



Roj: **STSJ M 11067/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:11067**

Id Cendoj: **28079310012017100128**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/10/2017**

Nº de Recurso: **29/2017**

Nº de Resolución: **58/2017**

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: 28.079.00.2-2017/0050401

Procedimiento: Nulidad laudo arbitral 29/2017

Demandante: D. Leopoldo

Procuradora: D^a. María del Pilar Vega Valdesueiro.

Demandado : TELEFÓNICA, S.A.U.

En rebeldía.

SENTENCIA N° 58/2017

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 24 de octubre del dos mil diecisiete.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El 23 de marzo de 2017 se registra en este Tribunal escrito firmado por D. Leopoldo en el que dice interponer demanda de anulación ante la denegación de aclaración y complemento del Laudo de 17 de enero de 2017, dictado por la Junta Arbitral de Consumo del Ayuntamiento de Madrid en el procedimiento arbitral nº 50.600; denegación de aclaración y complemento efectuada por Resolución de 14 de febrero de 2017, notificada el siguiente día 28 de febrero.

SEGUNDO .- Por DIOR de 27 de marzo de 2017 se requiere al demandante, con los apercibimientos legales, para que presente la demanda en forma, firmada por Abogado y Procurador, fije un domicilio para notificaciones, determine la cuantía del procedimiento y aporte certificación de la notificación del Laudo arbitral.

TERCERO .- El día 11 de abril de 2017 el Sr. Leopoldo presenta escrito poniendo en conocimiento del Tribunal que carece de recursos para litigar y *solicita un Procurador del turno de oficio*, si bien asevera poder firmar como Abogado, según Certificado que acompaña del Secretario General del Consejo General de la Abogacía



Española. A dicho escrito acompaña, en cumplimentación de la DIOR de 27.03.2017, solicitud al órgano arbitral para que expida certificación de la fecha de notificación del Laudo, así como testimonio del expediente arbitral.

CUARTO .- El día 20 de abril de 2017 se recibe en esta Sala escrito de D^a. Rocío , en su calidad de Secretaria de la Junta Arbitral de Consumo del Ayuntamiento de Madrid, acompañando copia cotejada de la documentación obrante al expediente 50.600.

QUINTO .- El día 27 de abril de 2017 se registra en este Tribunal Superior de Justicia escrito encabezado por D. Leopoldo , por el que se pone en conocimiento de esta Sala que ha solicitado asistencia jurídica gratuita ante el ICAM para la designación de Abogado y de Procurador al efecto de personarse y actuar en las presentes actuaciones de nulidad de laudo arbitral nº 29/2017, con solicitud de suspensión de los plazos que hubieran sido conferidos y pudieran transcurrir hasta la resolución de la CAJG competente. Se accede a la suspensión impetrada por DIOR de 28 de abril de 2017.

SEXTO .- Reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita del demandante y verificado el nombramiento de Abogado y Procurador que le asistan, se alza la suspensión del procedimiento (DIOR 14.06.2017), teniendo entrada en este Tribunal el siguiente día 23 de junio de 2017 la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a. María del Pilar Vega Valdesueiro, en nombre y representación de D. Leopoldo , ejercitando contra *TELFÓNICA, S.A.U.* (en adelante, *TELFÓNICA*) acción de anulación del Laudo de 17 de enero de 2017, que dicta la Junta Arbitral de Consumo del Ayuntamiento de Madrid -integrada por D^a. María Nieves Marcos García (Presidente), D^a. Raquel Molinero Pascual y D. Joaquín López Luque (Vocales- en el **arbitraje** nº 50.600.

SÉPTIMO .- Admitida a trámite la demanda por Decreto de 3 de julio de 2017, se emplaza a la demandada mediante correo certificado con acuse de recibo el 12 de julio de 2017 para que conteste a la demanda, no compareciendo en el presente procedimiento ni en forma ni en plazo.

Por diligencia de ordenación de 14 de septiembre de 2017, de acuerdo con el art. 496.1 LEC , se declara la preclusión del trámite de contestación y en rebeldía a la demandada, lo que le es notificado con los apercibimientos legales.

OCTAVO .- En respuesta al emplazamiento verificado por DIOR de 14 de septiembre de 2017, ex art. 42.1.b) LA, la representación de la actora presenta escrito el 3 de octubre de 2017 en que reitera la solicitud de prueba formulada en su escrito de demanda para que se requiera a *TELFÓNICA, S.A.U.* la remisión de " *copia en formato digital o CD de todas las conversaciones referidas a la contratación y baja realizadas entre D. Leopoldo y la demandada* " .

NOVENO .- El 5 de octubre 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 4.10.2017).

DÉCIMO .- Por Auto de fecha 9 de octubre de 2017, la Sala acordó:

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

2º. Admitir la documental aportada a la causa a instancia del demandante.

3º. No admitir el resto de las pruebas propuestas.

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

5º. Señalar para el inicio de la deliberación y fallo de la presente causa el día 24 de octubre de 2017, fecha en la que tuvieron lugar.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande (DIOR 27.03.2017), quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El Laudo impugnado desestima la pretensión del Sr. Leopoldo y " *declara su obligación de pago a *TELFÓNICA* de 62,08 euros, y el derecho al cobro de aquéllos por la compañía* ". Asimismo, por *Resolución de 14 de febrero de 2017* , el Colegio Arbitral no entró a conocer de la solicitud de aclaración, corrección y complemento formulada por el actor ex art. 39 LA tanto por razones de forma -" *no consta que se haya advertido a la parte contraria de la intención de presentar la solicitud en estudio* "-, como por razones de fondo -en relación con el ámbito propio del expediente procesal que se pretende-, cuando dice que del escrito presentado " *solo resulta la formulación de una oposición frontal a la fundamentación del criterio sustentado por la Resolución dictada* " .



La Sala debe ceñir su análisis a lo alegado en demanda planteada -, más allá del escrito presentado por el demandante en su propio nombre y derecho, cuyo fundamento es calificado por su propia defensa técnica en el escrito de demanda como "absolutamente equivocado". Pues bien, esa demanda -la genuinamente tal-impugna el Laudo de 17 de enero de 2017 -no la negativa a resolver la aclaración, rectificación y complemento intentados- y alega un único motivo de anulación: la infracción del orden público, ex art. 41.1.f) LA, por entender que el Laudo conculca los arts. 51 CE y 9.3 CE -principio de seguridad jurídica-, " *al no realizar de oficio todas aquellas pruebas que en Derecho fueran precisas, a fin de comprobar el indebido cobro de servicios no realizados* " .

Por lo que concierne al caso -vista la concreta alegación del escrito rector de este procedimiento-, interesa reseñar que el Sr. Leopoldo reclamó en el **arbitraje** el exceso de facturación de 39,462 euros -reconviniendo Telefónica solicitando el abono de 62,08 por indebida devolución de facturas-. Al decir del reclamante, el 3 de noviembre de 2015 contrató con TELEFÓNICA la Fusión de su línea de suministro de telefonía fija a su número de aparato móvil, así como alta de ADSL de fibra óptica de 30 megas, por un importe de 64,68 €/mes, IVA incluido. La sobrefacturación traería causa -en lo que toca a lo alegado en este proceso- de que la Compañía, desde el 5 de diciembre de 2015, activó la instalación de la fibra óptica de 300 megas con el sobrecoste correspondiente.

Al respecto, el Laudo señala que del examen " *del contrato de 3 noviembre de 2015 resulta patente que se contrataba Fusión Fibra 300 Mb y así se identifica en el cajetín de 'servicio solicitado' y que en el documento anexo donde constaban los tipos y precios de los servicios fusión, aparece signado de manera impresa, el correlativo a aquél (77 euros); siendo que el aspa en el de 30 Mb se ve marcado a mano y se desconoce cuándo pudo realizarse, ya que solo se aporta fotocopia del dicho documento* " .

Frente a esta argumentación, la demanda, tras una serie de consideraciones generales sobre los abusos que vienen realizando las compañías telefónicas por falta de constancia fehaciente y permanente del objeto concreto de la contratación..., se limita a decir -como hemos constatado-, que el Laudo infringe el orden público " *al no realizar de oficio todas aquellas pruebas que en Derecho fueran precisas, a fin de comprobar el indebido cobro de servicios no realizados* " .

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.

También hemos abordado el problema que apunta el recurrente -del escuetísimo modo transcrito- en nuestra Sentencia 23/2016, de 23 de febrero -roj STSJ M 1550/2016 . Allí afirmamos (FJ 2) algunos criterios que no está de más traer a colación (FJ 2º):

"...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 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".



Ahora bien; nada de esto acontece en el presente caso. El Tribunal arbitral ni aprecia déficit probatorio alguno para poder resolver, ni argumenta de un modo irracional, ilógico o arbitrario, ni incurre en una valoración probatoria lesiva del art. 24.1 CE., como sucedería, por ejemplo, si hubiera infringido las reglas de la carga de la prueba, cometido un error patente, conculcado una norma de valoración tasada, o contravenido el test de razonabilidad exigible para respetar el art. 24.1 CE : v.gr., " *por haber reputado un hecho como probado sin explicar ni justificar las razones que había tomado en consideración para ello, ante una actividad probatoria manifiestamente insuficiente (emisión unilateral de una factura en que se fija el importe de unos costes que se pretende repercutir), ausente de cualquiera explicación o justificación que permita otorgarle un valor probatorio suficiente al haber sido expresamente cuestionada por la parte contraria*" (**STS de 29 de octubre de 2013**, FJ 11º, ROJ STS 5358/2013).

El Laudo explica que el contrato aportado a la causa, y no impugnado, contiene unas especificaciones impresas -una de ellas con texto escrito especificando lo contratado, y no solo una mera aspa o x marcando una casilla- a las que concede preeminencia sobre lo señalado a mano, no se sabe cuándo ni por quién. No hay en esto insuficiencia probatoria de ninguna clase, ni arbitrariedad en su valoración.

Se ha pretendido en esta causa que la Sala recabase las grabaciones de la contratación telefónica. Ello fue denegado por Auto de 9 de octubre pasado en el que sostuvimos -FJ Único- cómo " *esa súplica olvida que la acción de anulación no es un cauce idóneo para subsanar deficiencias alegatorias o probatorias de que pueda adolecer el procedimiento arbitral: tal debió en su caso plantearse y solicitarse en el seno del arbitraje, y no en el ámbito de una acción de anulación que lo es por motivos tasados y que, como regla -con sus excepciones-, no habilita a este Tribunal a analizar, como si de una apelación se tratase, la cuestión "de fondo" resuelta por el árbitro*" .

Esta es otra diferencia fundamental con el caso resuelto en sentido estimatorio por nuestra Sentencia 23/2016 : allí el reclamante había solicitado sin éxito ante el Tribunal arbitral las grabaciones en cuestión y, pese a ello, los Árbitros apreciaron un vacío probatorio que les impedía resolver, archivando el procedimiento en aplicación indebida del art. 48.3 RD 231/2008 y con la consiguiente lesión de art. 24.1 CE ; por el contrario, en el presente caso, como dijimos en el Auto de 9 de octubre de 2017, " *el propio actor aporta a la causa -y obra en el expediente remitido por la JAC del Ayuntamiento de Madrid- su escrito de alegaciones en el arbitraje -de la misma fecha en que se celebró la vista, 13.01.2017-, al que acompañó, según de él se sigue, hasta 16 documentos , pero sin solicitar la aportación de las grabaciones que ahora interesa*" .

No ha habido, pues, infracción alguna del orden público, ni material ni procesal, siendo de destacar un extremo que afirma la propia demanda y abunda en la inexistencia del menor indicio de indefensión: el reclamante ante la Junta Arbitral ha ostentado la condición de Letrado, hasta el punto de que -como consta en los Antecedentes de esta Sentencia-, inicialmente ha pretendido ejercer su autodefensa en estas actuaciones.

El motivo de anulación es desestimado.

TERCERO .- Desestimada la demanda, procede, conforme al art. 394.1 LEC , imponer al actor 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

DESESTIMAMOS la demanda de anulación del Laudo arbitral de 17 de enero de 2017, que dicta la Junta Arbitral de Consumo del Ayuntamiento de Madrid en el expediente 50.600, formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a. María del Pilar Vega Valdesueiro, en nombre y representación de D. Leopoldo , contra **TELFÓNICA S.A.U** ; con expresa imposición al demandante 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.