



Roj: **STSJ M 5320/2024 - ECLI:ES:TSJM:2024:5320**

Id Cendoj: **28079310012024100209**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/04/2024**

Nº de Recurso: **66/2023**

Nº de Resolución: **21/2024**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA PRADO MAGARIÑO**

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: 28.079.00.2-2023/0424116

Procedimiento ASUNTO CIVIL 66/2023-Nulidad laudo arbitral 42/2023

Materia: Arbitraje

Demandante: D./Dña. Verónica

PROCURADOR D./Dña. FERNANDO GARCIA DE LA CRUZ ROMERAL

Demandado: VODAFONE SERVICIOS SL

PROCURADOR D./Dña. JOSE CECILIO CASTILLO GONZALEZ

SENTENCIA 21/2024

Excmo. Sr. Presidente:

D. Jose Manuel Suárez Robledano

Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco Goyena Salgado

Ilma. Sra. Magistrada D^a María Prado Magariño

En Madrid, a veintitrés de abril de dos mil veinticuatro.

Visto ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmo/Ilma. Sr/Sra. Magistrados, que constan al margen, el presente rollo ASUNTO CIVIL 66/2023 (NLA 42/2023), siendo parte demandante D^a Verónica, representada por el Procurador Sr. Fernando García de la Cruz Romeral y asistida por el Letrado Sr. Mariano Rodea Butragueño, y como parte demandada VODAFONE ESPAÑA S.A, representada por el Procurador Sr. José Cecilio Castillo González y asistida por la Letrada Sra. Mónica Redorta Valencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Sr. Fernando García de la Cruz Romeral, en nombre de D^a. Verónica, se presentó, con fecha 3 de noviembre de 2023 ante esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, demanda (recurso indica en el escrito) en ejercicio de acción de anulación del Laudo arbitral dictado en fecha 16 de junio de 2023 por el Colegio Arbitral de la Junta Arbitral Regional de Consumo de la Comunidad de Madrid.



SEGUNDO.- Por Decreto de 15 de diciembre de 2023 se admitió a trámite la demanda y se emplazó a VODAFONE ESPAÑA S.A, entidad que, representada por el Procurador Sr. José Cecilio Castillo González, presentó escrito de contestación a la demanda.

TERCERO.- El 21 de febrero de 2024 se da cuenta al Ponente al objeto de analizar los medios de prueba interesados y proponer a la Sala la resolución correspondiente.

CUARTO.- Por Auto de 28 de febrero de 2024 la Sala acordó:

-Haber lugar al recibimiento del pleito a prueba.

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

- No procede la celebración de vista pública.

QUINTO.- Mediante Diligencia de Ordenación de fecha 14 de marzo de 2024 se señala como fecha de inicio de la deliberación de la presente causa el día 9 de abril de 2024, fecha en la que ha tenido lugar, acordándose por providencia de fecha 16 de abril 2024 el cambio de Magistrado Ponente.

Es Ponente la Ilma. Sra. D^a. María Prado Magariño, quien expresa el parecer mayoritario de la Sala y emite voto discrepante el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Manuel Suárez Robledano. Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda de anulación presentada por el Procurador Sr. García de la Cruz, en la representación indicada, se alega, al amparo de la **vulneración del orden público, al amparo del art. 41.1, apartados b) y f) de la Ley 60/2023 de 23 de diciembre, de Arbitraje**, que se han vulnerado los derechos de la demandante a la asistencia letrada y a la defensa en condiciones de igualdad de armas con la demandada, al no haber puesto en su conocimiento en el momento de llevarse a cabo el **arbitraje** que tenía derecho a solicitar un letrado y procurador de oficio para el procedimiento de **arbitraje**, vulnerando con ello el art. 7 de la Ley de **Arbitraje** y el art. 24 de la Constitución Española, puesto que la demandante es una persona de 70 años, natural de República Dominicana, de escaso nivel cultural y que se encuentra sólo en España, frente a la demandada, asesorada jurídicamente, produciéndose una situación de desproporción y falta de igualdad que genera indefensión a la demandante.

SEGUNDO.- El **arbitraje** es un medio alternativo de resolución de conflictos que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, las cuales aceptan de antemano la decisión del árbitro al que han acordado someterse, sin posibilidad de trasladar el examen de la controversia al juez ni de sustituir en ningún caso la decisión del árbitro por la de aquel, más allá de la restringida protección que ofrece el procedimiento judicial de nulidad del laudo.

Como recordaba la sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional 174/1995, " *la autonomía de la voluntad de las partes -de todas las partes- constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el **arbitraje** conlleva la exclusión de la vía judicial*".

Por lo tanto, el **arbitraje** se considera un equivalente jurisdiccional, en los términos en que actualmente lo entiende el Tribunal Constitucional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada. El **arbitraje** parte de la libertad civil de las partes en la resolución de sus conflictos sobre derechos disponibles sin intervención de los tribunales.

El principio de voluntariedad es pues básico, si bien una vez sometidas las partes a este sistema, el laudo dictado es vinculante para ellas, sin que los tribunales puedan revisar el juicio sobre la cuestión de fondo del árbitro.

Por tal razón la Ley de **arbitraje** expresa en su artículo 43, ahora ya con toda claridad tras la reforma introducida por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que "el laudo produce efectos de cosa juzgada" y que solo cabe contra él, aparte de una eventual revisión en los términos previstos en la LEC para la de sentencias firmes, ejercitar la acción de nulidad del laudo. En atención a la naturaleza propia del **arbitraje**, dicha acción necesariamente debe limitarse a los supuestos de contravención grave del propio contrato de **arbitraje** o de las garantías esenciales de procedimiento sancionadas en el artículo 24 de la Constitución Española (CE), sin que pueda extenderse a los supuestos de infracción del derecho material aplicable al caso.

En concreto, la nulidad del laudo arbitral se funda en motivos tasados -al modo de lo previsto en el artículo 510 LEC para la revisión de las sentencias judiciales firmes-, los cuales, en consonancia con la naturaleza y finalidad del instituto del **arbitraje**, se limitan a contemplar supuestos graves de contravención del propio contrato de



arbitraje (artículo 41.1.a LA) y de vulneración de determinadas garantías procesales esenciales reconocidas en el artículo 24 CE y aplicables también en el procedimiento arbitral (subapartados letras b/, c/, d/ y e/ del artículo 41.1 LA), o de los principios de justicia y equidad que conforman el orden público institucional (artículo 41.1,f/ LA), sin abarcar en modo alguno, por tanto, ni la infracción del derecho material aplicable al caso ni el acierto o desacierto al resolver la cuestión arbitral.

Por ello, el examen del laudo que estamos autorizados a efectuar debe limitarse a un juicio *externo* atinente al respeto del convenio arbitral, al cumplimiento de los principios esenciales de todo proceso y a la observancia de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la CE que sean invocados en cada caso por el demandante..

En concordancia con lo que se lleva expuesto, el artículo 41.1 de la vigente Ley de **arbitraje**, aplicable también en los **arbitrajes** de consumo, como es el caso, establece que "el laudo arbitral sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe" alguno de los seis motivos tasados establecidos en dicho precepto, sin perjuicio de que algunos de ellos puedan ser también apreciados de oficio (artículo 41.2 LA).

Además el defecto procesal invocado debe producir indefensión. Sin embargo, la indefensión con relevancia constitucional anulatoria no es meramente formal sino que ha de ser material, es decir, susceptible de haber causado un real y efectivo menoscabo de sus posibilidades de defensa. El Tribunal Constitucional ha reiterado en ese sentido que la indefensión ha de ser consecuencia de una acción u omisión atribuible al órgano judicial, en nuestro caso del órgano arbitral.

Al efecto, dice la STC 175/2014 de 3 de noviembre con cita de otras anteriores: "*si bien es cierto que los errores de los órganos judiciales no deben repercutir negativamente en la esfera del ciudadano, también lo es que a éste le es exigible una mínima diligencia, de forma que los posibles efectos dañosos resultantes de una actuación incorrecta de aquéllos carecen de relevancia desde la perspectiva del amparo constitucional cuando el error sea asimismo achacable a la negligencia de la parte (SSTC 128/1998, de 16 de junio ,FJ 6 ; 82/1999, de 10 de mayo ,FJ 3 ; 150/2000, de 12 de junio ,FJ 2 ; 65/2002, de 11 de marzo ,FJ 4 ; 37/2003, de 25 de febrero ,FJ 6 ; 178/2003, de 13 de octubre, FJ 4 , y 249/2004, de 20 de diciembre , FJ 2)" (SSTC 161/2006, de 22 de mayo, FJ 4 y 93/2009, de 20 de abril , FJ 3). O con otras palabras, no cabe apreciar indefensión material en aquellos supuestos en los cuales la situación de indefensión "*se ha producido por una actitud voluntariamente consentida por el supuestamente afectado o atribuible a su propio desinterés, pasividad, malicia o falta de la necesaria diligencia o de los profesionales que le representen o defienden (SSTC 275/2005, de 7 de noviembre ,FJ 5 ; 55/2006, de 27 de febrero , FJ 3)" (STC 10/2009, de 12 de enero FJ 3)".**

Es por ello que cuando la indefensión que se invoque sea imputable al propio interesado, que ha adoptado una actitud pasiva con el fin de marginarse voluntariamente del procedimiento para luego hacer valer tardíamente su derecho, no cabe apreciar la vulneración de precepto constitucional alguno.

TERCERO.- En el procedimiento arbitral rigen los principios de igualdad, audiencia y contradicción pues así se desprende del art. 24 de la Ley de **Arbitraje** que indica "*1. Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos. 2. Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales"*.

En los mismos términos, el art. 41 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo, dispone que "*El procedimiento arbitral de consumo se ajustará a los principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad"*.

Partiendo de dichos preceptos, lo cierto es que sobre la cuestión planteada, se ha pronunciado esta Sala en ocasiones anteriores. Así, en las Sentencias 31/2016, de 4 de abril y 24/2019, de 2 de abril de 2019 decíamos que "...no cabe descartar, en puridad de conceptos, que la insuficiencia de recursos para litigar se pueda traducir en una indefensión real y efectiva en el seno de un procedimiento arbitral, con posible incidencia, incluso, en la eficacia del convenio. Postulado que se percibe con claridad cuando reparamos en que la sumisión a **arbitraje** entraña -lo hemos dicho supra- nada más y nada menos que la renuncia al derecho de acceso a la jurisdicción, "*núcleo duro*" -en locución del TC- del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)... Esa voluntaria renuncia al acceso a los Tribunales del Estado no es admisible si se realiza de una forma tal que, por no estar extendida la asistencia jurídica gratuita al **arbitraje** -al menos, *expressis verbis*, añadimos ahora-, la actuación en él de quien carece de recursos para litigar se revele, *en la práctica* , como ineficaz en el ejercicio de su defensa, que comprende las posibilidades de alegar y probar adecuadamente en pro de su derecho. No entenderlo así sería tanto como consagrar, de un modo general e incondicionado, la posibilidad de renuncia a la interdicción de la indefensión que consagra la Constitución y que también es predicable del procedimiento arbitral".



A ello, añadíamos " Y es que la relación que existe entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita de quienes carecen de recursos económicos para litigar (art. 119 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) ha sido reiteradamente resaltada por la jurisprudencia constitucional -v.gr., STC 204/2012, de 12 de noviembre , FJ 5-. Así, ha afirmado el TC que el art. 119 CE consagra un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE , pues ' su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar ' (STC 16/1994, de 20 de enero , FJ 3).

Como también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado con reiteración las inescindibles conexiones entre efectividad de la defensa y otorgamiento de asistencia Letrada a quien carece de recursos para litigar (por todas, **STEDH 7.8.2015 caso Shamoyan contra Armenia**), incidiendo explícitamente en la necesidad de tutelar a los ' grupos vulnerables ' o especialmente necesitados de protección (v.gr., **STEDH 19.11.2015, caso Mikhaylova contra Rusia**). En palabras de la **STEDH 16.12.2014 -caso Onar y otros contra Turquía** - (§ 23): 'El Tribunal reitera que el Convenio tiene por objeto garantizar los derechos prácticos y efectivos. Esto es particularmente cierto para el derecho de acceso a los tribunales en vista del lugar destacado que ocupa el derecho a un juicio justo en una sociedad democrática. Es fundamental que en el concepto de un juicio justo, tanto en procesos penales como civiles, a un litigante no se le niega la oportunidad de exponer su caso de forma efectiva ante un tribunal y que sea capaz de disfrutar las mismas condiciones de igualdad que la parte contraria (véase, *Steel y Morris contra Reino Unido* (TEDH 2005, 14), núm. 68416/01, ap.59, TEDH 2005 II) '.

Resaltábamos, igualmente que "...el hecho de que en el procedimiento arbitral no se prevea expresamente la necesidad de intervención de Letrado no significa que su ausencia, en según qué casos, no pueda entrañar una quiebra evidente del principio de igualdad de armas y propiciar una situación de indefensión real y efectiva, a todas luces vedada por la propia Ley de **Arbitraje** (art. 24.1) y, más radicalmente aún, por la Constitución misma, que, como tantas veces ha dicho conteste jurisprudencia, no consiente la violación de derechos y garantías fundamentales en el seno del procedimiento arbitral, dada su condición, la del **Arbitraje**, de genuino "equivalente jurisdiccional", " en el que las partes obtienen los mismos resultados que accediendo a la jurisdicción civil, es decir, una decisión al conflicto con efectos de cosa juzgada" -FJ 3º STC (Pleno) 1/2018, de 11 de enero , con especial insistencia sobre esta naturaleza del **arbitraje** y cita de numerosos precedentes; cfr., más recientemente, el FJ 7º STC 54/2018, de 24 de mayo .

En particular destaca la STC 1/2018 de modo explícito que acudir al **arbitraje** no puede entrañar una renuncia general a los derechos fundamentales consagrados en el art. 24 CE , en el bien entendido de que su protección y eventual reparación -en caso de violación- ha de efectuarse por la vía legalmente prevista de la acción de anulación, y subsidiariamente, si el TSJ competente no subsanare tales posibles infracciones, por el cauce del amparo constitucional.

Es, pues, del todo evidente que el Tribunal Constitucional (v.gr., también, en el ATC 231/1994, de 18 de julio , FJ 3) ha puesto especial énfasis en la necesidad de asegurar la fiscalización judicial de los laudos arbitrales, que gozan de fuerza de cosa juzgada, haciendo mención expresa al deber de preservar " las garantías esenciales del procedimiento que a todos asegura el art. 24 CE ". O, como dice la STC 9/2005 (FJ 5), "es indudable que quienes someten sus controversias a **arbitraje** tienen un derecho subjetivo a la imparcialidad del árbitro (art. 12.3 de la Ley de **arbitraje** de 1988 y art. 17 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre , de **arbitraje**) y a que no se les cause indefensión en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (art. 21.1 de la Ley de **arbitraje** de 1988 y art. 24.1 de la Ley de **arbitraje** de 2003), derechos que derivan de la misma configuración legal del **arbitraje** como forma de heterocomposición de los conflictos entre ellos. Pero esos derechos tienen precisamente el carácter de derechos que se desenvuelven en el ámbito de la legalidad ordinaria y que se tutelan, en su caso, a través del recurso o acción de anulación que la regulación legal del **arbitraje** -por medio de motivos de impugnación tasados- concede a quienes consideren que aquéllos han sido vulnerados".

Tomamos como hilo conductor de nuestras reflexiones una idea de nuevo comúnmente aceptada, a saber: que tanto la autodefensa como la defensa con Letrado o, si se quiere, simplemente la defensa, debe ejercitarse de modo que garantice una dialéctica procesal efectiva. Se trata, en suma, de que el artículo 24.2 CE consagra unos derechos que preservan institucionalmente un valor constitucional irrenunciable: la prohibición de que "se pueda producir indefensión" (art. 24.1 i.f.). Esto se traduce en que, desechada la negligencia del justiciable y/o su comportamiento abusivo o fraudulento en el proceso, el ordenamiento no puede sujetar el ejercicio de la defensa a unas condiciones que la conviertan en dudosa, quimérica o nominal, y no en real y efectiva.

En sustento de esta conclusión no es dable ignorar el hito que supuso en la doctrina constitucional la importante **Sentencia 47/1987, de 22 de abril** , que analiza el caso de un demandado en juicio de desahucio por falta de pago de la renta que solicitó la designación de Letrado de oficio por carecer de medios económicos,



siendo su reclamación denegada de plano por el órgano jurisdiccional ' *con fundamento exclusivo en que la defensa letrada no es preceptiva en dicha clase de juicio* '.

La Sentencia comienza poniendo de relieve la finalidad de los derechos a la defensa y a la asistencia letrada: como las demás garantías que integran el derecho a un proceso justo, persigue(n) "asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre... las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas resultado de indefensión" (FJ 2º i.l.). En segundo lugar, la obligación de interpretar las normas legales en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales lleva al Tribunal Constitucional a sostener que el entonces vigente art. 10.2 LEC, cuando establece excepciones a la ordinariamente preceptiva intervención de Abogado, "no está obligando a las partes a que actúen personalmente, (...) lo cual conlleva, en principio, el derecho del litigante pobre a que se le provea de Abogado de oficio, si así lo considera conveniente a la mejor defensa de sus derechos" (FJ 2º).

Ya hemos dicho cómo la STC 47/1987 -FJ 2º- otorga relevancia constitucional al criterio del litigante sobre la conveniencia de designar Abogado para la defensa de sus derechos. En palabras de la STC 216/1988 (FJ 2º): "el art. 24.2 de nuestra Constitución no permite que se prive al acusado de la asistencia de Abogado por el motivo de que le estuviese reconocida la posibilidad de defenderse por sí mismo, derecho que existe incluso en aquellos procesos en los que no es preceptiva la defensa por medio de Letrado, y cuando la parte lo estime conveniente para la defensa de sus derechos".

En esta misma línea de pensamiento, la **STC 208/1992, de 30 de noviembre**, cuando dice (FJ 2º): "... no puede admitirse como motivo válido el esgrimido por los órganos judiciales de instancia y de apelación al justificar la no suspensión del juicio de faltas instada por la representación del recurrente por considerar que no siendo preceptiva en dicho procedimiento la asistencia del defensor para la validez del acto, la incomparecencia al mismo del Abogado de una de las partes no constituye motivo suficiente para decretar la suspensión de la vista. Por el contrario, debe señalarse que la pervivencia del derecho a la asistencia letrada, incluso en aquellos procedimientos donde no resulta preceptiva, impone a los órganos judiciales la obligación de favorecer el efectivo ejercicio de ese derecho, una vez manifestada la voluntad inequívoca de cualquiera de las partes de ser asistida por Abogado de su elección, así como la de abstenerse de interponer obstáculos impeditivos a dicho ejercicio, sin otras limitaciones que aquellas que pudieran derivarse del derecho de la otra parte a un proceso sin dilaciones indebidas". Doctrina reiterada en la STC 276/1993, de 20 de septiembre (FJ 3º in fine).

Ahora bien, en nuestras resoluciones hemos destacado, siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, la relevancia de indagar la efectiva voluntad del justiciable para determinar si ha existido o no indefensión y, en este sentido, nos hacíamos eco también de SSTC. 47/1987 y 216/1988, en cuya virtud, si el litigante lo estima conveniente para su mejor defensa y no ha actuado fraudulenta ni abusivamente en el proceso, tiene que poder actuar en la litis asistido por un Abogado - como paradigma de comportamiento abusivo del litigante en el ejercicio de su derecho a la asistencia letrada, el ATC 307/1994, de 14 de noviembre. Hay que reconocer la especial trascendencia que tiene el hecho de que el Tribunal Constitucional ni siquiera se haya planteado si el caso era complejo o si el recurrente carecía, o no, de la cultura y conocimientos jurídicos suficientes como para asumir su propia defensa: el Tribunal acepta que, aun cuando la ley autorice la autodefensa en una clase de litigios, es constitucionalmente relevante el criterio del justiciable, que en principio y a priori es el mejor conocedor de sus propias limitaciones, a la hora de establecer en concreto si la necesaria efectividad de la defensa requiere o no la presencia de Letrado.

Reitera estos planteamientos la **STC 260/2005, de 24 de octubre**, cuando dice (FJ 3º): "Es doctrina de este Tribunal reiterada en múltiples ocasiones, que "entre las garantías que integran el derecho a un proceso justo se incluye el derecho a la defensa y a la asistencia letrada, que el art. 24.2 CE consagra", y cuya finalidad es "la de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan generar a alguna de ellas la indefensión prohibida en el art. 24.1 CE" (STC 187/2004, de 2 de noviembre, FJ 3)

En relación con aquellos supuestos en los que la intervención de Letrado no resulta preceptiva, con arreglo a las normas procesales, hemos declarado también que no puede privarse al justiciable del derecho a la defensa y asistencia letrada que le reconoce el art. 24.2 CE, pues el carácter no preceptivo o necesario de la intervención del Abogado en ciertos procedimientos no obliga a las partes a actuar personalmente, sino que les faculta a elegir entre la autodefensa o la defensa técnica, pero permaneciendo en consecuencia incólume en tales casos el derecho de asistencia letrada, cuyo ejercicio queda a la disponibilidad de las partes, lo cual conlleva en principio el derecho del litigante que carece de recursos económicos para sufragar un Letrado de su elección a que se le provea de Abogado de oficio, si así lo considera conveniente a la mejor defensa de sus derechos, siendo

procedente el nombramiento de Abogado de oficio cuando se solicite y resulte necesario" (STC 215/2003, de 1 de diciembre , FJ 3, entre otras).

En resumen, se ha de velar por la igualdad de armas valorando la capacidad de autodefensa de quien no interesa el nombramiento de Abogado y Procurador pero, en modo alguno es sostenible el reproche de indefensión si ésta trae causa de que el justiciable no ha actuado con la solicitud que le era exigible, " *procurando diligente y exhaustivamente la satisfacción de su pretensión* " (v.gr., SSTC 154/2011, de 17 de octubre , FJ 4; 2/2011, de 14 de febrero , FJ 3; 14/2011, de 28 de febrero , FJ 2; STC 111/2011, de 4 de julio de 2011 , FJ 2; STC 344/2006, de 11 de diciembre , FJ 2; STC 240/2005, de 10 de octubre , FJ 2; STC 190/2006, de 19 de julio , FJ 2; STC 168/1995, de 20 de noviembre , FJ único). En palabras de la **STC 61/2019, de 6 de mayo** : " Este Tribunal también ha dicho en su STC 205/2007, de 24 de septiembre , FJ 4, que la regla o principio de interdicción de indefensión 'reclaman un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional por garantizar la plena efectividad de los derechos de defensa de ambas partes (STC 226/1988, de 28 de noviembre)' y que 'para que la indefensión alcance relevancia constitucional es necesario que 'tenga su origen inmediato y directo en actos u omisiones de los órganos judiciales', es decir, 'que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del art. 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representan o defiendan' (por ejemplo, SSTC 85/2006, de 27 de marzo, FJ 7 , y 61/2007, de 26 de marzo , FJ 2, entre tantas otras)".

En el presente caso, es cierto que en el procedimiento arbitral no es obligada la intervención de Letrado si bien ello no sería razón válida ni suficiente para rechazar la existencia de indefensión pues, aun siendo posible la autodefensa, cuando ésta no se ejercite con un mínimo de eficacia en el seno de un **arbitraje**, y más en una situación como la concurrente en el caso, donde la parte contraria acudió asistida de Letrado. Ahora bien, siendo ello así, en el presente caso es lo cierto que no consta que, con anterioridad al dictado del laudo arbitral la demandante solicitara la asistencia letrada, como sí lo ha hecho una vez ha tenido conocimiento del contenido del mismo, ni que se haya practicado ninguna actuación más allá de la presentación de los escritos de las partes que requiriera de algún acto para el que la demandante hubiera podido precisar la asistencia letrada, por lo que no puede apreciarse el motivo de anulación pretendido al amparo de los apartados b) y f) del art. 41.1 LA.

CUARTO.- No obstante lo anterior, de conformidad con la STC 161/1985 , es preciso evitar el "riesgo" o la "posibilidad fundada" de generar un resultado dañoso y, en particular, el daño llamado "indefensión". Para evitar ese riesgo en un caso singular, hay que atender, antes que nada, a la entidad objetiva de la limitación operada en la defensa puesta en relación con la complejidad del asunto, con las circunstancias personales del recurrente - cultura, formación, edad, etcétera- y con la forma en que ha alegado en su defensa pese a la eventual restricción indebida de su derechos.

Es cierto que la demandante de anulación no ha alegado ninguna razón de fondo que indique cual hubiera sido la línea de defensa de haber contado con asesoramiento letrado ni su incidencia en la decisión arbitral. Ahora bien, partiendo de la posibilidad del Tribunal de anulación de fiscalizar, desde la perspectiva del control del orden público, la motivación, en general, y la valoración probatoria, en particular, contenidas en el Laudo en el caso de que pudieran lesionar el art. 24 CE. 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".

En esta misma línea la más reciente jurisprudencia constitucional precisa que " *el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente*". En esta infracción del orden público el TC incluye la verificación de cuándo el laudo "carezca de motivación, sea ésta arbitraria, ilógica, absurda, irracional, incongruente o cuando infrinja normas legales imperativas..." (SSTC 46/2020, de 15 de junio, FJ 4; 17/2021, de 15 de febrero, FJ 2; y 65/2021, de 15 de marzo, FJ 3). De ahí que resulte inequívoco que contraviene el orden público del art. 41.1.f) LA el laudo que contenga una valoración de la prueba irrazonable, contraria a las reglas de la lógica, que infrinja reglas imperativas -como las reguladoras de la carga de la prueba- o que no examine aspectos del juicio de hecho que preceptivamente han de ser analizados y motivados por imponerlo así una norma de ius cogens, como son las que regulan los derechos irrenunciables de los consumidores pues no podemos obviar el ámbito en el que nos encontramos, el Derecho de Consumo, y el carácter especialmente tuitivo de los derechos de los consumidores que se viene propiciando por el legislador y desde el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Esta Sala tiene, más que la habilitación, el deber legal de verificar, incluso de oficio -art. 41.2 LA-, si una decisión arbitral salvaguarda, como debiera, derechos básicos y, por ello, irrenunciables del consumidor: en este caso,



en concreto, si el Laudo ha preservado la observancia por la operadora del deber de información al consumidor en relación con la modificación de tarifas efectuadas por la compañía suministradora del servicio de telefonía, tal y como es entendido, dicho deber, por doctrina inequívoca del TJUE. La vulneración de derechos básicos del consumidor es cuestión de orden público que ha de ser preservada tanto por los Árbitros como por los Tribunales que enjuician la validez de los laudos.

Teniendo ello en cuenta, hay que partir de la normativa especialmente tuitiva del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como de las Directivas 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, esta última transpuesta por la Ley 3/2014. Y ello sin olvidar lo que a su vez establece la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, incorporada al ordenamiento jurídico español por la Ley 7/2017, de 2 de noviembre.

Desde esa perspectiva de protección de los derechos del consumidor, el ordenamiento español, en el art. 85.3 del Texto Refundido de la Ley General de Derechos de los Consumidores y Usuarios, sobre la base de la Directiva 93/13/CEE, considera que son abusivas: "Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato".

También hemos de tener presente para la solución del caso que no reviste duda el carácter básico de los derechos de información que asisten al consumidor -v.gr., art. 8.1.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 en semejante raciocinio.

Como recordábamos, por todas, en la Sentencia 83/2015, basta considerar el criterio, clara y expresamente formulado por el TJUE, de que incluso aunque el consumidor no hubiera denunciado en el propio procedimiento arbitral la nulidad, por abusiva, de una cláusula contractual -en aquel caso, la arbitral-, dicha nulidad sería apreciable por el Tribunal al resolver la demanda de anulación como constitutiva de infracción del orden público -art. 41.1.f) LA. En los propios términos de la declaración final de la STJUE de 26 de octubre de 2006 -C-168/05, asunto Mostaza Caro-: "La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que implica que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación".

Declaración final que trae causa, de reflexiones previas, entre las que cabe destacar las siguientes:

" 25 El sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98 , Rec. p. I-4941, apartado 25).

26 Esta situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato (sentencia Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citada, apartado 27).

27 A la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha considerado que la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva -impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva-, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores (sentencias Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citada, apartado 28, y de 21 de noviembre de 2002, Cofidis, C- 473/00 , Rec. p. I-10875, apartado 32).



28 Esta facultad reconocida al juez se ha considerado necesaria para garantizar al consumidor una protección efectiva, habida cuenta en particular del riesgo no desdeñable de que éste ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercitarlos (sentencias, antes citadas, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, apartado 26, y Cofidis, apartado 33).

29 De esta forma, la protección que la Directiva confiere a los consumidores se extiende a aquellos supuestos en los que el consumidor que haya celebrado con un profesional un contrato en el que figure una cláusula abusiva no invoque el carácter abusivo de la citada cláusula bien porque ignore sus derechos, bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos (sentencia Cofidis, antes citada, apartado 34).

30 En estas circunstancias, el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva que, como se ha recordado en el apartado 27 de la presente sentencia, exige a los Estados miembros establecer que los consumidores no queden vinculados por las cláusulas abusivas, no podría alcanzarse si el órgano jurisdiccional que conoce de un recurso de anulación dirigido contra un laudo arbitral no estuviera facultado para apreciar la nulidad de dicho laudo, debido únicamente a que el consumidor no ha invocado la nulidad del convenio arbitral en el marco del procedimiento de **arbitraje**.

(...)

35 El Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de de las normas comunitarias de este tipo (véase, en este sentido, la sentencia Eco Swiss, antes citada, apartado 37).

36 La importancia de la protección de los consumidores ha conducido en particular al legislador comunitario a establecer, en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional "no vincularán al consumidor". Se trata de una disposición imperativa que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas".

Son numerosos los casos en que el TJUE obliga a que el Juez nacional -aun sin alegación de las partes- realice los controles de inclusión, transparencia y abusividad, al margen del procedimiento o fase en que se suscite, siempre y cuando se respeten los principios de audiencia y contradicción (SSTJUE de 9 de noviembre de 2010 - VB Pénzügyi Lízing - apartado 56; de 14 de junio 2012 - Banco Español de Crédito S.A. - apartado 44; de 21 de febrero de 2013 - Banif Plus Bank Zrt - apartado 24; y de 14 marzo 2013 - Mohamed Aziz - apartado 4). En el mismo sentido la Sentencia Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, EU:C:2009:615), apartado 59, así como el Auto de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost (C- 76/10, EU:C:2010:685), apartado 54.

Recordábamos recientemente en nuestra Sentencia 66/2021, de 22 de octubre que los Tribunales internos deben controlar que, al laudar, los árbitros respetan normas imperativas del Derecho de la Unión, tal y como son entendidas por el TJUE, y máxime si estas normas conciernen a, concretan y/o desarrollan las libertades fundamentales de la Unión, o afectan "a disposiciones indispensables para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad" -en locución del § 37 de la transcrita STJUE 26.10.2006. La jurisprudencia del TJUE recaba de los tribunales nacionales un control especial de las normas imperativas del Derecho de la Unión consistente en verificar si se han observado o no los límites y/o las prohibiciones impuestos por ese Derecho imperativo.

En línea con lo anterior, las SSTC 46/2020, 17, 55 y 65/2021, cuando declaran que el orden público controlable por las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ comprende la salvaguarda de la aplicación de principios admitidos internacionalmente; aserto que tiene que ser entendido en conexión con la expresa y categórica inclusión en el principio de primacía del deber de observar la doctrina sentada por el TJUE en la interpretación de una norma europea, aseverando el TC "expressis verbis" que el TJUE es el órgano competente para imponer esa exégesis con carácter vinculante...

En este contexto, es evidente que dentro del control de oficio de las cláusulas abusivas se incluye el examen de que, in casu, no se han conculcado los derechos básicos de los consumidores. Baste recordar en este punto que el art. 86 TRLGDCYU reputa cláusulas abusivas las " que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean:

1. La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario.

7. La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario".

Siendo uno de esos derechos básicos el de información por el empresario al consumidor -art. 8.1.d) TRLGDCYU-, cuando el efectivo cumplimiento de ese deber de información sea condición del carácter no abusivo de una cláusula contractual que otorga alguna facultad al empresario, es igualmente evidente que tanto el Árbitro al laudar como el Tribunal al conocer de la acción de anulación han de verificar, con racional valoración probatoria, si el profesional ha cumplido con los deberes de información que le vengán impuestos por el Derecho interno y/o por el DUE, tal y como es interpretado por el TJUE: la necesidad de verificar que se ha observado el deber de información en todos los extremos que lo integran resulta inexcusable, pues, de no subvenir a tal deber, el comportamiento del empresario resultaría abusivo y, por ello, radicalmente nulo, amén de vulnerador del orden público. Vulneración en que incurriría el laudo y/o la resolución jurisdiccional que no subsanasen tal omisión o que, a fortiori, no verificasen si tal omisión se ha producido.

Así, el TJUE, en relación con los deberes de información al consumidor que han de ser observados con los consumidores por las compañías suministradoras, en particular, en lo que se refiere al ejercicio de la facultad que ostentan estas compañías de modificar unilateralmente las tarifas de los contratos de duración indefinida "por motivos válidos", en la STJUE de 21 de marzo de 2013 (asunto C-92/11, RWE Vertrieb AG y Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen Ev), partiendo de la situación de inferioridad del consumidor con respecto al profesional en relación con la capacidad de negociación y el nivel de información, mediante contratos de adhesión con condiciones generales redactadas previamente por el profesional y sin posibilidad de influencia alguna en su contenido, establece que:

- Los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2003/55, deben interpretarse en el sentido de que, para apreciar si una cláusula contractual tipo, mediante la que una empresa suministradora se reserva el derecho a modificar el coste del suministro de gas, obedece o no a las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia que imponen tales disposiciones, reviste concretamente una importancia esencial determinar:

- si en el contrato se expone de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones de ese coste. La falta de información a este respecto antes de celebrarse el contrato no puede ser compensada, en principio, por el mero hecho de que el consumidor será informado, durante la ejecución del contrato, de la modificación del coste con una antelación razonable y de su derecho a rescindir el contrato si no desea aceptar la modificación, y

- si la facultad de rescisión conferida al consumidor puede, en la situación concreta, ser ejercida efectivamente.

- Corresponde al tribunal remitente efectuar dicha apreciación en función de todas las circunstancias propias del caso, incluido el conjunto de cláusulas que figuran en las condiciones generales de los contratos de consumo, del que forma parte la cláusula controvertida.

En el ámbito comunitario, los derechos específicos de los usuarios de telecomunicaciones se recogen principalmente en la Directiva 2002/22/ CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva del servicio universal). El Reglamento aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, que complementó la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de dicha Directiva, entre otras, reconoció importantes derechos a los usuarios finales, estableciendo, además, el procedimiento de resolución de controversias entre usuarios finales y operadores. En Junio de 2007 se aprobó el reglamento (CE) 717/2007 del Parlamento Europeo y el Consejo cuyo objetivo era la regulación ex- ante del servicio de itinerancia internacional dentro del ámbito europeo, tanto a nivel minorista como mayorista. Una de las medidas más relevantes que se adoptaron consistió en imponer a los operadores móviles la obligatoriedad de ofrecer una tarifa de voz sujeta a unos precios máximos, denominada Eurotarifa. Este nuevo marco regulatorio se ha mantenido vigente hasta la fecha mediante la aprobación de sucesivos reglamentos comunitarios. Así, en Junio de 2012 se aprobó el Reglamento (CE) 531/2012 que actualizaba y ampliaba la intervención regulatoria sobre los servicios de itinerancia dentro de la UE, contemplando igualmente unos precios máximos para el servicio datos así como el envío de SMS dentro de la Unión, y de esa regulación específica de los servicios minoristas de banda ancha móvil en itinerancia internacional (*roaming*) cuando los usuarios visitan un país diferente al de su operador de origen, se desprende que la Comisión Europea establece los precios máximos para los servicios de acceso a Internet de banda ancha, así como límites máximos por defecto en la facturación y la obligación de informar a los usuarios al alcanzar el 80% de este límite cuando se encuentren en otro país de la Unión Europea.

Descendiendo al análisis de la normativa interna, es preciso recordar que los servicios de suministro de agua, gas, electricidad y calefacción, los de comunicaciones tales como correos, teléfonos, telégrafos y otros



servicios de telecomunicaciones que tengan incidencia directa en la prestación de servicios de uso general, así como los servicios de reparación, mantenimiento y garantía de aquellos bienes y servicios relacionados con los anteriores que, por su naturaleza, puedan requerir de los mismos, y los servicios de la sociedad de la información están incluidos en el Catálogo de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera regulado por Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, lo que les otorga por ello un nivel especial de protección prioritaria a cargo de los poderes públicos a efectos del ejercicio de los derechos de los consumidores y usuarios previstos en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Por otro lado, el art. 38.2.h) Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones establece: " 2. *Las normas básicas de utilización de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público en general que determinarán los derechos de los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales se aprobarán por real decreto que, entre otros extremos, regulará:*

(...)

h) El derecho a rescindir sin penalización sus contratos cuando las empresas proveedoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas les notifiquen propuestas de modificación de las condiciones contractuales. Toda modificación de tales condiciones habrá de ser notificada adecuadamente, con un mes como mínimo de antelación, a los abonados, a los que se informará al mismo tiempo de su derecho a rescindir sin penalización sus contratos en caso de no aceptación de las nuevas condiciones. El Ministerio de Industria, Energía y Turismo podrá especificar el formato de este tipo de notificaciones".

En cumplimiento de la remisión reglamentaria expresada, el art. 9 RD 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, bajo la rúbrica "modificaciones contractuales", dice: " 1. *Los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas sólo podrán ser modificados por los motivos válidos expresamente previstos en el contrato.*

2. El usuario final tendrá derecho a resolver anticipadamente y sin penalización alguna el contrato en los supuestos previstos en el apartado anterior.

3. Los operadores deberán notificar al usuario final las modificaciones contractuales con una antelación mínima de un mes, informando expresamente en la notificación de su derecho a resolver anticipadamente el contrato sin penalización alguna".

Es evidente que este precepto ha de interpretarse en sintonía con la doctrina del TJUE y, también, con el precitado art. 85.3 TRLGDCYU, cuando prevé como abusivas: "Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato".

Por último, bajo el título modificación del contrato, la cláusula 8.2 de las Condiciones Generales de Vodafone para los Servicios de Comunicaciones Móviles, Fijas y de Televisión para clientes particulares dice: "El Contrato se modificará en el caso de que así lo exija la normativa aplicable a los Servicios. Vodafone comunicará al Cliente la modificación con base en este motivo antes de que la misma sea efectiva. Asimismo, Vodafone podrá modificar el Contrato en aquellos supuestos en los que se produzca/n cambio/s en las condiciones técnicas, comerciales, económicas y/u operativas de los Servicios y/o del mercado en el que opera Vodafone, previa comunicación al Cliente mediante comunicación individualizada en la que se haga constar el motivo de la modificación y con un (1) mes de antelación a la entrada en vigor de la modificación. No obstante, si el Cliente no estuviera de acuerdo con la modificación pretendida, podrá resolver unilateralmente el Contrato sin que dicha resolución lleve aparejada penalización alguna con causa en la misma y en concreto, quedando sin efecto el compromiso de permanencia en relación con el Servicio objeto de modificación que pudiera haber asumido el Cliente con Vodafone con carácter previo a la modificación".

En el caso que nos ocupa, el Laudo nada dice sobre el deber de información de Vodafone hacia sus clientes, sino que se limita a transcribir las alegaciones de VODAFONE en el sentido de que la tarifa aplicada a la demandante, de 70 años y reducida cultura a la vista de los escritos presentados ante el Colegio Arbitral, "se activa con el uso, si recibes o realizas una llamada un SMS o cuando uses tus gigas". También consigna el Laudo, al reseñar los alegatos de VODAFONE, cómo la operadora adujo -en sede arbitral- (no hay la menor constancia de su información previa a la consumidora respecto de las tarifas a aplicar en el extranjero) "Dña. Verónica puede gestionar la desactivación y activación de la misma -de la tarifa viaje mundo- por los canales disponibles en cualquier momento" y transcribe las cláusulas contractuales en cuestión. Pero nada dice el Laudo, teniendo la carga de hacerlo precisamente por el deber de analizar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales y el cumplimiento del deber de información, ni ha recabado prueba al respecto de si la compañía



de telefonía móvil cumplió su obligación de informar a la consumidora antes de celebrar el contrato y durante su ejecución, en términos claros y precisos, de las principales condiciones del eventual ejercicio lícito por la operadora de la aplicación del cambio de sus tarifas en el extranjero.

El artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no establece quien tiene la obligación legal imperativa de probar un hecho en el procedimiento, pero sí señala que parte ha de sufrir las consecuencias de la falta de prueba de determinados hechos y ello mediante unas reglas generales. Por ello la Jurisprudencia considera que las normas sobre distribución de la carga de la prueba no son axiomas inflexibles, debiendo interpretarse a la luz del criterio de la disponibilidad y facilidad o dificultad probatoria para cada parte, por el que se podía alterar el criterio general de reparto de carga probatoria para su adaptación al caso concreto y para evitar que se terminara exigiendo a una de las partes una prueba imposible o diabólica causándole así indefensión, y más aún en el Sistema Arbitral de Consumo, que como hemos indicado el principio de aportación de parte queda matizado por el carácter tuitivo de la normativa de protección de consumidores.

Así las cosas, asistía a VODAFONE la carga de acreditar de forma fehaciente que ha cumplido, real y efectivamente, con los deberes de información a cuya observancia supedita el Derecho de la Unión el carácter no abusivo de la modificación de tarifas. De acuerdo con el llamado "principio de facilidad probatoria": la aportación de la grabación del contrato celebrado y de las informaciones sobre el cambio tarifario en función de las zonas roaming, 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]. El Tribunal Arbitral, por su parte, tenía el deber de obtener esa grabación y/o de los mensajes en su caso remitidos a la consumidora para verificar si Dª. Verónica recibió la información pertinente sobre la eventual modificación tarifaria en la fase de celebración del contrato, para así comprobar la preservación de este derecho irrenunciable de la consumidora a ser informada de los cambios de tarifa por cambio de zona, con carácter previo a la suscripción del contrato así como durante su ejecución, información particularmente relevante cuando el cambio de tarifa había de tener una gravosa repercusión en la facturación.

Al no recabar esa prueba el Colegio Arbitral, y conforme a la normativa tuitiva existente, tanto en España como en la Unión Europea, en materia de consumidores, y en particular, en el sector de la telefonía, el deber de probar el cumplimiento del deber de información corresponde a la compañía y al no recabar dicha prueba el órgano arbitral, vulnera el art. 41.1 f) de la Ley de Arbitraje por resultar contrario al orden público, pues implica una vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), y por tanto procede declarar la nulidad del mismo en el ejercicio de nuestra competencia para controlar si la falta de práctica de la prueba es imputable a los árbitros o colegios arbitrales. En este sentido nos pronunciamos en nuestra Sentencia 73/2015, de 22 de octubre e, igualmente, el Tribunal Constitucional, con respecto a las decisiones de los órganos judiciales, doctrina extrapolable al arbitraje (SSTC 233/1992, de 14 de diciembre , FJ 2 EDJ 1992/12342 ; 351/1993, de 29 de noviembre , FJ 2 EDJ 1993/10808 ; 131/1995, de 11 de septiembre , FJ 2 EDJ 1995/4413 ; 35/1997, de 25 de febrero , FJ 5 EDJ 1997/144 ; 181/1999, de 11 de octubre , FJ 3 EDJ 1999/29968 ; 236/1999, de 20 de diciembre , FJ 5 EDJ 1999/40207 ; 237/1999, de 20 de diciembre , FJ 3 EDJ 1999/40212 ; 45/2000, de 14 de febrero , FJ 2 EDJ 2000/1143 ; 78/2001, de 26 de marzo , FJ 3EDJ 2001/2663), causando con ello una efectiva indefensión a la demandante.

QUINTO.- Conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , procede imponer las costas a la parte demandada, al ser desestimadas sus pretensiones.

Vistos los artículos de aplicación,

FALLAMOS

QUE DEBEMOS ESTIMAR la demanda interpuesta por el Procurador Sr. D. Fernando García de la Cruz Romeral, en representación procesal de Dª. **Verónica** de nulidad del laudo arbitral de fecha 16 de junio de 2023, dictado por el Colegio Arbitral de la Junta Arbitral Regional de Consumo de la Comunidad de Madrid, en el procedimiento nº 21-ARBC-00620-5/2023 en el Expediente Arbitral NUM000 , por la Junta Arbitral de Consumo del Ayuntamiento de Alcobendas (Madrid), y **DECLARAR LANULIDAD** del mismo.

Se imponen las costas causadas en este procedimiento a la demandada.

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

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



PUBLICACIÓN.- En Madrid, a veintitrés de abril dos mil veinticuatro. 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.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO PRESIDENTE DE LA SALA D. JOSÉ MANUEL SUÁREZ ROBLEDANO. Con todo el respeto y consideración que me merecen los compañeros de la Sala, me veo obligado a formular el siguiente Voto discrepante con la decisión mayoritaria adoptada por el Tribunal y que motivó, asimismo, el pase del turno de la Ponencia a la Magistrada designada nueva Ponente de la decisión de la Demanda de anulación en cuestión, entendiéndose que la Sentencia decisoria de tal demanda debió de ser la que consta a continuación en vez de la aprobada por la mayoría del Tribunal con mi Voto en contra:

ASUNTO CIVIL 66/2023-NLA 42/2023.

SENTENCIA 21/2024

Ilmo. Sr. Presidente:

D. José Manuel Suárez Robledano

Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco José Goyena Salgado

Ilma. Sra. Magistrada D^a María Prado Magariño

En Madrid, a 16 de abril de dos mil veinticuatro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 6 de noviembre de 2023 tuvo entrada en esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Fernando García de la Cruz Romeral, en nombre y representación de D^a Verónica ejercitando acción de anulación del Laudo dictado en fecha 16 de junio de 2023 y de la posterior Resolución de 9 de agosto de 2023 denegando la aclaración del anterior, en el Expediente número NUM001 por el Colegio arbitral designado por la Junta Arbitral Regional de Consumo de la Comunidad de Madrid.

SEGUNDO.- Por Decreto de 15 de diciembre de 2023 se admite a trámite la demanda y, realizado el emplazamiento de la demandada la entidad Vodafone Servicios S.L.U.

TERCERO.- El 21 de febrero de 2024 se da cuenta al Ponente al objeto de analizar los medios de prueba interesados y proponer a la Sala la resolución correspondiente (Diligencia de Ordenación de 21-2-24).

CUARTO.- Por Auto de 28 de febrero de 2024 la Sala acordó:

Haber lugar al recibimiento del pleito a prueba.

Admitir y tener por aportada la documental acompañada a los escritos de demanda y de contestación en su integridad.

No procede la celebración de vista pública.

Dese cuenta de inmediato para el señalamiento de la deliberación, votación y fallo del asunto.

QUINTO.- Se señala como fecha de inicio de la deliberación de la presente causa el día 9 de abril de 2023, fecha en la que tuvo lugar y se terminó el 16 siguiente (Diligencia de Ordenación de 14-3-2024).

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. José Manuel Suárez Robledano, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente supuesto, la demanda de anulación se basa en la denuncia de las *causales contempladas en los apartados b) y f) del art. 41.1 de la Ley de Arbitraje* , concretamente, refiriéndolo por entender que se han vulnerado los derechos fundamentales de la demandante de nulidad a la asistencia letrada y a la defensa en condiciones de igualdad de armas con la demandada, al no haber puesto en su conocimiento en el momento de llevarse a cabo el arbitraje que tenía derecho a solicitar un Letrado y un Procurador de oficio que la asistiese y la representase en el procedimiento de arbitraje .

La entidad demandada de nulidad, por su parte, se opuso a dicha demanda por entender que ninguna indefensión material se le había producido a la actora, habiendo sido ella la que presentó la reclamación arbitral de consumo, siendo genérica la alegación de indefensión que realiza sin que haya existido infracción alguna



del procedimiento arbitral. Lo que sucede, en realidad, es que la actora no está de acuerdo con el Laudo arbitral dictado, debiéndose la falta de designación de profesionales de oficio a la propia desidia de la actora, que lo podría haber solicitado y no lo hizo, por lo que tampoco se ha infringido la igualdad de las partes en el procedimiento arbitral.

El Laudo combatido trae causa de una reclamación formulada contra la aquí demandada de nulidad, que es la empresa suministradora de servicios de telefonía a la actora en el procedimiento arbitral y demandante de nulidad ante esta Sala, originándose a raíz de manifestar la consumidora que la empresa le había cobrado 375 € y le quería cobrar otros 500 € por un supuesto gasto de telefonía móvil en la República Dominicana, no habiendo consumido nada, según señaló en su demanda, pues no había utilizado el teléfono cuando estuvo de visita familiar a dicho país.

Una vez presentada la referida reclamación, la Junta Arbitral rechazó la misma y estimó la reconvencción de la Compañía demandada estimando que era la consumidora la que debía pagar la cantidad de 50594 € al estar acreditada la procedencia de la facturación cursada y responder a un gasto telefónico realmente realizado por la reclamante, sin que sus argumentos de ausencia de consumo estuvieran acreditados de manera alguna.

Respecto del suministro efectuado, por vez primera al articular su demanda de nulidad del Laudo arbitral, la consumidora demandante alegó la indefensión derivada de no haber sido advertida sobre la posibilidad de designar abogado y procurador de oficio para asistir al **arbitraje** de equidad ante la Junta Arbitral de Consumo. Frente a tal alegación, la entidad demandada de nulidad estima que la indefensión sería achacable únicamente a la consumidora que no solicitó en ningún momento tal asistencia y representación de oficio, haciéndolo solo una vez que se dictó el Laudo contrario a sus intereses, no habiéndolo pedido incluso para el momento posterior en el que interesó la aclaración denegada del Laudo dictado, sino inmediatamente al mismo y cuando presentó las alegaciones de la demanda de nulidad.

También apuntaba la entidad demandada de nulidad que la mención de indefensión habida era genérica y que no se concretaba en actuación alguna, manifestando solo una disconformidad con el Laudo aun sin debatir sobre la facturación reclamada, a cuyo pago venía obligada la demandante de nulidad con arreglo al Laudo de consumo dictado y objeto de la presente impugnación con pretensión anulatoria.

La entidad demandada, por su parte, además de ello e incidiendo en la conducta de la demandante, señaló que cualquier indefensión producida se debía a la propia desidia de aquella, que no interesó ante la Junta Arbitral designación alguna de profesionales, no habiéndose acreditado la causación de perjuicio alguno ni la existencia de indefensión material o real, en definitiva, y no simplemente formal o intrascendente a efectos del derecho fundamental contenido en el art. 24 de la Constitución Española.

SEGUNDO.- Así concretado el objeto del debate planteado ante ésta instancia única, lo primero que hay que indicar es que, partiendo de las premisas contenidas en la importante Sentencia del Tribunal Constitucional de 15-2-2021, la actuación del colegio arbitral en la práctica y admisión de las pruebas en el expediente arbitral fue la adecuada, no denotando su actuación sino la propia de fijación de los hechos ponderando adecuadamente las circunstancias concurrentes en el caso, valorando el material probatorio y haciendo constar en el Laudo final y en el posterior de aclaración su motivada valoración y el porqué de lo que estimaba procedente.

La referida STC añade sobre la cuestión de este motivo de nulidad que no debe emplearse la acción de nulidad para que el órgano judicial cuestione la corrección de la aplicación del Derecho por el árbitro, ni por supuesto realizar una nueva valoración de la prueba practicada, sino que se trata de un mecanismo excepcional dirigido para revisar laudos que adolezcan defectos procedimentales y/o conculquen derechos fundamentales. Como se señaló antes, la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional de 15-2-2021, dijo que *en la reciente STC 46/2020, de 15 de junio, FJ 4, a la que desde ahora nos remitimos, hemos señalado que la institución arbitral -tal como la configura la propia Ley de Arbitraje- es un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE)*, que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros su conocimiento y solución, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción ... Hemos de reiterar que la valoración del órgano judicial competente sobre una posible contradicción del laudo con el orden público, **no puede consistir en un nuevo análisis del asunto sometido a arbitraje, sustituyendo el papel del árbitro en la solución de la controversia, sino que debe ceñirse al enjuiciamiento respecto de la legalidad del convenio arbitral, la arbitrabilidad de la materia y la regularidad procedimental del desarrollo del arbitraje**. En este orden de ideas, ya hemos dicho que "por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 febrero ; 116/1988, de 20 junio ; y 541/1989, de 23 febrero), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades



y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el **arbitraje** que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente" (STC 46/2020, de 15 de junio , FJ 4).

TERCERO.- Continuando con el análisis del motivo de nulidad esgrimido en su demanda por la sociedad actora, al afirmar la misma que el Laudo final dictado, así como el aclaratorio posterior, **atenta contra el orden público** porque incurre en infracción del principio de igualdad de armas al no haber advertido a la reclamante de su derecho a la asistencia y representación técnicas, además de lo que se acaba de indicar, procede recordar que el ordenamiento procesal general prevé en el art. 32 de la LEC 1/2000 que la necesidad de instar la designación de profesionales que asistan y representen al interesado de oficio ha de realizarse por este mismo, sin que sea exigible una supuesta advertencia de oficio a los referidos interesados en caso alguno, pues la desidia en el ejercicio de tal derecho de equilibrio procesal no se suple, en modo alguno, con una supuesta intervención de oficio del órgano jurisdiccional o, en nuestro caso, del órgano arbitral de consumo.

Destacar que, en ese sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: " desde la perspectiva constitucional, la denegación de la asistencia letrada no conlleva sin más una vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española . Para que esto suceda es necesario que **la falta del letrado de oficio solicitado**, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, haya producido al solicitante una real y efectiva situación de indefensión material, en el sentido de que la autodefensa se haya revelado insuficiente y perjudicial para el litigante impidiéndole articular una defensa adecuada de sus derechos e intereses legítimos en el proceso, es decir, que se haya producido un menoscabo real y efectivo de su derecho de defensa " (Sentencias del Tribunal Constitucional de 11-6-1996 y del TEDH de 25-4-1993 en el caso Palkelli).

Pues bien, desde el exclusivo plano de la alegación formulada, se debe recordar que la citada STC señaló que "la noción de orden público no puede ser tomada como un cajón de sastre" y no puede implicar solicitar la revisión de los hechos y derechos aplicados en el laudo. El control judicial de los laudos es muy limitado y no permite una revisión del fondo del asunto, ni debe dar lugar a una nueva instancia como si de un recurso de apelación se tratara. La acción de nulidad del laudo debe constreñirse a la legalidad del convenio arbitral, la arbitrabilidad de la materia y la regularidad procedimental del **arbitraje**; referido esto último al cumplimiento de garantías fundamentales como el derecho de defensa. Como, justamente, la pretensión de nulidad basada en este motivo apunta a la infracción de reglas de la defensa que, como se ha indicado antes, no se ha producido en manera alguna, se está en el caso de desestimar esta motivación de la demanda formulada, sin perjuicio de lo que se añade a continuación, pues no ha existido la infracción mencionada sino que la ausencia de la designación pretendida se debió, única y exclusivamente, a la incuria de la parte demandante de nulidad que, pudiendo hacerlo, no lo solicitó ante la Junta Arbitral y, además, no ha alegado ni acreditado género alguno de perjuicio derivado ni indefensión material concreta y determinada.

CUARTO.- No obstante lo dicho y el tratamiento que se ha hecho en la demanda de la pretensión de nulidad del Laudo arbitral de consumo dictado por la Junta Arbitral de Consumo, esta Sala es plenamente consciente del carácter tuitivo que la doctrina jurisprudencial, especialmente la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea otorga a los consumidores en su jurisprudencia, por lo que va a analizar de oficio la posible concurrencia de causas de nulidad del **arbitraje** decidido por aquella Junta, destacando al efecto los siguientes puntos relevantes:

1.- Desde el llamado caso Mostaza, STJUE de 26-10-2006, se dijo que "la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que implica que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, **aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación** ".

Como se ve, en todo caso, la doctrina del TJUE exige la alegación aun en fase de ejecución por parte del consumidor para poder decretar y apreciar la nulidad del Laudo por contener o referirse el convenio arbitral a cláusulas que sean abusivas. No se ha dado tal alegación en el caso aquí analizado por la Sala, ni se sabe cuál cláusula contractual pudiera, por lo tanto, considerarse como presuntamente abusiva, pues tal alegación no se ha hecho en momento alguno, limitándose la demandante a negar haber realizado el gasto y al óbice procesal antes tratado ampliamente.

2.- En orden al tratamiento de la obligación de transparencia, la STJUE de 12-1-2023, al tratar de la prestación de servicios a los consumidores, relata que las dudas se suscitan al hilo de lo previsto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, conforme al cual no sería viable dicha posibilidad de valorar el carácter abusivo de la fijación



de precios salvo que dicha cláusula adoleciera de falta de transparencia. En el caso de que la cláusula sobre el precio adoleciera de falta de transparencia y fuera declarada nula por ser abusiva, la sentencia se pronuncia sobre los efectos que tal nulidad debe tener sobre la relación contractual. Se trata, al igual que ocurre en el caso anterior, de cuestión suscitada mediante alegación de parte ante los órganos judiciales que conocía de la cuestión.

Por otra parte, en la STJUE de 23-10-2014 (caso Schulz), referida a un supuesto de consumo de suministro eléctrico, señala el Tribunal europeo que es preciso, por tanto, que **los consumidores dispongan de la posibilidad de resolver el contrato en caso de una modificación unilateral de las condiciones. Pero, además, los consumidores deben poder impugnar la modificación del precio**. Sin estas dos posibilidades, la protección del consumidor no alcanzaría el nivel elevado que pretenden las Directivas Gas y Electricidad. De nuevo, comprobamos como ha de instarse tal impugnación, previa comunicación de las modificaciones unilaterales de las condiciones de la contratación de tales suministros, o del precio de los mismos. Para poder decidir qué opción les es más favorable entre aceptar la modificación,

impugnarla o resolver el contrato, los consumidores necesitan contar con una información adecuada, la cual deben conocer con una antelación prudencial con respecto al momento en que la modificación del contrato comenzará a desplegar sus efectos.

3.- En lo referente al deber de información de las suministradoras a los consumidores, refiriéndose al cuestionamiento del deber de informar de cláusula determinada, el TJUE en su Sentencia de 13-7-2023 señaló que **por lo que respecta al carácter eventualmente abusivo de la cláusula controvertida, el Banco Santander tendrá que probar primeramente que, según afirma, la cláusula en cuestión se negoció individualmente**. De no ser así, el juez nacional tendrá que evaluar, en primer lugar, el posible incumplimiento de las exigencias de la buena fe y, en segundo lugar, la existencia de un posible desequilibrio importante en detrimento del consumidor, analizando los elementos del contrato y teniendo en cuenta las indicaciones aportadas por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia.

4.- Volviendo a analizar las circunstancias de fondo del caso controvertido en este momento (pues el motivo de impugnación procesal ya se trató ampliamente con anterioridad para rechazar cualquier género de indefensión), el detenido análisis de la documentación aportada al juicio verbal especial de nulidad del Laudo dictado respecto de la consumidora demandante, acredita que se trata de persona de no elevado índice cultural, de 72 años de edad, de nacionalidad española y facturación realizada en un viaje que hizo a la República Dominicana, que solo adujo ante la Junta Arbitral que, literalmente, "**no he utilizado dicho servicio y que se anule la deuda**", sin que en momento alguno haya siquiera aludido a la existencia de infracciones derivadas de cláusulas abusivas, o de los derechos de transparencia y de información que tiene todo consumidor.

Por ello, aun usando de sus facultades ex officio del art. 41 de la Ley de Arbitraje (apartados b, e y f del punto 2 de dicho precepto) a este Tribunal le resulta en extremo complejo adivinar, sin queja concreta en el procedimiento arbitral ni en la posterior demanda de nulidad, cual pueda ser la infracción, de existir, que pudiera existir, que ni se alega ni se deja entrever, ni se puede concretar de alguna manera, por lo que no cabe sino entender que no existió.

QUINTO.- Por lo anteriormente indicado, se está en el caso de imponer el pago de las costas del juicio verbal especial de nulidad arbitral sustanciado a la demandante de nulidad en atención a lo dispuesto en el art. 394 de la LEC 1/2000.

Vistos los artículos de aplicación,

FALLAMOS

QUE DEBEMOS DESESTIMAR COMO DESESTIMAMOS la demanda de nulidad del Laudo de 16 de junio de 2023 y de la posterior Resolución de 9 de agosto de 2023 denegando la aclaración del anterior, que pronunció el Colegio arbitral designado por la Junta Arbitral Regional de Consumo de la Comunidad de Madrid en el Expediente número NUM001, demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Fernando García de la Cruz Romeral, en nombre y representación de D^a Verónica, contra la entidad Vodafone Servicios S.L.U., representada por el Procurador D. José Cecilio Castillo González, con expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento a la referida demandante.

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.

Esa debió ser la Sentencia que pronunciara la Sala atendiendo al único motivo de la demanda de nulidad formulada, aun con la comprobación tuitiva que, por indeterminación, no debió llevar a que la mayoría del Tribunal inventase otra motivación de nulidad no formulada y que no podía siquiera imaginarse o adivinarse



y que contraviene toda la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, en todos los casos conocidos, siempre parte de algo denunciado o puesto en conocimiento del órgano judicial decisor.

La interpretación que realiza la postura mayoritaria del Tribunal, se reitera, adivina que la demandante de nulidad no fue informada sobre la tarifación diferenciada existente en el territorio de la República Dominicana, sin que este extremo se haya mencionado en ningún momento del procedimiento arbitral de consumo ni en el juicio verbal seguido ante esta Sala. Cuando la STJUE de 4-5-2023 refiere que " **la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición de Derecho nacional que no permite que el juez que sustancia la ejecución, ante el que se ha formulado, fuera del plazo de quince días previsto por esa disposición, oposición a la ejecución forzosa de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, constitutivo de un título ejecutivo, aprecie, de oficio o a instancia del consumidor, el carácter abusivo de las cláusulas de ese contrato, aunque ese consumidor disponga, además, de un recurso sobre el fondo que le permita solicitar al juez que conoce de ese recurso que proceda a tal control y ordene la suspensión de la ejecución forzosa hasta que se resuelva dicho recurso**", supone que haya cláusula que analizar y no que se adivine la infracción que, respecto del consumidor, se haya podido producir, que ni se menciona ni se intuye salvo una magnanimidad y generosidad que no se funde en derecho sino en la intuición de aplicar un derecho no controvertido ni tal siquiera mencionado o sugerido.

En el Voto mayoritario se cita, como precedente único, la Sentencia de esta Sala 73/2015, de 22 de octubre, sin más y sin tener en consideración que el defecto de información a la consumidora en aquel proceso fue denunciado en su demanda de nulidad por ella, al contrario de lo que sucede en el supuesto ahora tratado, y así se puede leer en dicha resolución que " **la parte demandante, cuyas pretensiones han sido desestimadas en el Laudo Arbitral de fecha 23 de marzo de 2015, invoca como causa de anulación del citado laudo, infracción de la letra b) del artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje , en relación con el art. 45.1 del RD 231/2008 , en cuanto que la demandante, en el procedimiento arbitral instado, alegó que MOVISTAR en ningún momento le informó de las tarifas roaming y por tanto su cobro devenía improcedente** , por vulnerar la normativa específica en materia de servicios en itinerancia, por lo que, si bien la demandante debería haber aportado los mensajes enviados sobre la tarifación especial, lo cierto es que no hizo, pero lo grave es que tampoco la Junta Arbitral solicitó de oficio esa prueba, resolviendo sin haberse aportado los mensajes, ni haber acordado la Junta nada al respecto. *Entiende que ello, en el marco del Sistema Arbitral de Consumo, implica que no se han respetado las exigencias del orden público de protección que le caracteriza, dado el carácter de la norma, impidiendo al consumidor hacer valer sus derechos, no formalmente, pero sí materialmente, por lo que interesa se declare la nulidad del Laudo, con la consiguiente retroacción de actuaciones a fin de que por la Junta Arbitral se acuerde la práctica de la prueba consistente en la aportación por la demandada de los mensajes de texto que debieron informar a la demandante de las tarifas roaming durante el mes de diciembre de 2013 y con su resultado, resolver con libertad de criterio*".

O sea, en aquella sentencia, sin perjuicio de dar una extensión desmedida al concepto de orden público que se integraría por la omisión de la Junta Arbitral, en aplicación del art. 45 del Decreto 231/2008, al no interesar de oficio la documentación referida a la información a la consumidora de la modificación de tarifas roaming previamente a la utilización del servicio, o aun partiendo de que tal solicitud no se hizo, la Sala no inventó los motivos de la nulidad, pues la consumidora los alegó, insinuó o propuso como cuestión central de su demanda de nulidad. Por el contrario, en el caso que nos atañe ahora, sin que la demandante alegara o mentara siquiera la cuestión de la omisión de la información previa, se aprecia de oficio tal omisión dando un paso más respecto de aquella precedente resolución en tanto que se adivina la motivación actuando el Tribunal como garante absoluto de todo lo imaginable aunque nadie se lo hay puesto en el litigio pendiente, llevando su actuación de oficio a extremos inasumibles por la imaginación de cualquier motivo posible, aun no constatado ni debatido, creado solo por una aparente protección del consumidor solo asumible por parámetros morales y no de carácter jurídico.

En definitiva, la decisión mayoritaria intuye el motivo de nulidad, no lo aprecia de oficio, haciendo una interpretación y aplicación del derecho propia de un acto de caridad o de bondad cristiana mal entendida, y supone un precedente que en el futuro habrá que reexaminar so pena de trastocar todo el sistema del **arbitraje** de consumo y sus posibles demandas de nulidad sin que, por otra parte, el art. 48 del Real Decreto 231/2008 suponga sino algo que no ocurrió en este caso al referirse a falta de concreción de las pretensiones del **arbitraje** de consumo o a la no aportación de los elementos indispensables para resolver el conflicto, pues las partes sí aportaron la documentación relacionada e interesaron claramente cuáles eran sus pretensiones en el procedimiento arbitral, que eran, en definitiva: no pagar por estimar no realizado el consumo telefónico y pagar el importe facturado, respectivamente.