían por un año o indefinidamente-, cuando dicha falta de prueba no es imputable al reclamante -como exige el art. 48.3 RD 231/2008 que se aplica-, y máxime si se repara en que semejante precepto está pensado para proteger al consumidor -que acude a la reclamación de consumo, de ordinario, desasistido de Letrado. Esa norma, en verdad, busca que ante imprecisiones del reclamante en la pretensión o ante la falta de aportación probatoria que le sea imputable pueda volver a fallarse el asunto, subsanando tales defectos en ulterior reclamación, en lugar de lo que de ordinario procedería ante tales circunstancias, como es la desestimación de la demanda... Aquí, por el contrario, incurriendo en arbitrariedad lesiva del art. 24 CE, no se entra en el fondo del asunto por un déficit probatorio que en absoluto puede hacerse recaer sobre el consumidor. VODAFONE debió aportar la grabación solicitada por la consumidora y/o el Tribunal arbitral reclamarla, no dictar una resolución de archivo en aplicación de un precepto que atribuye al reclamante unos defectos de actuación procesal que aquí, a todas luces, no le son reprochables a la actora, quien ha aportado al procedimiento aquel acervo probatorio que estaba en su mano acompañar: las facturas emitidas por la operadora".

En el presente caso acontece una circunstancia más grave aún que en el resuelto por nuestra Sentencia **23/2016**: el Tribunal arbitral aprecia déficit probatorio para poder resolver a favor de la reclamante, argumentando de un modo irracional, ilógico o arbitrario, pues incurre en una valoración lesiva del art. 24.1 CE., como sucede cuando se infringen las reglas de la carga de la prueba que han de ser interpretadas de acuerdo con el llamado "*principio de facilidad probatoria*": la aportación de la grabación de la llamada efectuada el 2 de julio de 2017 -19 días antes de que la actora se desplazara a Georgia y activara el roaming sobre la base de una información que dice errónea, pero suministrada en llamada al servicio de atención al cliente de VODAFONE-, a todas luces correspondía al prestador del servicio -en este caso la operadora de telefonía-, y no a la consumidora (cfr., *mutatis mutandis*, FJ 4º.3 **STS 533/2018, de 28 de septiembre** -roj STS 3261/2018 - y FJ 2º **STS 299/2018, de 24 de mayo** -roj STS 1825/2018).

Conclusión que, por cierto, guarda perfecta correspondencia con las previsiones legales sobre los derechos básicos de información que asisten al consumidor -v.gr., art. 8.d) TRLGDCYU- y el correlativo deber de subvenir a ellos por el empresario que presta el servicio, siendo no pocas las previsiones legales del Real Decreto-Legislativo 1/2007 que establecen la carga de la prueba en defensa del consumidor -sin ánimo exhaustivo, cfr. arts. 66 bis.4, 82, 97.5, 97.8, 98.9, 156.... Debiendo reparar ahora, especialmente, en la reputación como cláusula abusiva de "*la imposición indebida de la carga de la prueba al consumidor*" -art. 82.4.d) TRLGDCYU- o, incluso con mayor precisión, en los términos del art. 88.2 TRLGDCYU, la estimación como cláusula abusiva de "*la imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y usuario en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante*": sea como cláusula contractual, sea como argumento que fundamente una decisión judicial o arbitral, tal comportamiento -hacer recaer indebidamente la carga de la prueba sobre el consumidor- solo puede abocar a la nulidad de la cláusula y/o de la resolución que *sustente* su decisión, como es el caso, en semejante raciocinio.

Aquí es por demás evidente -ya lo hemos dicho- que la carga de grabar la conversación y de aportarla al arbitraje correspondía a la operadora -conclusión congruente con el principio de facilidad probatoria y acorde con lo que constituye ya una máxima de la experiencia en la contratación de servicios por vía telefónica y/o en la consulta sobre su prestación por tal conducto-; y máxime tratándose de la consulta de una consumidora que podía tener, como se ha demostrado, una enorme incidencia en relación con el coste ordinario del servicio por ella contratado.

A lo que cabe añadir, y no precisamente *ex abundantia*, que concurre en este caso una circunstancia que ya consideramos fundamental en nuestras Sentencias **23/2016** y **58/2017**: que ninguna negligencia cabe imputar a la aquí demandante, pues consta acreditado que reclamó repetidas veces -también ante la Junta Arbitral



Regional de Consumo-, sin éxito, que la Compañía demandada aportase la grabación de la conversación mantenida el 2/07/2017 por D^a. Sacramento con su Servicio de Atención al Cliente.

El motivo y, con él, el recurso son estimados.

TERCERO .- En anuencia con lo que antecede, hemos de anular el Laudo por infracción del orden público -art. 41.1.f) LA; no obstante se impone una precisión elemental sobre el alcance de nuestro fallo para no incurrir en una incongruencia por exceso: aunque en el suplico de la demanda de anulación se interesa sin más precisiones la nulidad del Laudo, es evidente de toda evidencia, a la vista del escrito de demanda de anulación y de los hechos y fundamentos de Derecho que en ella se esgrimen, que la actora no discute la condena a abonar la factura emitida el 15 de octubre de 2017, por importe de 43,15 euros -factura RI0003666304-: su voluntad impugnativa a todas luces se circunscribe a la factura de 15 de agosto de 2017 -CI0900339023, por 2.323,43 €, como lo demuestra además el doc. 5 de los que se acompaña a la propia demanda de anulación: escrito de D^a. Sacramento , de fecha 5 de marzo de 2018, dirigido a la Junta Arbitral, en el que expresamente se menciona como ejemplo de factura no problemática la comprensiva del periodo entre el 15/9 y el 14/10 de 2017, por la cantidad de 43,15 euros.

Procede, pues, con estimación de la demanda, anular parcialmente el Laudo de 19 de marzo de 2018, que dicta la JUNTA ARBITRAL REGIONAL DE CONSUMO DE LA COMUNIDAD DE MADRID en el Expediente N/R.: 05 - ARBC - 04995.3/2017 , en cuanto condena a D^a. Sacramento a abonar a la mercantil VODAFONE, con CIF A80907397, la cantidad de 2.323,43 €, correspondientes a la factura CI0900339023, emitida el 15 de agosto de 2017.

CUARTO .- Estimada la demanda, conforme al art. 394.1 LEC imponemos a la demandada las costas de este procedimiento, pues tampoco se aprecia que el caso presente serias dudas de hecho o de Derecho.

Vistos los artículos de aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAMOS la demanda de anulación de Laudo arbitral formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Paz Santamaría Zapata, en nombre y representación de D^a. Sacramento , contra VODAFONE ESPAÑA, anulando parcialmente, en los términos expuestos en el Fundamento Jurídico 3º de esta Sentencia, el Laudo dictado con fecha 19 de marzo de 2018 por la JUNTA ARBITRAL REGIONAL DE CONSUMO DE LA COMUNIDAD DE MADRID en el Expediente N/R.: 05 -ARBC - 04995.3/2017 ; 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.

DILIGENCIA .- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma y se expide certificación de la misma para su unión al rollo. Doy fe.