

Presente y futuro del arbitraje de consumo: cuarenta y tres cuestiones controvertidas

MANUEL JESÚS MARÍN LÓPEZ*
Profesor Titular de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo**
Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN

El arbitraje de consumo precisa de una profunda reforma jurídica. La parca regulación del RD 636/1993, las numerosas dudas que plantea su aplicación, y la existencia de una Ley de Arbitraje –de aplicación supletoria- inspirada en reglas y principios poco adecuados para un arbitraje especial como el de consumo, hacen necesario introducir cambios en su régimen jurídico. En esta línea, el Instituto Nacional de Consumo ha elaborado un Borrador de Regulación de mediación y arbitraje de consumo, y se está tramitando un Proyecto de Ley de mejora de la protección de los consumidores que incide igualmente en el arbitraje de consumo. En este trabajo se analizan algunas de las cuestiones más controvertidas sobre arbitraje de consumo, tomando en consideración el régimen jurídico vigente, el Borrador de Regulación, el Proyecto de Ley mencionado y la jurisprudencia recaída sobre la materia.

SUMARIO

Introducción. 1. El carácter supletorio de la Ley de Arbitraje de 2003. 2. Concepto de consumidor a efectos del arbitraje de consumo. 3. Materias susceptibles de arbitraje de consumo. 4. ¿Son arbitrales las controversias no contractuales? 5. ¿Cabe el ejercicio de acciones de cesación en vía arbitral? 6. ¿Cabe el ejercicio de acciones colectivas o difusas en vía arbitral? 7. Las ofertas públicas de sometimiento limitadas. 8. Eficacia temporal de la oferta pública de sometimiento a arbitraje. 9. Renuncia a la oferta pública de sometimiento y retirada del distintivo oficial. 10. ¿Qué Junta Arbitral es competente territorialmente? 11. Número de árbitros. 12. Requisitos de los árbitros. 13. Designación de los árbitros, y problemas de parcialidad. 14. Sustitución de los árbitros. 15. Responsabilidad de los árbitros. 16. Confidencialidad. 17. ¿Gratuidad del arbitraje de consumo? 18. Lugar del arbitraje. 19. Inicio del procedimiento arbitral. 20. Idioma. 21. ¿Cabe la reconvencción? 22. ¿Quién debe costear las pruebas? 23. ¿Se aplica al arbitraje de consumo el art. 22 LA? 24. Intervención judicial en el arbitraje de consumo. 25. La asistencia judicial en la práctica de pruebas. 26. Medidas cautelares arbitrales y judiciales. 27. La acumulación de procedimientos arbitrales. 28. Organismo *supervisor*

* Manuel.Marin@uclm.es; www.uclm.es/profesorado/mjmarin

** www.uclm.es/cesco

del sistema arbitral de consumo. 29. ¿Cabe el laudo de consumo parcial? 30. Arbitraje de derecho y de equidad. 31. La motivación del laudo de equidad. 32. El laudo transaccional, ¿cuándo puede dictarse? 33. La prórroga del plazo para dictar el laudo. 34. Forma y contenido del laudo. 35. Firma del laudo. 36. La notificación del laudo: forma y plazo. 37. Corrección, aclaración y complemento del laudo. 38. La anulación y ejecución del laudo. 39. Efectos del concurso del empresario sobre el arbitraje de consumo. 40. La sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, y la protección del consumidor en la fase de ejecución del laudo. 41. El arbitraje de consumo en la futura Ley de mejora de protección de los consumidores. 42. El arbitraje de consumo en la nueva LCU. 43. Nuevos Estatutos de Autonomía y arbitraje de consumo.

Introducción.

Han pasado más de trece años desde la publicación del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el sistema arbitral de consumo (en adelante, RDAC). Es innegable que el sistema arbitral de consumo constituye en nuestro país un exitoso mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos. Las Administraciones Públicas han sabido atraer a los empresarios al arbitraje de consumo, y consta que año tras año crece el número de controversias sometidas al arbitraje de consumo.

Sin embargo, los operadores jurídicos han constatado que el RD 636/1993, muy útil en la fecha de su promulgación, precisa de una profunda reforma¹. Ello se debe, por una parte, a la parquedad de su regulación, a que existen cuestiones mal resueltas por esta norma o, todavía con más frecuencia, a que hay aspectos no regulados en la misma. Pero, por otra parte, la nueva Ley de Arbitraje de 2003 (Ley 60/2003; en adelante, LA) afecta también de manera significativa al arbitraje de consumo, pues es de aplicación supletoria a la normativa reguladora de este arbitraje sectorial. En muchos ámbitos la aplicación supletoria de esta ley puede resultar complicada, o al menos perturbadora, para el arbitraje de consumo. Ello se debe a que la Ley de Arbitraje toma como fiel referente la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, aprobada por la CNUMDI, de 21 de junio de 1985. Y las reglas y principios que inspiran el arbitraje comercial internacional son, en algunos extremos, poco adecuadas para un arbitraje especial –el de consumo– fundado en los principios de gratuidad y accesibilidad. Repárese, además, en que existe una estrecha vinculación entre la Ley de Arbitraje de 1988 y el RDAC, hasta el punto de que muchos de los preceptos del Real Decreto son una mera reproducción de la Ley de Arbitraje. Por eso parece razonable entender que, una vez desaparecida la Ley de 1988, haya que modificar el régimen jurídico del arbitraje de consumo.

Según me consta, ya han comenzado los trabajos que han de concluir con una futura reforma del régimen jurídico del arbitraje de consumo. El Instituto Nacional de Consumo ha elaborado un Borrador de Regulación de mediación y arbitraje de

¹ En este sentido, G. PALAO MORENO, “Disposición adicional única”, en S. BARONA VILAR (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 1626; F. LA MONEDA DÍAZ, “La nueva Ley 60/2003, de Arbitraje, y su incidencia en el sistema arbitral de consumo”, *La Ley*, 2004, III, pp. 1780; A. CASADO CERVIÑO, “El arbitraje de consumo”, en DE MARTÍN MUÑOZ/HIERRO ANIBARRO (Coord.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 910; F. VALBUENA GONZÁLEZ, “Incidencia de la Ley 60/2003, de arbitraje, en el sistema arbitral de consumo”, *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, 2005, nº 2, pp. 407.

consumo. Este texto ha sido presentado al Grupo de Trabajo de Arbitraje constituido por el propio INC, y que está integrado por representantes de todas las Comunidades Autónomas. Tras varias reuniones, y después de haber introducido las modificaciones que han considerado convenientes en el texto original, en junio de 2006 este Grupo de Trabajo ha acordado un texto definitivo de Borrador de Regulación de la Mediación y el Arbitraje de Consumo (citado, en lo sucesivo, como Borrador de Regulación). Hasta donde alcanza mi conocimiento, no hay una idea clara sobre si la futura regulación del arbitraje de consumo irá contenida en una Ley o en un Real Decreto que derogaría el actualmente vigente de 1993. Tampoco está claro si hay una verdadera voluntad política de sacar adelante este nuevo texto en la actual legislatura, aunque esa parece ser la voluntad de los responsables del Instituto Nacional de Consumo. El tiempo lo dirá.

En las páginas que siguen no pretendo realizar un examen detenido del RD 636/1993, ni abordar el estudio minucioso de la influencia de la Ley de Arbitraje de 2003 en el arbitraje de consumo². Dado que los trabajos preparatorios de la nueva

² Sobre el arbitraje de consumo, en particular tras la publicación de la Ley de Arbitraje de 2003, v. S. DÍAZ ALABART, “El arbitraje de consumo y la nueva Ley de Arbitraje”, *Act. Civ.*, 2005-1, pp. 1285 y ss.; F. LA MONEDA DÍAZ, “La nueva Ley 60/2003, de Arbitraje, y su incidencia en el sistema arbitral de consumo”, *La Ley*, 2004, III, pp. 1777 y ss.; M. J. MARÍN LÓPEZ, “Objeto y límites del arbitraje de consumo”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 2005, nº 39, pp. 173 y ss.; C. FLORENSA TOMÁS (Coord.), *El arbitraje de consumo: una nueva dimensión del arbitraje de derecho privado*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004; C. SAMANES ARA, “La acción de anulación contra el laudo arbitral de consumo a la luz de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje”, en AAVV, *Curso de mediación y arbitraje. Nuevos retos del arbitraje de consumo*, Dirección General de Consumo del Gobierno de Aragón, 2005, pp. 29 y ss.; “El procedimiento en el arbitraje de consumo a la luz de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje”, *Cuadernos de Consumo*, 2006, nº 27, pp. 25 y ss.; M. R. GUTIÉRREZ SANZ, “La asistencia judicial en el Arbitraje de Consumo”, en AAVV, *Curso de mediación y arbitraje. Nuevos retos del arbitraje de consumo*, Dirección General de Consumo del Gobierno de Aragón, 2005, pp. 57 y ss.; “Especialidades del convenio arbitral en materia de consumo”, *Cuadernos de Consumo*, 2006, nº 27, pp. 59 y ss.; J. SEOANE PRADO, “Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales sobre el Arbitraje de Consumo”, *Cuadernos de Consumo*, 2006, nº 27, pp. 93 y ss.; A. DOLADO PÉREZ, “La ejecución de laudos arbitrales en materia de consumo con la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje”, en AAVV, *Curso de mediación y arbitraje. Nuevos retos del arbitraje de consumo*, Dirección General de Consumo del Gobierno de Aragón, 2005, pp. 93 y ss.; J. CHECA BRAVO, “Las ofertas públicas de sometimiento a arbitraje”, en AAVV, *Curso de mediación y arbitraje. Nuevos retos del arbitraje de consumo*, Dirección General de Consumo del Gobierno de Aragón, 2005, pp. 109 y ss.; “Arbitraje con consumidores administrado por entidades ajenas al sistema arbitral de consumo (Incidencia del anteproyecto de Ley-2005 de Mejora de la LGDCU en el arbitraje de consumo)”, *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, 2006, nº 2, pp. 267 y ss.; J. GUILLÉN CARAMÉS, “Arbitraje y Administración”, en AAVV, *Curso de mediación y arbitraje. Nuevos retos del arbitraje de consumo*, Dirección General de Consumo del Gobierno de Aragón, 2005, pp. 167 y ss.; P. MARTÍNEZ ROYO, “Hacia la consolidación de un verdadero Sistema Arbitral de Consumo”, en AAVV, *Curso de mediación y arbitraje. Nuevos retos del arbitraje de consumo*, Dirección General de Consumo del Gobierno de Aragón, 2005, pp. 235 y ss.; L. ABELLÁN TOLOSA, “Hacia un nuevo reglamento del Sistema Arbitral de Consumo”, en AAVV, *Curso de mediación y arbitraje. Nuevos retos del arbitraje de consumo*, Dirección General de Consumo del Gobierno de Aragón, 2005, pp. 387 y ss.; “El sistema arbitral de consumo”, en M. J. REYES LÓPEZ (Coord.), *Derecho privado de consumo*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, pp. 575 y ss.; F. VALBUENA GONZÁLEZ, “Incidencia de la Ley 60/2003, de arbitraje, en el sistema arbitral de consumo”, *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, 2005, nº 2, pp. 395 y ss.; J. CADARSO PALAU, “Disposición adicional única”, en J. GONZÁLEZ SORIA (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004, pp. 557 y ss.; G. PALAO MORENO, “Disposición adicional única”, en S. BARONA VILAR (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 1621 y ss.; A. CASADO CERVIÑO, “El arbitraje de consumo”, en DE MARTÍN MUÑOZ/HIERRO ANIBARRO (Coord.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 909 y ss., publicado también en *Act. Civ.*, 2006, nº 4, pp. 389 y ss.; se cita el publicado en el libro monográfico; J. GARBERÍ LLOBREGAT, “Disposición adicional única”, en

regulación sobre arbitraje de consumo –contenidos en el Borrador de Regulación- están todavía poco avanzados, tampoco parece sensato dilapidar excesivos esfuerzos en explicar una norma que, con seguridad, sufrirá cambios sustanciales en los próximos meses. Por el contrario, he preferido centrar mi atención en varias cuestiones que, por unas u otras razones, me parecen interesantes. Y para tratar de ellas he acudido, cuando me ha parecido necesario, a la copiosa jurisprudencia de las Audiencias Provinciales recaída sobre la materia, y a la proyectada reforma legal.

1. El carácter supletorio de la Ley de Arbitraje de 2003.

Según el art. 1.1 RDAC, “el sistema arbitral de consumo se rige por el presente Real Decreto y, en lo no previsto en él, por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje”. Tras la aparición de la Ley de Arbitraje de 2003, la referencia realizada a la Ley 36/1988 debe considerarse hecha a la Ley 60/2003. Por su parte, dispone el art. 1.3 LA que “esta ley será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes”. Y en concreto, para el arbitraje de consumo, la DA Única LA establece que “esta ley será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio, general de defensa de los consumidores y usuarios, que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho”. Es ésta la única ocasión en que la LA menciona expresamente al arbitraje de consumo³.

La DA Única LA no constituye precisamente un modelo de técnica-jurídica. Este precepto tiene un doble contenido. En primer lugar, reitera la aplicación supletoria de la LA al arbitraje de consumo, en los términos ya expuestos en el art. 1.3 LA. Nada nuevo hay en este punto. En cualquier caso, llama la atención la terminología empleada por la norma, que alude a las “normas de desarrollo” de la Ley 26/1984, que “podrán establecer” que el arbitraje sea en equidad. El legislador opera como si no se hubieran dictado esas normas de desarrollo, como si no existiera el RDAC. O quizás podría pensarse que la ausencia de mención expresa al RDAC obedece precisamente a que el legislador está considerando acometer una reforma del arbitraje de consumo⁴. El segundo contenido del precepto tiene que ver con la consideración del arbitraje de consumo como un arbitraje de equidad, salvo que las partes decidan expresamente que el arbitraje sea de derecho. Sobre este punto me detendré más adelante (epígrafe 30).

GARBERÍ LLOBREGAT (Dir.), *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, t. II, Bosch, 2004, pp. 1485 y ss.

³ El Grupo Parlamentario Socialista presentó en el Congreso de los Diputados una enmienda (la número 116) que proponía añadir una Disposición Final Primera quáter a la LA, con el siguiente texto: “El Gobierno, en el plazo de tres meses desde la publicación de esta Ley, arbitrará los medios técnicos y materiales necesarios que permita una mejora de los arbitrajes de consumo, así como los recursos necesarios para hacer frente al importante déficit de financiación que padece. Del mismo modo deberá adoptar aquellas medidas que fomenten, no sólo las adhesiones al arbitraje de consumo, sino que dichas adhesiones sean de calidad, especialmente cuando se trate de empresas públicas o que presten un servicio público” (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm 173-8, de 6 de noviembre de 2003). Esta enmienda fue rechazada.

⁴ G. PALAO MORENO, “Disposición adicional única”, *cit.*, pp. 1625; GARBERÍ LLOBREGAT, en GARBERÍ LLOBREGAT (Dir.), *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, t. II, Bosch, 2004, pp. 1503.

¿Cuál es el alcance de la supletoriedad de la Ley de Arbitraje respecto al RD 636/1993? En algunos casos, la aplicación de la Ley de Arbitraje al arbitraje de consumo no plantea ningún problema, pues existe una remisión expresa del RDAC a la regulación general de arbitraje. Así sucede en materia de abstención y recusación de los árbitros (art. 11.6 RDAC), y en lo relativo a la notificación, corrección, aclaración, anulación y ejecución del laudo (art. 17.2 RDAC). Fuera de estos supuestos, se aplicarán aquellos preceptos de la Ley de Arbitraje que regulen un aspecto no previsto en el RDAC, pero con un importante límite: ese precepto no podrá tocar principios esenciales del arbitraje de consumo⁵. Así se deduce de la Exposición de Motivos de la LA (apartado II.4): “esta ley [la LA] pretende ser una ley general, aplicable, por tanto, íntegramente a todos los arbitrajes que no tengan una regulación especial; pero también supletoriamente a los arbitrajes que la tengan, salvo en lo que sus especialidades se opongan a lo previsto en esta ley o salvo que alguna norma legal disponga expresamente su inaplicabilidad”. En consecuencia, habrá que analizar la LA, precepto a precepto, para averiguar si cabe su aplicación supletoria al arbitraje de consumo, en los términos expuestos.

El Borrador de Regulación sigue en este punto la redacción del RDAC. Su artículo 2, que lleva por rúbrica “regulación aplicable”, establece que “el Sistema Arbitral de Consumo se rige por lo dispuesto en la presente norma y, en lo no previsto en ella, por la Ley de Arbitraje”. Añade que “a la actividad administrativa de las Juntas Arbitrales, será de la aplicación la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

2. Concepto de consumidor a efectos del arbitraje de consumo.

El arbitraje de consumo está dispuesto, de conformidad con el art. 1.1 RDAC, para atender las quejas de los consumidores o usuarios. Tenemos, de esta forma, que las partes en un arbitraje de este tipo son el consumidor o usuario, por una lado, y el empresario o comerciante contra quien se dirige la reclamación, por otro. El RDAC no define, sin embargo, qué ha de entenderse por consumidor. Dado que el RDAC se dicta en desarrollo del art. 31 LCU, y teniendo en cuenta la ubicación sistemática de esta norma, el concepto de consumidor se relaciona con lo dispuesto en el art. 1 de este cuerpo legal. En la definición positiva (apartado 2.º), “son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”. En la versión negativa (apartado 3.º), “no tendrán las consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

Con esto podría terminar un comentario acerca del concepto de consumidor en el arbitraje de consumo, si no fuera porque el carácter adjetivo o procesal del arbitraje deja indeterminada la calidad de las partes. La observación merece ser explicada. El ámbito de aplicación subjetivo del arbitraje de consumo viene identificado por la condición de

⁵ S. DÍAZ ALABART, “El arbitraje de consumo...”, *cit.*, pp. 1292.

las partes en el procedimiento arbitral. Quién puede reclamar y quién puede ser reclamado en arbitraje es una cuestión de legitimación activa y pasiva, y la legitimación la determina la relación jurídica en la que ha nacido el conflicto. De este modo, las partes en el arbitraje de consumo no tienen por qué responder siempre al concepto de consumidor y empresario que se deduce del art. 1 LCU, sino que la legitimación del reclamante dependerá del concepto de consumidor propio de la órbita normativa a la que se refiere la reclamación. Así, por ejemplo, no pueden acudir al arbitraje de consumo las personas jurídicas para hacer valer derechos deducidos de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, porque esta normativa, contrariando el criterio general de la Ley General de Consumidores, las excluye del ámbito de su protección (art. 1.2 LCC). En cambio, sí podrán reclamar ante las Juntas Arbitrales de Consumo los empresarios que hayan adquirido viajes con fines de negocio, aunque no sean usuarios finales en el sentido del art. 1 LCU (art. 2.7 Ley 21/1995, de 6 de julio, de Viajes Combinados).

Existen casos en los que no resulta difícil averiguar si el reclamante puede ser considerado consumidor, a los efectos de poder recurrir al sistema arbitral de consumo. En muchas ocasiones, las Juntas Arbitrales o los propios colegios arbitrales determinan la no sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, por estar el bien objeto de arbitraje destinado a integrarse en procesos productivos. Así sucede en dos casos que proceden de Castilla-La Mancha⁶. En uno de ellos la reclamación se formula contra una empresa de aire acondicionado, debido al funcionamiento defectuoso del aparato comprado por el reclamante. El colegio arbitral se declara no competente para conocer del asunto, pues de las declaraciones del propio reclamante se infiere que el aparato lo compró para instalarlo en un bar de su propiedad. En el segundo, se trata de una reclamación frente a una compañía telefónica, por una factura excesivamente alta; también aquí el colegio arbitral se inhibe del asunto, por la condición de empresario del reclamante.

Sin embargo, la cuestión es más compleja cuando el reclamante es un sujeto que adquiere el bien o servicio para fines mixtos. En mi opinión, para que pueda acudir al arbitraje de consumo es preciso que ese sujeto pueda ser considerado como “consumidor”, aplicando la normativa jurídica a que se refiere la reclamación, sea ésta la LCU, sea la ley especial que disciplina ese concreto ámbito material de regulación. Conviene advertir, en todo caso, que algunas Juntas Arbitrales manejan un concepto de consumidor no tan restringido como el contenido en la LCU. Así sucede, por ejemplo, con las Juntas Arbitrales catalanas, que vienen admitiendo como consumidor al comerciante que adquiere bienes o servicios, que sólo indirectamente inciden en su actividad profesional. A mi juicio, este modo de proceder prescinde de la legalidad vigente. Ese comerciante sólo puede acudir al arbitraje de consumo como reclamante si la norma jurídica que sirve de apoyo a la reclamación permite configurarlo como “consumidor”. Cosa distinta es que sea deseable la modificación de la legitimación activa del sistema arbitral de consumo, para permitir reclamaciones de este tipo.

En línea de principio, es evidente que las reclamaciones de que conoce el sistema arbitral de consumo han de ir formuladas contra un empresario. En consecuencia, no cabe plantear reclamaciones ante las Juntas Arbitrales cuando el sujeto reclamado actúa en esa relación jurídica con fines ajenos a una finalidad empresarial o

⁶ Mencionados en A. CARRASCO PERERA/C. DÍAZ-REGAÑÓN, *El arbitraje de consumo. La experiencia de Castilla-La Mancha (1992-1996)*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 74 y 75.

profesional. En tal caso se trata, en verdad, de un arbitraje entre particulares, excluido del sistema arbitral de consumo. Paradigmático es el supuesto de las reclamaciones arbitrales que se presentan contra arrendadores que no son profesionales de la promoción inmobiliaria. Ciertamente, algunas Juntas Arbitrales han admitido reclamaciones de este tipo. Mi opinión es, sin embargo, que no cabe el arbitraje de consumo, precisamente porque el reclamado no tiene la condición de empresario. Lo que no significa que no se reconozca que para las controversias entre los particulares sea recomendable un sistema como el arbitral de consumo.

Por otra parte, no hay posibilidad de acudir al arbitraje de consumo, aun cuando la reclamación la formule un particular frente a un empresario, si la controversia no tiene su origen en un acto de consumo. Así sucede, por ejemplo, cuando un particular vende a una empresa su propio vehículo, ya usado, o vende algún mueble a un anticuario.

Conviene señalar que el Borrador de Anteproyecto de Ley de mediación y arbitraje de consumo mantiene en este punto las cosas tal y como están. Dispone que el sistema arbitral de consumo tiene por objeto “la resolución extrajudicial de los conflictos surgidos entre los consumidores y los empresarios, en relación a sus derechos legal y contractualmente reconocidos” (art. 1.2), sin especificar qué ha de entenderse por consumidor.

3. Materias susceptibles de arbitraje de consumo.

Para averiguar qué materias son susceptibles de ser sometidas a arbitraje de consumo, no basta con acudir al RDAC. Hay que tener en cuenta, además, la normativa general reguladora del arbitraje, contenida en la Ley 60/2003. Conviene adelantar ya que la existencia de esta nueva Ley de Arbitraje en nada afecta a las materias que pueden ser objeto de arbitraje de consumo⁷.

La regla general es que son susceptibles de arbitraje “las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho” (art. 2.1 LA). En lugar de dogmatizar sobre el concepto de libre disposición, basándose en el juego de la autonomía de la voluntad y el límite del orden público, o de realizar enumeraciones exhaustivas sobre actos disponibles o indisponibles para las partes, parece más adecuado determinar caso a caso, una vez planteada la controversia, si la misma es susceptible de libre disposición conforme a derecho.

De lo expuesto resulta que no son susceptibles de arbitraje –ni tampoco del arbitraje de consumo– las cuestiones sobre el estado civil de las personas, las cuestiones matrimoniales y los alimentos futuros (el art. 1814 CC los excluye del contrato de transacción). Por otra parte, el art. 751 LEC determina la indisponibilidad del objeto del proceso en relación con todos los procesos a los que se refiere el Título I del Libro IV (capacidad, filiación, matrimonio y menores), excepto en las pretensiones accesorias que se formulen en dichos procesos y que tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente, según la legislación civil aplicable (art. 751.3 LEC).

⁷ F. VALBUENA GONZÁLEZ, “Incidencia de la Ley 60/2003...”, *cit.*, pp. 397.

En la jurisprudencia, existen numerosas sentencias que resuelven si la conexión a la red telefónica pública fija, solicitada por un consumidor a “Telefónica de España”, es o no materia arbitrable. La SAP Barcelona, de 2 julio 2004 (JUR 2004, 219541) entiende que no, pues se trata de una materia sobre la que las partes no tienen poder de disposición (en el mismo sentido, SAP Asturias de 30 septiembre 2003; AC 2003, 1629). Estima que no es arbitrable el derecho de acceso al servicio telefónico, pero sí las cuestiones relacionadas con la prestación del servicio telefónico disponible al público, como su funcionamiento, precio, facturación, responsabilidad por daños, etc. Otras sentencias, en cambio, establecen que sí es materia arbitrable. Así, las SSAP Burgos, de 5 marzo 2004 (JUR 2004, 112222), Almería, de 14 junio 2004 (JUR 2004, 204034), Barcelona, de 28 junio 2005 (JUR 2006, 461117), y Almería, de 3 octubre 2005 (JUR 2006, 29840). En cualquier caso, este debate forma ya parte del pasado, pues la última oferta pública de sometimiento a arbitraje realizada por la citada empresa excluye expresamente de su ámbito de aplicación esa materia.

El art. 2.2 RDAC enumera las materias que no se pueden resolver en arbitraje de consumo. El precepto se redactó como una simple yuxtaposición del art. 2.1 de la Ley de Arbitraje de 1988 y del art. 31 LCU. Hoy la nueva Ley de Arbitraje no reproduce el elenco de materias excluidas. Pero ello no tiene efecto alguno en el tema que ahora nos ocupa, pues la exclusión se contiene en el art. 2.2 RDAC, precepto éste que sigue siendo válido⁸.

Según el art. 2.2 RDAC, no podrán ser objeto de arbitraje de consumo las siguientes cuestiones: a) las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución; b) las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición; c) las cuestiones en que, con arreglo a las leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos; d) aquellas en las que concurren intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito.

Esta última exclusión, que no es sino transcripción literal de lo dispuesto en el último inciso del art. 31.1 LCU, merece alguna reflexión. La exclusión obedece a la prudencia con la que el legislador concibió el arbitraje de consumo, teniendo en cuenta el entonces reciente “asunto de la colza”, tristemente conocido por todos. Parece que se pretendió excluir del arbitraje de consumo asuntos de tanta trascendencia social y económica, pues podrían suponer una carga excesiva para el sistema arbitral, y en definitiva, para la Administración Pública encargada de administrarlo.

La doctrina, de manera generalizada⁹, ha entendido que esta exclusión no añade nada nuevo al régimen jurídico diseñado en la Ley de Arbitraje de 1988. Esta ley consideraba como materias no arbitrables aquellas que son indisponibles para las partes [art. 2.1.b)], y lo que el legislador pretendió en el art. 31.1 LCU era reforzar esa idea, con el fin de evitar que a través del arbitraje de consumo se diluyeran responsabilidades penales. En definitiva, las responsabilidades penales no pueden ser dirimidas por la vía

⁸ En contra, considerando derogados los supuestos previstos en las letras a), b) y c) del art. 2.2 RDAC, F. LA MONEDA DÍAZ, “La nueva Ley...”, *cit.*, pp. pp. 1779.

⁹ Por todos, A. ÁLVAREZ ALARCÓN, *El Sistema Español de Arbitraje de Consumo*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1999, pp. 86.

arbitral, pero ningún obstáculo hay para que la responsabilidad civil resultante de esos ilícitos penales pueda solventarse por la vía arbitral (también la de consumo). Contra esta opinión, puede señalarse que la literalidad de la norma conduce a conclusiones distintas. Establece que no pueden ser objeto de arbitraje de consumo las cuestiones en las que concurra intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito. Por tanto, la LCU ha querido ir más allá de lo dispuesto en la Ley de Arbitraje de 1988, pues excluye que se decida en arbitraje de consumo acerca de la responsabilidad civil por daños personales (intoxicación, lesión o muerte) o por actos presuntamente delictivos. El legislador actuó deliberadamente cuando decidió reservar a la jurisdicción el conocimiento de las acciones civiles de esta naturaleza. Cuestión distinta es que pueda discutirse esta decisión, por considerar que sería bueno que la vía arbitral de consumo pudiera también conocer de estas acciones civiles.

Sobre este punto, el Borrador de Anteproyecto de Ley es muy claro: “no podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos en los que concurra intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito conforme a lo previsto en el artículo 31 de la Ley 26/1984, General para la defensa de los consumidores y usuarios, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios causados y derivados de los mismas” (art. 1.4). Zanja la polémica, aclarando que en estos casos no es materia arbitrable la responsabilidad civil.

4. ¿Son arbitrales las controversias no contractuales?

Cabe plantearse si son susceptibles de arbitraje de consumo las controversias que tienen un origen no contractual. Los casos reales son los de daños causados en bienes de terceros por productos defectuosos o los daños extracontractuales en los que no ha intervenido, ni siquiera en su origen, una actividad de provisión de bienes o servicios a un consumidor.

Son mayoría los autores que estiman que estas controversias sí son materia arbitrable¹⁰. Suele argumentarse que la finalidad del sistema es resolver las reclamaciones de los consumidores, cualesquiera que sea su origen, siempre que estén relacionados con derechos legalmente reconocidos (art. 2.1 RDAC). Y uno de estos derechos es la obtención de una indemnización de daños y perjuicios, en los términos previstos en los arts. 25 y ss. LCU, que comprende también la indemnización de daños derivados de relaciones extracontractuales.

No plantea dudas el supuesto de daños contractuales: es materia arbitrable. La SAP Navarra, de 20 enero 1997 [AC 1997, 2]) es clara en este sentido. Se solicita la nulidad del laudo, entre otras razones, alegando que la indemnización concedida en el mismo no es materia arbitrable. La Audiencia Provincial no acoge esta argumentación: “no hallamos motivo alguno que permita considerar que una solicitud de indemnización no pueda ser objeto de arbitraje, no impidiéndolo los artículos 1 y 2 de la Ley de Arbitraje, ni el RD 636/1993 de 3 mayo, ni ninguna otra norma, tratándose de una cuestión que las partes pueden libremente someter a decisión arbitral, como así ocurrió en este caso” (FJ 4º).

¹⁰ A. CASADO CERVIÑO, “El arbitraje de consumo”, *cit.*, pp. 927.

En el caso de daños extracontractuales, la SAP Santa Cruz de Tenerife, de 16 junio 1999 (AC 1999, 6952) niega que pueda aplicarse el arbitraje de consumo. La Audiencia Provincial estima el recurso de anulación interpuesto por Telefónica contra el laudo arbitral en el que se le condena a la retirada del cable y a la reparación de los daños causados en la fachada del edificio y en la vivienda de un propietario. El argumento es concluyente: no cabe el arbitraje de consumo, pues no existe una relación contractual entre el propietario demandante en arbitraje y la compañía de telecomunicaciones que invade con el cable el terreno de aquél, causándole unos daños.

Aunque la cuestión es dudosa, entiendo que la solución ofrecida por esta sentencia es acertada¹¹. El arbitraje de consumo sólo resuelve controversias derivadas de relaciones de consumo. La relación de consumo se define por su origen contractual: hay un sujeto que adquiere bienes o servicios de un empresario. El problema puede plantearse en relación con la responsabilidad extracontractual. Es cierto que los arts. 25 y ss. LCU regulan la responsabilidad extracontractual. Pero también lo es que es ésta una materia ajena a la relación de consumo en sentido estricto. Nadie es propiamente consumidor frente a los daños extracontractuales. Es más, la protección que brinda el ordenamiento no deriva de su propia condición de consumidor.

El Borrador de Anteproyecto de Ley no resuelve la cuestión que ahora nos ocupa. A diferencia del art. 2.1 RDAC, que alude a los “derechos legalmente reconocidos” a los consumidores como parámetro objetivo de delimitación de las materias arbitrables, el Borrador se refiere a los “derechos legal y contractualmente reconocidos” (art. 1.2). Este cambio de redacción, ampliando el ámbito de aplicación del arbitraje, no implicará cambios en el funcionamiento del sistema, pues lo cierto es que hasta ahora los derechos del consumidor que derivan del contrato (y no tanto de una ley imperativa destinada a proteger a los consumidores) también caben en el arbitraje de consumo.

También hay que preguntarse si pueden ser objeto de arbitraje las controversias sobre responsabilidad contractual de tipo secuencial derivada de la adquisición de bienes y servicios. Se trata de dilucidar si el consumidor puede solicitar por vía arbitral la reparación de los daños causados en su persona o en sus bienes –distintos del bien de consumo-. Aquí el único límite es el contenido en el art. 2.2.d) RDAC; esto es, que los daños no provoquen la intoxicación, lesión o muerte del consumidor, ni constituyan indicios racionales de delito. Al margen de estos casos, no existe obstáculo alguno que impida al sistema arbitral de consumo conocer de la reclamación de daños de tipo secuencial. El ejemplo de la SAP Navarra, de 20 enero 1997 (AC 1997, 2) así lo demuestra.

5. ¿Cabe el ejercicio de acciones de cesación en vía arbitral?

El sistema arbitral de consumo es competente para conocer de las reclamaciones individuales de consumidores. Así se deduce de los arts. 2.1, 3.1 y 5 RDAC. Las solicitudes de arbitraje pueden ser presentadas por los consumidores personalmente o a

¹¹ A. CARRASCO PERERA, “Delimitación temporal, objetiva y territorial del arbitraje de consumo”, en C. FLORENSA I TOMÁS (Dir.), *El arbitraje de consumo: una nueva dimensión del arbitraje de derecho privado*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, pp. 97.

través de asociaciones de consumidores. Conforme a estos preceptos, la asociación de consumidores puede presentar la solicitud de arbitraje, pero para defender intereses individuales de los consumidores.

Cabe plantearse ahora si las asociaciones de consumidores pueden acudir al arbitraje para proteger los derechos colectivos de los consumidores. La tutela civil de los consumidores como clase presenta fundamentalmente dos vertientes. Está, por una parte, la posibilidad de utilizar acciones de cesación, dirigidas a poner fin a una práctica contraria a la normativa protectora de los consumidores. Por otra parte, el ordenamiento permite el ejercicio de acciones dirigidas a obtener el resarcimiento de daños individualmente sufridos por los integrantes de un grupo, ya se trate de una pluralidad de consumidores determinados o fácilmente determinables, ya se trate de consumidores indeterminados o de difícil determinación (defensa de los intereses colectivos y difusos, respectivamente, en la terminología empleada por el art. 11 LEC).

Vamos a referirnos, en primer lugar, a las acciones de cesación. Como es sabido, las acciones de cesación, contempladas en nuestro ordenamiento jurídico en leyes particulares para supuestos concretos, se han generalizado tras la aprobación de la Ley 39/2002, de 28 de octubre. Con la acción de cesación se pretende obtener una sentencia que condene al demandado a cesar un comportamiento contrario a la normativa protectora del consumidor, a suprimir elementos ilícitos del mismo, o a corregirlos.

Es evidente que el RDAC no prevé expresamente el ejercicio por vía arbitral de acciones de cesación. Pero, ¿existen motivos jurídicos que impidan al sujeto legitimado ejercitar por vía arbitral una acción de cesación? Adviértase que es esta una cuestión que no tiene que ver que la legitimación activa, pues legitimados para ejercitar las acciones de cesación lo están no sólo las asociaciones de consumidores, sino también, en determinados ámbitos, el consumidor individual; así sucede en el caso de la publicidad ilícita [arts. 25.2.d) y 29.3.e) de la Ley 34/1988, General de Publicidad] y las actividades de radiodifusión televisiva que lesionen intereses colectivos de los consumidores [art. 22.3.e) de la Ley 25/1994, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva].

En principio, parece que no puede acudir al arbitraje, pues el sistema arbitral de consumo sólo es apto para el conocimiento de las acciones *individuales* de los consumidores, y no de las acciones *colectivas*. Por otra parte, también podría cuestionarse si la materia propia de las acciones de cesación es una materia de libre disposición por las partes, por afectar a intereses “colectivos”, supraindividuales. La conclusión es que el sistema arbitral de consumo no está ideado para el ejercicio de las acciones de cesación, sin perjuicio de que sea deseable que en una futura reforma del mismo se de entrada al conocimiento por esta vía de este tipo de acciones.

En cualquier caso, aunque se admitiera que el sistema arbitral puede conocer de las acciones de cesación, hay que entender que la simple adhesión de una empresa al sistema arbitral no autoriza sin más al reclamante para acudir a esa vía. El RDAC está pensando en las reclamaciones individuales, por lo que no cabe presumir que quien se adhiere al sistema arbitral lo hace también en relación con las acciones de cesación, de

mucha mayor trascendencia. Para someter estas pretensiones a arbitraje será preciso un acuerdo expreso de ambas partes¹².

6. ¿Cabe el ejercicio de acciones colectivas o difusas en vía arbitral?

Menos problemático es averiguar si las acciones colectivas o difusas del art. 11 LEC pueden ejercitarse por la vía arbitral de consumo. La respuesta ha de ser, sin género de dudas, negativa¹³. Y ello con independencia de que los sujetos perjudicados por el hecho dañoso sean un grupo de consumidores perfectamente determinado o de fácil determinación (acciones colectivas), o sean una pluralidad de consumidores indeterminada o de difícil determinación (acciones difusas); y al margen, por tanto, de que la legitimación activa para la reclamación de la indemnización corresponda a las asociaciones de consumidores, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa de éstos, o a los grupos de afectados.

Las acciones colectivas y difusas tienen en nuestro ordenamiento un régimen procesal singular. Las especialidades tienen que ver, entre otras cosas, con la legitimación, la litispendencia, los efectos de cosa juzgada, la ejecución forzosa, etc. La cosa juzgada constituye un obstáculo para la vía arbitral. En efecto, las resoluciones judiciales que ponen término a las acciones colectivas o difusas tiene efecto de cosa juzgada en relación con todos los perjudicados, se hayan personado o no en el procedimiento. Si lo mismo se aplicara a la acción colectiva o difusa planteada en sede arbitral, sucedería que los consumidores que quisieran personarse tendrían que hacerlo en ese procedimiento arbitral ya iniciado, sin tener opción alguna de acudir a la vía jurisdiccional. Y eso, evidentemente, supondría una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. En consecuencia, aunque se admitiera a día de hoy la posibilidad de interponer acciones colectivas por la vía arbitral, un consumidor individual podría acudir a la vía jurisdiccional para defender sus intereses. Además, el sistema arbitral de consumo no prevé los cauces, ni dispone de los mecanismos necesarios, para conocer de este tipo de acciones. Por otra parte, debe señalarse que la LEC no regula las relaciones entre jurisdicción y arbitraje en materia de litispendencia. Por eso, el ejercicio procesal de las acciones colectivas o difusas planteadas por las asociaciones de consumidores no impide que un consumidor individual pueda acudir a la vía arbitral de consumo, en tanto no se haya producido la situación de cosa juzgada del art. 2.2.a) RDAC.

Ejemplificadora es la SAP Barcelona, de 3 noviembre 2003 (AC 2003, 1763). La AP anula el laudo arbitral dictado por la Junta Arbitral de Consumo de Cataluña, que resuelve el arbitraje iniciado por un consumidor individual contra RENFE. El laudo condena a la compañía ferroviaria a que indique en la impresión de los billetes de transporte de los trenes de cercanías que dichos títulos sólo sirven para esos tipos de

¹² M. PASQUAU LIAÑO, *El nuevo marco para la protección judicial de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios*, Sevilla, Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, 2003, pp. 104.

¹³ M. PASQUAU LIAÑO, *El nuevo marco...*, cit., pp. 146 y ss.; L. ABELLÁN TOLOSA, "El sistema arbitral de consumo", cit., pp. 615; A. CARRASCO PERERA, "Delimitación...", cit., pp. 95; A. CASADO CERVIÑO, "El arbitraje de consumo", cit., pp. 929; M. R. GUTIÉRREZ SANZ, "Las Juntas Arbitrales de Consumo", en AAVV, *El sistema arbitral de consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 100.

trenes. De la sentencia no se deduce con claridad si el consumidor solicita igualmente – y el laudo lo acepta– la devolución de la cantidad que tuvo que abonar por el nuevo billete que tuvo que adquirir por haberse subido a un tren de otra clase distinta (tren regional) al transporte contratado con el billete original (tren de cercanías). Son dos las cuestiones que plantea el recurso de anulación. Por una parte, se discute si un consumidor individual tiene legitimación para el ejercicio de una acción de este tipo. La AP entiende que se trata de una acción colectiva, y que según el art. 11 LEC un consumidor carece de legitimación activa. Pero es que, por otra parte, aunque tuviera legitimación, entiende que una acción colectiva no puede someterse a la decisión de los árbitros, por tratarse de una materia que no es de libre disposición para un consumidor; pues el demandante en arbitraje no puede disponer de derechos colectivos que pertenecen o afectan a un número indeterminado de personas.

La sentencia merece algunas reflexiones. En mi opinión, la acción que pretende que se condene a RENFE a incluir en todos los billetes de cercanías determinada información (que sólo sirven para utilizarlos en ese tipo de trenes) es una acción de cesación, y no una acción colectiva o difusa. Y conforme a la normativa vigente, una acción de cesación de este tipo no puede ser interpuesta por un consumidor individual. Cabría discutir, en los términos que ya hemos visto, qué sucedería si un sujeto con legitimación activa hubiera interpuesto esa acción de cesación por vía arbitral. La AP se centra únicamente en la acción colectiva, aunque no está claro si el consumidor que acudió a la vía arbitral interpuso una acción de esa naturaleza. Si pidió que le devolvieran a él el precio del nuevo billete que tuvo que adquirir, no hay acción colectiva alguna. En cambio, sí se trata de una acción colectiva si solicita que se devuelva el precio a todos los consumidores que, al igual que él, han sido obligados a pagar la diferencia de precio por subirse a un tren distinto al de cercanías. La AP resuelve el litigio bajo la hipótesis de que el consumidor ha realizado esta segunda petición. Y resuelve negativamente para el consumidor, anulando así el laudo, por dos motivos: por carecer de legitimación activa para el ejercicio de una acción de ese tipo, y porque no cabe conocer en la vía arbitral de acciones colectivas, al tratarse de materias de las que no cabe disponer libremente.

Sobre este punto, el Borrador de Anteproyecto de Ley contiene un precepto llamativo. Se trata del artículo 5.1, cuyo texto se reproduce a continuación:

“1. La Junta Arbitral Nacional, adscrita al Instituto Nacional de Consumo, será competente para conocer en las reclamaciones surgidas como consecuencia de conflictos surgidos con empresas que lesionen los derechos de intereses colectivos o difusos de los consumidores o usuarios, que residan en más de una Comunidad Autónoma

No obstante, en los conflictos a que se refiere el párrafo anterior, si la empresa ofreciera con carácter general una solución o se llegara a un acuerdo, que resolviera total o parcialmente la controversia y fuera considerada aceptable por la Junta Nacional, se dará traslado de dicho acuerdo al resto de las Juntas Arbitrales, con el fin de propiciar un acuerdo conciliatorio entre las partes que ponga fin al procedimiento.

Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios legalmente constituidas, podrán instar a la Junta Arbitral Nacional a alcanzar los acuerdos a que se refiere el párrafo anterior.”

Aunque la norma proyectada utiliza una expresión no muy afortunada (empresas “que lesionen los derechos de intereses colectivos o difusos”), parece que el sistema arbitral de consumo será competente para conocer de controversias que tengan su origen en la lesión de los intereses colectivos o difusos de los consumidores o usuarios. No especifica el precepto qué han de entenderse por “intereses colectivos o difusos”, por lo que habrá que interpretarse esta expresión en los términos previstos en el art. 11 LEC.

Como ya he expuesto, son muchos los problemas que plantea admitir que el arbitraje de consumo puede conocer de acciones colectivas y difusas. El precepto proyectado no establece mecanismo alguno que permita superar esos graves problemas. Este es su mayor error. Además, la competencia para conocer de estas reclamaciones colectivas será de la Junta Arbitral Nacional cuando los consumidores afectados residan en más de una Comunidad Autónoma, de donde se infiere que si todos residen en la misma Comunidad la Junta Arbitral Nacional no es competente. Sucede, sin embargo, que por su propia naturaleza, en este tipo de “pleitos” no es posible identificar al comienzo del “procedimiento” a todos los afectados, ni en consecuencia, determinar su lugar de residencia.

El párrafo segundo contempla la posibilidad de alcanzar un “acuerdo conciliatorio”, cuando la empresa reclamada proponga una solución que sea considerada “aceptable” (¿cuándo lo será?) por la Junta Arbitral Nacional. En tal caso la Junta Nacional dará traslado de esta propuesta al resto de Juntas Arbitrales, con el fin de propiciar un acuerdo entre las partes. Parece que este “acuerdo conciliatorio” puede producirse cuando ya se ha iniciado el procedimiento arbitral, pues con el mismo se consigue poner “fin al procedimiento”.

7. Las ofertas públicas de sometimiento limitadas.

Una de las mayores debilidades del actual sistema arbitral de consumo es la generalizada admisión de ofertas públicas de sometimiento a arbitraje limitadas. La oferta pública de sometimiento (OPS) es una oferta pública de convenio arbitral realizada por un empresario. Constituye un modo especial de celebrar un convenio arbitral, pues, una vez realizada la OPS, la sola solicitud de arbitraje por parte del consumidor formaliza el convenio arbitral, siempre que la reclamación coincida con el ámbito de la oferta (art. 6.1 RDAC).

El empresario que quiera realizar una OPS deberá comunicarlo por escrito, o por cualquier medio electrónico, informático o telemático (siempre que se garantice su autenticidad) a la Junta Arbitral de Consumo a través de la cual se adhiere al sistema. Esta comunicación deberá contener las menciones obligatorias señaladas en el art. 6.2 RDAC. Una de ellas es el “ámbito de la oferta”.

En mi opinión, es evidente que el RDAC no pensó en la posibilidad de que las OPS contuvieran limitaciones. La alusión al “ámbito de la oferta” se entendía en el sentido de que la empresa oferente debía obligatoriamente indicar el ámbito de su oferta comercial. Así, por ejemplo, si una empresa se dedica a la venta de electrodomésticos, el ámbito de la oferta debe ser ese, venta de electrodomésticos. Esta mención es necesaria para poder inscribirla en el censo de empresas adheridas [art. 4.c) RDAC] y tener derecho a la entrega de distintivo. Un censo que no exprese el ámbito comercial de

los inscritos no tendrá apenas utilidad, pues no permitirá conocer el tipo de negocio del establecimiento comercial adherido. Ciertamente es, en todo caso, que el RDAC admite limitaciones en la OPS de carácter temporal: la oferta puede indicar el plazo de validez de la misma, aunque si no consta ninguno se entenderá hecha por tiempo indefinido [art. 6.2.d) RDAC].

A pesar de lo dicho, lo cierto es que la expresión “ámbito de la oferta” puede ser entendida de otro modo. Explica CHECA BRAVO¹⁴ que la dificultad práctica de conseguir adhesiones empresariales provocó, en la segunda mitad de la década de los noventa, que se permitiese a los empresarios realizar ofertas de sometimiento limitadas. Así surgieron, en primer lugar, las limitaciones territoriales: las empresas aceptaban someterse a la Junta Arbitral de su territorio, rechazando la posibilidad de resolver sus controversias en otras Juntas Arbitrales. Poco después empezaron a presentarse ofertas con limitaciones cuantitativas y cualitativas; por ejemplo, por tipos de producto, por cuantías reclamadas, etc. Se parte de que, quien puede no adherirse, puede adherirse con las limitaciones. Y estas limitaciones pueden ser de cualquier tipo. Hasta el punto de que, siguiendo esta misma argumentación, es posible que en una OPS el peso la limitación sea infinitamente superior al de la actividad comercial sometida a arbitraje. El caso paradigmático es el de “Telefónica de España, S.A.U.”, que en su oferta pública de sometimiento a arbitraje de 21 de enero de 2003 (eficaz a partir del 15 de julio de 2003) excluye expresamente del arbitraje de consumo un importante número de materias¹⁵.

¹⁴ J. CHECA BRAVO, “Las ofertas públicas...”, *cit.*, pp. 119 y ss.

¹⁵ Se reproduce, por su interés, la Condición Segunda (Materias excluidas del arbitraje) de la oferta pública de sometimiento:

“Quedan expresamente excluidas del ámbito de la Oferta Pública y, en consecuencia, no serán susceptibles de arbitraje:

Las reclamaciones de los usuarios que previa, simultánea o posteriormente a la solicitud de arbitraje, formulen reclamación y/o denuncia ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, Órganos de la Administración de Justicia, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y Policías Autonómicas.

Las reclamaciones formuladas por personas jurídicas o entidades sin personalidad jurídica, con independencia de su función, misión y/o actividad, y realicen o no su actividad con ánimo de lucro.

En este sentido, sólo se admitirán las solicitudes de arbitraje presentadas por personas físicas.

Las reclamaciones formuladas por personas físicas, profesiones o empresarios, en el ejercicio de su actividad profesional, por no tener la condición de consumidores finales.

Las reclamaciones que no se hayan presentado, en primera instancia, ante “Telefónica de España, S.A.U.”, aquellas otras en las que obre resolución judicial firme sobre la materia objeto de la reclamación, o bien aquellas en las que habiéndose presentado reclamación ante “Telefónica de España, S.A. U.” no hayan transcurrido más de 30 días desde la fecha de reclamación, sin haber obtenido respuesta.

Las solicitudes de conexión a la red telefónica pública fija y de acceso a los servicios disponibles y al resto de obligaciones de servicio público, por ser materia reservada legalmente al Ministerio de Ciencia y Tecnología, y no ser, en consecuencia, materia de libre disposición de las partes.

Las reclamaciones relativas a los servicios de tarificación adicional, cuando la reclamación se fundamente en la forma de prestación del servicio por parte del proveedor, por ser competencia de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional, en virtud de lo establecido en la Orden Ministerial de 14 de febrero, de desarrollo, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, del Título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento pro el que se desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones.

Las indemnizaciones por daños y perjuicios.

Las solicitudes de arbitraje que se refieran a facturas emitidas con una antigüedad superior a los seis meses, computándose este plazo desde la fecha de la solicitud de arbitraje.

Las OPS limitadas plantean importantes problemas. Como es sabido, las Juntas Arbitrales de Consumo otorgan a las empresas adheridas un distintivo oficial (pegatina), que éstas podrán exhibir en sus establecimientos comerciales (art. 7.1 RDAC). Este distintivo oficial informa al consumidor de que ese establecimiento comercial está adherido al sistema. Por lo tanto, aumenta la confianza del consumidor en ese establecimiento, dando así un valor añadido a esa empresa. Sin embargo, el RDAC establece un único distintivo oficial, que se otorgará a todas las empresas adheridas. También, por tanto, a las que hayan hecho OPS limitadas. No tiene sentido que en el mercado “operen” empresas con OPS con límites y sin límites, y que las dos utilicen el mismo distintivo oficial. Además de constituir un acto de competencia desleal legalmente admitida, esta situación puede provocar grandes desilusiones y desengaños en los consumidores. Así sucederá, por ejemplo, cuando el consumidor que tiene una controversia jurídica con un empresario adherido pretende solventarla por la vía arbitral de consumo, y advierte que la solicitud de arbitraje formulada ante la Junta Arbitral no implica la formalización del convenio arbitral, al no alcanzar la OPS a la controversia planteada.

Estas dificultades pueden solventarse aplicando adecuadamente el ordenamiento jurídico. Es cierto que el RDAC no prevé que la Junta Arbitral pueda controlar el ámbito de la OPS. Pero también lo es que la OPS ha de respetar el marco jurídico establecido. En este sentido, cabe afirmar que una OPS que contenga limitaciones excesivas puede considerarse realizada en fraude de ley¹⁶, por lo que la Junta Arbitral denegará esa oferta pública, no reputándola como tal. Pero los problemas no desaparecen con ello. Por una parte, porque resulta complicado establecer la frontera entre lo aceptable y lo inaceptable, entre la OPS con limitaciones válidas y con limitaciones que constituyen fraude de ley. Por otra, porque es posible que OPS limitadas consideradas válidas por una Junta Arbitral puedan ser calificadas como fraudulentas por otras Juntas Arbitrales. Así sucede, por ejemplo, con la OPS realizada por “Telefónica de España”¹⁷.

En este punto es necesaria una profunda reforma legal, con los siguientes objetivos: i) fomentar las OPS sin limitaciones, llegando incluso a impedir las OPS limitadas, o permitiéndoles sólo en ciertos supuestos; ii) establecer dos modalidades de distintivos oficiales de empresas adheridas, en función de que las OPS tengan o no limitaciones.

El Borrador de Regulación va claramente en esta línea. A esta materia se dedican los arts. 5.4, 9 y 12, y el régimen jurídico que instauran es el siguiente:

En los demás casos que se refieran a facturación, se excluirán las solicitudes de arbitraje relativas a conflictos surgidos con anterioridad a un año, a contar desde el momento en que tuvo lugar el hecho causante de la solicitud.

Las reclamaciones por equipos, terminales y servicios que no hayan sido adquiridos directamente o contratados con “Telefónica de España, S.A.U.” o con su canal de distribución”.

¹⁶ J. CHECA BRAVO, “Las ofertas públicas...”, *cit.*, pp. 129.

¹⁷ Su OPS de 21 de enero de 2003, presentada a la Junta Arbitral Nacional y aceptada por ésta, no es aplicada sin embargo por las Juntas Arbitrales de Cataluña y de Extremadura.

- La regla general es que no caben OPS limitadas. Como señala el art. 5.4.III, “solamente se aceptarán limitaciones a la adhesión al arbitraje de consumo en los supuestos excepcionales a los que se refiere el artículo 9”. El art. 9.2.I añade que las limitaciones se producirán “de forma excepcional”.

- Corresponde al Presidente de la Junta Arbitral Nacional la competencia para aceptar las OPS que contengan limitaciones. Las empresas podrán presentar la solicitud de aceptación directamente a la Junta Arbitral Nacional, o a la Junta Arbitral que estimen conveniente, quien deberá remitirla a la Junta Arbitral Nacional (art. 5.4.I y II).

- “De forma excepcional y por considerar que la oferta puede facilitar la solución de conflictos de los consumidores y usuarios, en particular, en sectores especialmente conflictivos atendiendo al número de consultas y reclamaciones planteadas o en aquéllos en los que no exista una suficiente implantación del Sistema Arbitral del Consumo, previa aceptación por el Presidente de la Junta Arbitral Nacional de Consumo, se admitirán limitaciones al compromiso de sometimiento al arbitraje. En estos casos será necesario informe preceptivo del Presidente de la Junta Arbitral que haya remitido o recibido la Oferta Pública limitada. Igualmente, se podrán aceptar ofertas de sometimiento temporales para la solución de conflictos determinados, surgidos previamente” (art. 9.2). De este precepto resulta que la admisión de OPS limitadas dependerá de circunstancias que no guardan relación alguna con el tipo y alcance de la limitación. En efecto, se aceptará una OPS limitada “cuando la oferta pueda facilitar la solución de conflictos de los consumidores”. Esto no tiene mucho sentido, pues por definición todas las OPS limitadas sirven para facilitar la resolución de controversias que mantienen esas empresas y los consumidores sobre materias que sí están comprendidas en el ámbito de la oferta. La norma menciona dos supuestos en los que pueden tener cabida las OPS limitadas: en sectores especialmente conflictivos atendiendo al número de reclamaciones (se está refiriendo, claramente, a las empresas telefónicas) o en sectores en los que no existe una suficiente implantación del sistema arbitral de consumo. En cualquier caso, no se trata de las dos únicas hipótesis. En definitiva, se concede una gran libertad a la Junta Arbitral Nacional para que decida sobre la admisión de una OPS limitada. Y las limitaciones que puede incluir la OPS pueden ser de cualquier tipo. El art. 9.2 se refiere expresamente a las “ofertas de sometimiento temporales para la solución de conflictos determinados, surgidos previamente”. Aunque la redacción no es clara, en verdad parece que la limitación no es sólo temporal, sino también –y sobre todo- material: la OPS alcanza únicamente a las controversias jurídicas ya surgidas, derivadas de contratos previamente celebrados. Al margen de esta hipótesis concreta, las limitaciones pueden ser de cualquier naturaleza.

- “No se considerarán ofertas de carácter limitado, a efectos de lo señalado en el apartado anterior, las ofertas que limiten exclusivamente su vigencia a un plazo superior al año, estableciéndose la posibilidad de su prórroga, o aquéllas que limiten su ámbito territorial a las Juntas Arbitrales correspondientes al territorio en el que la empresa desarrolle principalmente su actividad” (art. 9.3). Se contemplan dos tipos de limitaciones que, aun así, no permiten calificar a la OPS como limitada. Por tanto, las OPS que las contengan son absolutamente válidas, y no quedan sometidas al régimen de las OPS limitadas (por ejemplo, a efectos de determinar la Junta Arbitral competente para aceptarlas). El primer supuesto es el siguiente: OPS que “limite exclusivamente su vigencia a un plazo superior al año, estableciéndose la posibilidad de su prórroga”. Es válida, por tanto, la OPS temporal, si éste es superior a un año. La alusión a la

posibilidad de prórroga es confusa. Pues pareciera que si no se establece esa posibilidad de prórroga, será considerada una OPS limitada, con los efectos que de ello se derivan. El segundo supuesto tiene relación con los límites territoriales. No se considerara limitada la OPS que “limite su ámbito territorial a las Juntas Arbitrales correspondientes al territorio en el que la empresa desarrolle principalmente su actividad”. El problema radica en averiguar cuál es el lugar en el que la empresa desarrolla “principalmente” su actividad. Cualquier otra limitación territorial lleva a calificar a esa OPS como oferta limitada, y a aplicarle el régimen de las OPS limitadas.

- Son válidas las ofertas públicas de sometimiento a arbitraje de derecho. Cuando exista una oferta de este tipo, la Junta Arbitral comunicará al consumidor reclamante esta circunstancia, para que manifieste su conformidad con que el laudo se dicte conforme a derecho. En caso de no estar de acuerdo, la solicitud del consumidor se tratará como si fuera dirigida a una empresa no adherida (art. 19.1.II).

- Con buen criterio, se establecen dos distintivos oficiales distintos. Uno para las empresas que formulan OPS sin limitaciones. En tal caso, “la Junta Arbitral a través de la que se hubiere realizado la oferta pública de sometimiento, decidirá sobre su aceptación o rechazo y en caso de aceptarla, otorgará a la empresa o profesional el Distintivo Oficial que figura en el Anexo I” (art. 12.1). Pero existe un segundo distintivo para las OPS limitadas: “en caso de que la oferta pública de sometimiento al Sistema Arbitral de Consumo contuviera alguna limitación, una vez aceptada aquella por la Junta Arbitral Nacional, podrá otorgarse el distintivo previsto en el Anexo II, en el que consta expresamente y de forma clara, que se trata de una oferta limitada” (art. 12.2.I). La utilización de distintivos oficiales diferentes es acertada, pues da noticia fiable de la extensión y alcance de la OPS. Pero la norma va un poco más allá, al admitir que, “atendiendo al contenido de la limitación, la Junta Arbitral Nacional podrá aceptar la adhesión limitada, negando el derecho a utilizar el distintivo oficial en la resolución por la que se acepte la oferta limitada” (art. 12.2.II). En esta hipótesis, la Junta Arbitral Nacional acepta la OPS limitada, pero no otorga a la empresa distintivo oficial alguno. De forma semejante a como se ha expuesto en relación a la aceptación de las OPS limitadas, se da una gran libertad a la Junta Arbitral Nacional para negar el derecho a utilizar el distintivo oficial.

En la actualidad, cada Junta Arbitral está obligada a confeccionar y actualizar un censo de las empresas que han realizado ofertas públicas de sometimiento al sistema arbitral de consumo, en su ámbito territorial, con expresión del ámbito de la oferta [art. 4.c) RDAC]. Además, cada Junta Arbitral dispondrá de un libro, debidamente numerado, en el que se harán constar los datos de las empresas o entidades que disponen de distintivo oficial. El Borrador de Regulación mantiene, como una de las funciones de las Juntas Arbitrales, “la gestión y mantenimiento del Censo de empresas adheridas” [art. 4.2.c)], pero crea el Registro Central de Adhesiones al sistema arbitral de consumo (art. 14.1), que será gestionado por el Instituto Nacional de Consumo. Añade el art. 14.2 que “las Juntas Arbitrales de Consumo, incluida la Junta Arbitral Nacional, al tiempo que comuniquen a las empresas o profesionales la concesión del distintivo, notificarán dicha comunicación al Instituto Nacional del Consumo”. La norma es poco afortunada, pues lo razonable es que las Juntas Arbitrales de Consumo informen al Registro Central de Adhesiones de todas las OPS que acepten, sean las OPS puras o limitadas, e incluso si se trata de OPS limitadas en las que la Junta Arbitral Nacional niega el derecho a usar el distintivo oficial.

8. Eficacia temporal de la oferta pública de sometimiento a arbitraje.

Según el art. 2.2.d) RDAC, la oferta pública de sometimiento a arbitraje deberá contener el plazo de validez de la oferta. Si no consta, la oferta se entenderá realizada por tiempo indefinido. Pero se haya emitido la oferta con plazo o sin él, el empresario puede en cualquier momento revocarla (el art. 7.3 RDAC utiliza el término “renuncia”, aunque parece más adecuado el de “revocación”). Son éstas las únicas menciones que sobre el particular contiene la normativa vigente.

Si existe oferta pública, el convenio arbitral se formaliza con la presentación por el consumidor de la solicitud de arbitraje en la Junta Arbitral de Consumo (art. 6.1 RDAC). Es en ese instante cuando ambas voluntades coinciden. La hipótesis de la que se parte es la siguiente: se emite la oferta pública, después se celebra un contrato entre el empresario y el consumidor, y posteriormente éste presenta la solicitud de arbitraje, estando todavía vigente la oferta pública de sometimiento a arbitraje. Tanto el contrato como la presentación de la solicitud de arbitraje tienen lugar en momentos en los que la oferta pública produce sus efectos. Cuando así sucede, no hay problema alguno: la solicitud de arbitraje implica la formalización del convenio arbitral, y seguidamente, la iniciación del procedimiento arbitral.

Pero existen otros supuestos problemáticos:

1. Así ocurre, en primer lugar, cuando el contrato entre empresario y consumidor se celebra antes de que aquel haya realizado su oferta pública de sometimiento a arbitraje. Si después, estando ya vigente la oferta pública, se produce una controversia jurídica, ¿se entiende formalizado el convenio arbitral cuando el consumidor presenta una solicitud de arbitraje? Adviértase que cuando se celebró el contrato de consumo no existía todavía oferta pública de sometimiento. Por esta razón, podría pensarse que no cabe acudir al arbitraje de consumo para resolver esa controversia, pues la oferta pública de sometimiento sólo tiene efectos para el futuro, afectando a los contratos que se celebren con posterioridad¹⁸. Sin embargo, estimo que la respuesta dependerá del “ámbito de la oferta” contenido en la oferta pública de sometimiento [art. 6.2.a) RDAC)]. Si el empresario no ha hecho restricciones en este punto, habrá que entender que la oferta pública comprende también las relaciones jurídicas anteriores¹⁹. A esta solución se llega aplicando por analogía el art. 6.2.d) RDAC, empleando la presunción de “tiempo indefinido” retroactivamente. No se opone a esta interpretación el hecho de se establezca que las OPS tienen por fin resolver “futuros conflictos” con consumidores (art. 6.1 RDAC). En cualquier caso, siempre está en la mano del empresario impedir la aplicación de la oferta a controversias nacidas de contratos celebrados con anterioridad. Como digo, le basta con establecer una limitación de este tipo al emitir la oferta pública de sometimiento.

2. Cabe plantearse, en segundo lugar, qué sucede cuando la relación jurídica (el contrato) nace bajo la vigencia de la oferta pública de sometimiento a arbitraje, pero la controversia jurídica se plantea después de vencida la oferta pública. En términos

¹⁸ De esta opinión, L. ABELLÁN TOLOSA, “El sistema arbitral de consumo”, *cit.*, pp. 631.

¹⁹ A. ÁLVAREZ ALARCÓN, *El Sistema Español...*, *cit.*, pp. 184.

estrictos, la presentación de la solicitud de arbitraje a la Junta Arbitral no puede suponer la formalización del convenio arbitral, pues ya no hay oferta de arbitraje que pueda ser aceptada por el consumidor. La revocación de la oferta pública implica la extinción de la oferta, por lo que una posterior solicitud de arbitraje planteada por el consumidor no provoca automáticamente la perfección del convenio arbitral.

No hay que desconocer, sin embargo, que la sumisión al sistema arbitral pudo haber llevado al consumidor a contratar con ese empresario. Por eso, parece razonable entender que a pesar de la revocación de la oferta, el consumidor podrá someter a arbitraje de consumo las futuras controversias que surjan de ese contrato. La oferta pública de sometimiento habría de considerarse como una cláusula más del contrato principal. El empresario hace una oferta de contrato, acompañada de una oferta de arbitraje. La aceptación en esos términos de la oferta de contrato comporta también la aceptación en todos sus términos de la oferta de arbitraje. En consecuencia, habrá convenio arbitral cuando el consumidor presente posteriormente una solicitud de arbitraje, aunque antes de eso ya haya sido revocada por el empresario la oferta pública de sometimiento²⁰. En conclusión, la competencia temporal del sistema arbitral de consumo se determina por el hecho de que el contrato de consumo haya tenido lugar durante el tiempo de validez de la oferta pública, aunque ésta haya sido revocada antes de que haya nacido la controversia jurídica o de que el consumidor haya presentado su correspondiente reclamación.

3. Otra situación distinta se produce cuando el empresario revoca la oferta pública de sometimiento, pero aún así continúa haciendo uso del distintivo oficial. En tal caso hay que entender que la oferta pública sigue estando vigente (SAP Guadalajara, de 12 febrero 2003 (JUR 2003, 84777)).

Lo que acaba de exponerse seguiría siendo válido, a mi juicio, si fuera aplicable el Borrador de Regulación. De los tres supuestos problemáticos que he expuesto, el texto proyectado aborda los dos últimos. Se establece, en primer lugar, que “la renuncia [a la oferta pública de sometimiento a arbitraje] no afectará a las relaciones de consumo perfeccionadas durante el periodo en que estuviera vigente la oferta” (art. 11.2). Por lo que, aunque se revoque la OPS, sigue ésta produciendo efectos en relación con los contratos que se celebraron antes de la revocación, de modo que la simple solicitud por el consumidor de arbitraje implica la existencia de convenio arbitral. Por otra parte, “si la empresa una vez efectuada la renuncia, siguiera utilizando el distintivo y durante ese periodo se presentara una solicitud de arbitraje, la Junta Arbitral entenderá formalizado el convenio arbitral” (art. 11.1.II).

Ahora bien, en cuanto a la eficacia temporal de las ofertas públicas de sometimiento, establece el Borrador de Regulación que no se considerarán ofertas de carácter limitado –por lo que son válidas– “las ofertas que limiten exclusivamente su vigencia a un plazo superior al año, estableciéndose la posibilidad de su prórroga” (art. 9.3). Por lo tanto, el empresario puede hacer una oferta pública de carácter temporal, siempre que la duración prevista sea superior al año y se prevea su prórroga. Por lo tanto, si el empresario propone en su OPS una duración que no cumple estos caracteres, se entenderá que la oferta es de carácter limitado, por lo que, en principio, no será

²⁰ A. ÁLVAREZ ALARCÓN, *El Sistema Español...*, cit., pp. 185; A. CARRASCO PERERA, “Delimitación...”, cit., pp. 100.

aceptada por la Junta Arbitral, salvo que concurra el supuesto excepcional previsto en el art. 9.2, que ya ha sido comentado en el apartado anterior.

9. Renuncia a la OPS y retirada del distintivo oficial de empresa adherida.

La adhesión al sistema arbitral de consumo es voluntaria, e igualmente ha de serlo la posibilidad de salir del sistema. En este sentido, el RDAC prevé que una empresa adherida pueda causar baja en el mismo, mediante su renuncia. Dispone el artículo 7.3 RDAC que “la renuncia de la oferta pública de sometimiento arbitral se comunicará, a la Junta Arbitral a través de la cual se ha formalizado la oferta, por escrito o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, y conllevará la pérdida del derecho a ostentar el distintivo oficial, desde la fecha de comunicación de dicha renuncia”. El artículo 7.4 añade que la renuncia a la OPS se plasmará en el Diario Oficial que corresponda a la Junta Arbitral en la que se presenta la renuncia.

Conforme a la normativa vigente, sólo existe un mecanismo para causar baja como empresa adherida al sistema arbitral de consumo: la renuncia a la OPS que hace el propio empresario. Y el derecho a usar el distintivo oficial que tiene toda empresa adherida únicamente se pierde en un supuesto: cuando la empresa adherida renuncia a la OPS.

El Borrador de Regulación introduce en este punto algunas novedades. Su artículo 13.1 enumera una serie de supuestos en los que “se procederá a la baja en el Censo de empresas adheridas de las Juntas Arbitrales y en el Registro Central de empresas adheridas del Instituto Nacional del Consumo y se perderá el derecho al uso del distintivo”. Estos supuestos son los siguientes: “a) renuncia por la empresa o profesional de la oferta pública de sometimiento al Sistema Arbitral; b) utilización del distintivo con finalidad de fraude o engaño; c) incumplimiento reiterado de los laudos; d) reiteradas infracciones calificadas como graves o muy graves en materia de protección al consumidor y usuario, sancionadas, con carácter firme, por las Administraciones públicas competentes; y e) realización de prácticas, constatadas por las Administraciones públicas competentes en materia de protección al consumidor y usuario, que lesionen gravemente los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios”. El precepto añade que “el Presidente de la Junta Arbitral que hubiera concedido el distintivo, y previa audiencia de la empresa, dictará resolución motivada de retirada del distintivo de adhesión, excepto en el supuesto de denuncia voluntaria por el empresario o profesional que no será necesaria la motivación (art. 13.2).

La norma transcrita merece varias reflexiones. Por una parte, cualquiera de las circunstancias mencionadas puede provocar la expulsión de la empresa del sistema arbitral de consumo y la pérdida del derecho al uso del distintivo oficial. Ambas consecuencias van siempre unidas. Creo que podría darse a la Junta Arbitral más libertad, permitiendo por ejemplo que una empresa continuase adherida al sistema arbitral, aunque sin posibilidad de utilizar el distintivo oficial. Por otra parte, esta previsión tiene mal encaje con el hecho de que las Administraciones Públicas en general, y las Juntas Arbitrales en particular, deban fomentar el arbitraje de consumo entre los empresarios, procurando la adhesión al sistema mediante las OPS [art. 4.a) RDAC; arts. 4.2.a) y 10 del Borrador de Regulación]. La práctica ha demostrado que la

adhesión al sistema de los empresarios es uno de los mayores éxitos del sistema arbitral. Y no tiene sentido desterrar del sistema a los empresarios que incumplen reiteradamente los laudos, o que cometen graves y reiteradas infracciones en materia de protección al consumidor, siendo sancionados por ello. Su expulsión del sistema arbitral no beneficia a los consumidores; más bien al contrario, les perjudica gravemente, pues las controversias jurídicas que se planteen con ese empresario deberán solventarse necesariamente ante los tribunales de justicia.

10. ¿Qué Junta Arbitral es competente territorialmente?

Una de las cuestiones más problemáticas del actual marco jurídico es determinar qué Junta Arbitral es competente. Se ha afirmado, con acierto, que el RDAC no contiene reglas claras sobre reparto territorial de competencias de las Juntas Arbitrales, y que tampoco contiene propiamente un diseño territorial de estas Juntas, ni de sus relaciones²¹.

El RDAC crea una Junta Arbitral de Consumo de ámbito nacional, adscrita al Instituto Nacional de Consumo. El artículo 3.1 RDAC establece en qué casos es competente esa Junta: “conocerá, exclusivamente, de las solicitudes de arbitraje presentadas a través de las asociaciones de consumidores y usuarios cuyo ámbito territorial exceda del de una comunidad autónoma, por los consumidores y usuarios que estén afectados por controversias que superen asimismo dicho ámbito”. Se trata de una competencia exclusiva, en el sentido de que la Junta Arbitral Nacional únicamente conocerá en la hipótesis descrita.

En relación a las demás Juntas Arbitrales, el RDAC no determina su alcance territorial. El ámbito funcional y territorial de cada Junta Arbitral se fijará en el Convenio de creación de esa Junta suscrito entre el Instituto Nacional de Consumo y la Administración Pública correspondiente (art. 3.2 RDAC). Por su parte, el artículo 3.3 RDAC enumera tres criterios que pueden recoger los Convenios de creación de una Junta para fijar su ámbito funcional y territorial. Estos criterios son los siguientes: a) otorgar preferencia al domicilio del consumidor; b) otorgar preferencia la Junta de inferior ámbito territorial; c) salvaguardar la libertad de elección de la Junta por las partes. No son criterios de reparto territorial de competencias, sino criterios a los que deberán sujetarse los correspondientes Convenios de creación. Pero resulta que todos los Convenios de constitución de las Juntas Arbitrales reproducen los mismos criterios enumerados en el artículo 3.3 RDAC. En concreto, en los Acuerdos de constitución de Juntas Arbitrales Autonómicas se dispone, de forma repetida en todos ellos, que “la Junta Arbitral de Consumo de la Comunidad... será compatible en su ámbito territorial con la existencia y actuaciones de las Juntas Arbitrales de carácter local..., de acuerdo con los siguientes criterios”, reproduciendo a continuación los tres criterios ya conocidos. Una expresión semejante se utiliza en los Acuerdos de constitución de las Juntas Arbitrales Provinciales.

Ni el RDAC ni los Convenios de creación de las distintas Juntas Arbitrales especifican si los tres criterios de atribución de competencias territoriales son sucesivos

²¹ A. CARRASCO PERERA, “Delimitación...”, *cit.*, pp. 101.

o alternativos. En mi opinión, la determinación de la competencia territorial debe realizarse conforme a las siguientes reglas:

1) En primer lugar, es competente la Junta Arbitral que las partes elijan libremente, con independencia de su ámbito territorial. Por tanto, si un consumidor de Albacete y una empresa catalana deciden someter su controversia a la Junta Arbitral de la Comunidad de Madrid, ésta será la competente. Ciertamente es que los Acuerdos de constitución de las Juntas Autonómicas y Provinciales se establece que estas Juntas entenderán, “con carácter prioritario”, de las reclamaciones de los consumidores de su Comunidad Autónoma o Provincia. Lo que significa que las reclamaciones de los demás consumidores se atenderán con carácter “no prioritario”, expresión ésta de difícil comprensión.

2) En su defecto, se aplican los dos criterios restantes: dar preferencia al domicilio del consumidor, y a la Junta arbitral de inferior ámbito territorial. A la vista de que no se fija la relación existente entre estos dos criterios, pueden mantenerse dos tesis: i) se dará preferencia a la Junta del domicilio del consumidor, y si hay varias en dicho domicilio, prevalecerá la Junta de inferior ámbito territorial²². Así, por ejemplo, si un consumidor tiene domicilio en la ciudad de Jaén, será competente la Junta Arbitral Municipal de Jaén, mientras que si su domicilio está en Úbeda, la competencia la tiene la Junta Arbitral Provincial de Jaén (no existe una Junta Arbitral Municipal de Úbeda; ii) será competente cualquiera de las Juntas Arbitrales cuyo ámbito de aplicación territorial alcance el del domicilio del consumidor²³. Así, si éste tiene su domicilio en Úbeda, será competente la Junta Arbitral Provincial de Jaén y la Junta Arbitral Autonómica, mientras que si su domicilio radica en la ciudad de Jaén, a las dos Juntas Arbitrales ya citadas se suma la Junta Arbitral Municipal. Resulta complicado decidirse por una de estas dos tesis. La primera tiene la virtud de que permite establecer relaciones de “preferencia” entre las Juntas Arbitrales que coinciden parcialmente en su ámbito territorial. Pero aplicándola tal cual sucedería que, por ejemplo, la Junta Arbitral Autonómica de Andalucía no sería nunca competente territorialmente, pues en esa Comunidad cada provincia cuenta con su propia Junta Arbitral Provincial. Por todo ello, me parece más acertada la segunda tesis.

La generalización de esta segunda regla, que es beneficiosa para el consumidor, en la medida en que le permite “litigar” en una Junta Arbitral que cubre su domicilio, desincentiva enormemente a los empresarios, que pueden verse obligados a resolver la controversia en una Junta Arbitral lejana al lugar en habitualmente desempeñan su actividad empresarial. Es más, si cada consumidor puede “demandar” al empresario en la Junta Arbitral de inferior ámbito territorial en la que radique su domicilio, es porque se está admitiendo que el empresario que presenta una oferta pública de sometimiento a arbitraje a una concreta Junta Arbitral se adhiere a través de ella a todo el sistema arbitral.

²² M. R. GUTIÉRREZ SANZ, “Las Juntas Arbitrales de Consumo”, *cit.*, pp. 85 y 86; A. CASADO CERVIÑO, “El arbitraje de consumo”, *cit.*, pp. 933; J. CHECA BRAVO, “Las ofertas públicas...”, *cit.*, pp. 122.

²³ A. CARRASCO PERERA, “Delimitación...”, *cit.*, pp. 103.

En este fenómeno está el origen de las OPS con limitación territorial²⁴. Ante el riesgo de poder ser llamado por cualquier Junta Arbitral del territorio español, el empresario que realiza una OPS introduce un límite territorial: admite la vía arbitral pero únicamente cuando conozca de la misma la Junta Arbitral a través de la que se adhiere o alguna otra que expresamente se menciona.

Repárese, además, en que la averiguación de la Junta Arbitral competente territorialmente será más o menos complicada en función del modo en que se haya celebrado el convenio arbitral. Así, si no hay convenio previo ni OPS, será competente la Junta Arbitral ante la que el consumidor presenta la reclamación, que es posteriormente aceptada por el empresario. Aquí no hay problema alguno. Si hay OPS con limitación territorial, habrá de estarse a lo que se disponga en ella, de modo que será competente la Junta Arbitral que se indique en la OPS (normalmente, la propia Junta en la que la empresa ha presentado la OPS). Si hay OPS sin limitación territorial, habrá que acudir a los criterios arriba citados, con las dificultades interpretativas ya conocidas. Si la sumisión al arbitraje de consumo deriva de una cláusula contractual incorporada al contrato principal, se aplicarán estos mismos criterios: será competente la Junta Arbitral que se indique en esa cláusula, y en su defecto, se aplicarán los criterios ya citados.

Pero los problemas no quedan definitivamente resueltos. Así, el consumidor podrá presentar una reclamación arbitral ante la Junta Arbitral a través de la cual el empresario se haya adherido al sistema arbitral de consumo, aunque el consumidor no tenga su domicilio en el territorio de esa Junta Arbitral. Por otra parte, como señala CARRASCO PERERA²⁵, ninguna de las Juntas Arbitrales elegidas por el consumidor puede ser requerida de incompetencia por otra Junta Arbitral. No existen reglas que determinen las consecuencias de procedimientos concurrentes, ni caben recursos ni apelaciones entre las distintas Juntas. Tampoco existe una regla de litispendencia. En este sentido, los laudos emitidos por una Junta Arbitral sólo son vinculantes para otra en la medida en que hayan de equipararse a una sentencia firme, convirtiéndose así en una materia excluida de un futuro arbitraje [art. 2.2.a) RDAC].

En esta materia es precisa una reforma legislativa. Es necesario que se establezcan criterios claros para la determinación del fuero de las distintas Juntas Arbitrales, y la instauración de un sistema ágil de información y comunicación entre las distintas Juntas, de modo que se pudiera remitir a aquella competente la reclamación presentada por el consumidor y que sea susceptible de ser rechazada por una cuestión de incompetencia²⁶.

El Borrador de Regulación introduce en esta materia algunas normas, si bien no resuelve adecuadamente todos los problemas que he planteado. En su artículo 5 regula la Junta Arbitral Nacional. En lo que ahora nos concierne, dispone que esta Junta será competente “para conocer en las reclamaciones surgidas como consecuencia de conflictos surgidos con empresas que lesionen los derechos de intereses colectivos o difusos de los consumidores o usuarios, que residan en más de una Comunidad

²⁴ En detalle, J. CHECA BRAVO, “Las ofertas públicas...”, *cit.*, pp. 122.

²⁵ A. CARRASCO PERERA, “Delimitación...”, *cit.*, pp. 104 y 105.

²⁶ A. CARRASCO PERERA (Dir.), *El Derecho de consumo en España: presente y futuro*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 2002, pp. 273.

Autónoma” (art. 5.1.I). Por su parte, el artículo 6 regula las “competencias de las Juntas Arbitrales territoriales”. Por su interés, se reproduce íntegramente este precepto:

“1. Las Juntas Arbitrales que se constituyan mediante convenio, conocerán de todas las reclamaciones presentadas ante ellas, por consumidores domiciliados en su ámbito territorial.

2. Serán competentes para conocer las Juntas Arbitrales correspondientes al domicilio del consumidor. En caso de que en el municipio en el que tenga el consumidor el domicilio, existiera más de una Junta Arbitral será competente la junta de inferior ámbito territorial.

En todo caso, las partes, de común acuerdo, tendrán libertad de elección de la Junta Arbitral a la que encomienden la resolución del conflicto”.

Del precepto parece deducirse que los criterios de determinación de la competencia territorial de una Junta Arbitral son los siguientes:

1) En primer lugar, el domicilio del consumidor. En efecto, una Junta Arbitral es competente para conocer de las reclamaciones que le presente un consumidor domiciliado en su ámbito territorial. Y si existen varias Juntas Arbitrales con competencia territorial sobre el municipio en el que el consumidor tiene su domicilio, será competente la Junta Arbitral de inferior ámbito territorial. Ejemplo: si el consumidor tiene su domicilio en Úbeda, será competente la Junta Arbitral Provincial de Jaén (y no la Junta Arbitral Autonómica, ni la Junta Arbitral Municipal, que no existe).

2) “En todo caso, las partes, de común acuerdo, tendrán libertad de elección de la Junta Arbitral a la que encomienden la resolución del conflicto”. No está claro si la posibilidad de se concede a las partes para elegir la Junta Arbitral es total, o limitada a alguna Junta que extienda su competencia territorial a ese municipio en el que el consumidor tiene su domicilio. Siguiendo el ejemplo anterior, la facultad de elección concedida a las partes les faculta para considerar competente a la Junta Arbitral Autonómica de Andalucía, ¿pero les permite igualmente someter su controversia a la Junta Arbitral Municipal de Madrid o a la Autonómica de Cataluña? En mi opinión, esta segunda opinión es la que debe acogerse, por lo que las partes pueden someterse a una Junta Arbitral cuyo ámbito territorial no comprenda el del domicilio del consumidor.

Adviértase, además, que el artículo 9.3 declara la validez de las OPS en las que el empresario limite su ámbito territorial a las Juntas Arbitrales correspondientes al territorio en el que la empresa desarrolla principalmente su actividad. Y que caben limitaciones territoriales adicionales, pero en tal caso se trata de una OPS limitada, que queda sometida a un régimen jurídico especial (sólo cabe en determinados supuestos, y debe ser aceptada por el Presidente de la Junta Arbitral Nacional; arts. 5.4 y 9.2 del Borrador de Regulación).

De lo expuesto se infiere que:

1) Es competente la Junta Arbitral que las partes elijan libremente, con independencia de su ámbito de aplicación territorial.

2) En su defecto, es competente la Junta Arbitral en cuyo ámbito territorial se incluye el municipio del consumidor. Si el municipio está dentro del ámbito territorial de varias Juntas Arbitrales, será competente la Junta de inferior ámbito territorial (Municipal frente a Provincial, Provincial frente a Autonómica, etc.). Esto provoca dos efectos: i) un consumidor del municipio de Jaén no podrá acudir a la Junta Arbitral Municipal de León, a través de la cual se ha adherido una determinada empresa, si esa empresa se niega a que la Junta admita a trámite esa resolución (pues el consumidor no tiene su domicilio en León, sino en Albacete); si la empresa no se opone a la admisión a trámite, hay que entender que se aplica el primer criterio: se trata de una Junta libremente elegida por las dos partes; ii) si en la OPS presentada ante la Junta Arbitral Municipal de León la empresa limita su ámbito territorial a las Juntas Arbitral Municipal y Provincial de León (pues ese es el territorio en el que la empresa desarrolla principalmente su actividad), como esa limitación es válida, ¿a qué Junta Arbitral puede acudir el consumidor? A la Municipal de Jaén o Autonómica de Andalucía, es claro que no. ¿Puede acudir a la Junta Municipal o Provincial de León? En principio, tampoco, pues el consumidor tiene su domicilio en Jaén. Adviértase que la situación para el consumidor es inquietante: no puede acudir a las Juntas Arbitrales de su domicilio, pues el empresario ha hecho una OPS limitada territorialmente a otras Juntas Arbitrales (aquellas en las que desarrolla principalmente su actividad). Pero tampoco puede acudir a estas otras Juntas, por no tener ahí su domicilio. Quizás habría que entender (y hacer la oportuna previsión legal), que cuando el empresario hace una OPS con limitación territorial, cualquier consumidor podrá acudir a las Juntas Arbitrales competentes, con independencia de cuál sea su domicilio.

11. Número de árbitros.

Dentro de la amplia autonomía que la Ley de Arbitraje concede a las partes del convenio arbitral, está la de determinar el número de árbitros. En efecto, las partes podrán fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar. Si no establecen cuántos árbitros habrá, se designará un solo árbitro (art. 12.1 LA).

Esta libertad de las partes contrasta con la regulación contenida en el RDAC. En el arbitraje de consumo las partes no pueden fijar el número de árbitros, pues la normativa específica señala que habrá siempre tres árbitros (art. 11.1 RDAC): un Presidente del colegio arbitral, designado por la Junta Arbitral; un vocal, en representación de los consumidores; y otro vocal, en representación de los sectores empresariales. En el colegio arbitral habrá también un Secretario, que será el Secretario de la Junta Arbitral, que actuará con voz pero sin voto, y que tiene como misión facilitar el oportuno soporte administrativo y realizar las notificaciones (art. 11.4 RDAC).

Dada la especialidad del art. 11 RDAC, el art. 12.1 LA no se aplica al arbitraje de consumo.

En ocasiones se ha argumentado que para determinado tipo de controversias (por ejemplo, las de escasa cuantía económica o aquellas cuya resolución es poco compleja), la existencia de tres árbitros puede resultar excesiva. La intervención de los árbitros tiene un coste económico, que debe soportar la Administración Pública de la que depende la Junta Arbitral. Por eso, quizás sería aconsejable, con vistas a una futura modificación legal, permitir que en ciertos casos actuara un único árbitro. De este modo

–se dice– se abarataría el arbitraje, y se ganaría además en agilidad y rapidez. Con ser ello cierto, no cabe desconocer que una de razones de la exitosa implantación del arbitraje de consumo en nuestro país es la activa participación que en el mismo tienen los sectores empresariales. Uno de los tres árbitros es designado a propuesta de las organizaciones empresariales. Y aunque ese árbitro no “defiende” al sector empresarial (pues los árbitros actúan con imparcialidad), los empresarios confían en el arbitraje de consumo en la medida en que su voz se puede hacer oír dentro del colegio arbitral, y de que actúa como árbitro “uno de los suyos”. Con ello quiero expresar el temor a que la existencia de arbitrajes de consumo con un único árbitro puede alejar a los empresarios de este modelo de resolución extrajudicial de los conflictos.

El Borrador de Regulación modifica el actual régimen jurídico, en la línea que he avanzado. Su artículo 17 (“composición de los colegios arbitrales”) establece que el número de árbitros que integran el colegio arbitral (denominado en ocasiones Tribunal arbitral) podrá ser de uno o de tres, dependiendo de varias circunstancias. “Se podrá designar un árbitro único cuando la cuantía de la controversia sea inferior a... o la falta de complejidad del asunto así lo aconseje. Este árbitro podrá ser designado entre personal a su servicio incluido en la lista de árbitros acreditados” (art. 17.1). “No obstante, en todo caso, el Presidente de la Junta Arbitral podrá acordar la designación de un Colegio Arbitral, integrado por tres árbitros acreditados...” (art. 17.3). Se añade que “las partes de común acuerdo podrán optar por la resolución de su litigio, en cualquier caso, a través de un solo árbitro” (art. 17.4).

Conforme a lo expuesto, resulta lo siguiente:

1) Si las dos partes están de acuerdo en que el arbitraje sea resuelto por un único árbitro, así será. El Presidente de la Junta Arbitral no podrá oponerse a ello.

2) El Presidente de la Junta Arbitral puede designar un colegio con un único árbitro, cuando concurren alguna de estas dos circunstancias: que la cuantía de la controversia sea inferior a una determinada cifra (no especificada aún en el Borrador de Regulación), o que el asunto no sea complejo. Se trata, en todo caso, de una facultad que le asiste al Presidente, de modo que puede decidir que el colegio sea de tres árbitros incluso en alguna de esas dos situaciones.

En cuanto a la “cuantía de la controversia”, por tal habrá que considerar no sólo cuantía de la reclamación formulada por el consumidor, sino también, en su caso, la cuantía de la reconvención que plantee el empresario reclamado. En lo que concierne a la “complejidad del asunto”, el Presidente goza de una amplia libertad para juzgar si esa controversia es lo suficientemente fácil de resolver como para que sea conocida por un colegio de un único árbitro.

Si el colegio está integrado por un único árbitro, éste habrá de ser uno de entre los incluidos en la lista de árbitros acreditados propuestos por la propia Administración entre el personal a su servicio. Esta norma tiene pleno sentido, pues habiendo un único árbitro, éste no podrá ser de los propuestos por las asociaciones de consumidores o por las asociaciones empresariales o profesionales.

Cabe plantearse si en la OPS un empresario puede vincular su participación en el sistema arbitral a la existencia de un colegio arbitral con tres árbitros. Una OPS con ese

contenido debe calificarse como OPS limitada, por lo que sólo será válida, excepcionalmente, en los casos previstos en el art. 9.2 del Borrador, y siempre que haya sido aceptada por el Presidente de la Junta Arbitral Nacional. Fuera de esos casos no cabe una limitación de ese tipo en la OPS.

En conclusión, el Borrador hace una apuesta decidida por el colegio arbitral unipersonal para los conflictos de baja cuantía económica o de fácil resolución. Habida cuenta de que no caben –salvo excepciones- OPS que exijan colegios arbitrajes colegiados en todo caso, creo que las Juntas Arbitrales deben obrar con prudencia y sentido si quieren que los empresarios no salgan del sistema arbitral. Hasta que los empresarios no tengan confianza en el colegio unipersonal (como ahora tienen en los colegiados), es aconsejable que las Juntas Arbitrales accedan a la petición de los empresarios de que el colegio arbitral sea colegiado, incluso en las controversias de cuantía baja o de fácil resolución. De lo contrario se corre el riesgo de que el empresario pierda su confianza en el sistema arbitral de consumo, y rehúse someterse al mismo.

12. Requisitos de los árbitros.

El RDAC establece determinados requisitos que han de cumplir los sujetos que actúan como árbitros. El Presidente del colegio arbitral, designado por la Junta Arbitral entre el personal al servicio de las Administraciones Públicas (puede ser funcionario o contratado), habrá de ser licenciado en Derecho. Esta regla encuentra dos especialidades. Por una parte, las propias partes puedan designar al Presidente del colegio, cuando las dos lo soliciten de mutuo acuerdo, atendiendo a la especialidad del objeto de la reclamación, y esta petición sea resuelta favorablemente por el Presidente de la Junta Arbitral. Por otra, si la reclamación se dirige contra una entidad pública vinculada a la Administración de la que depende la Junta Arbitral, las partes podrán elegir de mutuo acuerdo al Presidente del colegio, pudiendo tratarse en este caso de una persona ajena a la Administración Pública. Por lo que concierne a los árbitros vocales, sólo pueden serlo los que hayan sido previamente incluidos en las listas facilitadas al efecto por las asociaciones de consumidores y de empresarios (art. 11.1 RDAC). Si se trata de un arbitraje de derecho, los dos vocales deberán ser abogados en ejercicio (art. 11.3 RDAC), bastando para el Presidente el requisito general de ser licenciado en Derecho [art. 11.1.a) RDAC].

La Ley de Arbitraje dispone que “pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión” (art. 13). Este precepto es de aplicación supletoria al arbitraje de consumo²⁷. Aunque, en realidad, no introduce ninguna novedad en el régimen jurídico del arbitraje de consumo. En efecto, la alusión a las personas naturales como únicas que pueden ser árbitros no se recoge expresamente en el RDAC, pero del artículo 11 RDAC se deduce claramente que sólo pueden ser árbitros de consumo personas naturales (no pueden serlo las personas jurídicas). Tampoco es novedosa la referencia a que los árbitros se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles; esta misma expresión se utilizaba ya en el derogado artículo 12 de la Ley de Arbitraje de 1988.

²⁷ G. PALAO MORENO, “Disposición adicional única”, *cit.*, pp. 1629; F. VALBUENA GONZÁLEZ, “Incidencia de la Ley 60/2003...”, *cit.*, pp. 400.

Por otra parte, “la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro”, salvo acuerdo en contrario de las partes (art. 13 LA). Este precepto es de aplicación al arbitraje de consumo, dado su carácter supletorio²⁸. Por lo tanto, las asociaciones de consumidores y empresarios pueden incluir entre las listas de vocales que presenten a las Juntas Arbitrajes ciudadanos que no sean de nacionalidad española. En cualquier caso, la aplicación supletoria de esta norma de la Ley de Arbitraje merece dos matizaciones. En primer lugar, en el arbitraje de consumo no cabe el pacto en contrario de las partes. Así, si el árbitro elegido entre los propuestos por la asociación de empresarios es extranjero, el consumidor no puede rechazarlo por esa circunstancia (su nacionalidad). En segundo lugar, es más complicado que un ciudadano extranjero pueda ser Presidente de colegio que vocal. Pues sólo puede ser Presidente el personal al servicio de la Administración Pública, y la normativa pública ha sido tradicionalmente muy restrictiva respecto a la posibilidad de que los extranjeros puedan ser funcionarios.

La Ley de Arbitraje exige que los árbitros sean abogados en ejercicio, si se trata de un arbitraje de derecho, salvo acuerdo expreso en contrario de las partes (art. 15.1). Esta previsión no puede aplicarse supletoriamente al arbitraje de consumo, pues el RDAC ya contempla una regulación sobre la aptitud profesional que han de tener los árbitros en el arbitraje de derecho: deben ser abogados en ejercicio, salvo el Presidente del colegio, que es suficiente con que sea licenciado en Derecho (art. 11.4 RDAC). Además, la posibilidad de pacto en contrario prevista en el art. 15.1 LA no cabe en el arbitraje de consumo, donde necesariamente los dos vocales deben ser abogados en ejercicio.

El Borrador de Regulación mantiene en este punto la regulación contenida en el RDAC. Así, se establece que “los árbitros pertenecientes a la Administración deberán ser licenciados en derecho, ya resuelvan en equidad o en derecho” (art. 16.1), y que “en los arbitrajes que deban decidirse en derecho, los árbitros designados a propuesta de las Asociaciones de Consumidores y de las Asociaciones u Organizaciones empresarias, deberán ser abogados en ejercicio” (art. 16.2).

13. Designación de los árbitros, y problemas de parcialidad.

Según la Ley de Arbitraje, las partes pueden acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad (art. 15.1 LA). Haciendo uso de esa libertad, las partes pueden designar directamente en el convenio arbitral a los árbitros, encomendar a un tercero (persona física o jurídica) esa designación, o prever la intervención de ese tercero con carácter subsidiario, para cuando no haya acuerdo entre las partes o para cuando alguna no haga un nombramiento que le corresponde. Cuando las partes no han previsto en el convenio un procedimiento para la designación de los árbitros (art. 15.2 LA), o cuando, aun existiendo dicho procedimiento, no es posible designar a los árbitros a través del mismo (art. 15.3 LA), se aplicará el procedimiento supletorio previsto en el artículo 15.2 LA, que distingue en función de que haya que nombrar a uno, tres o más de tres árbitros, y que requiere en algunos casos la intervención judicial. Además, y salvo que las partes hayan dispuesto otra cosa, los árbitros designados por las partes deberán aceptar su

²⁸ A. CASADO CERVIÑO, “El arbitraje de consumo”, *cit.*, pp. 933.

nombramiento dentro del plazo de 15 días a contar desde el siguiente a la comunicación de su nombramiento (art. 16 LA).

En el arbitraje de consumo las cosas suceden de otro modo. Los tres árbitros son designados directamente por la Junta Arbitral, si bien es cierto que las partes (consumidor y empresario) pueden tener un papel relevante en su nombramiento. El Presidente del colegio arbitral lo designa la Junta Arbitral, aunque se prevén dos supuestos en los que la designación puede producirse a propuesta conjunta de las dos partes: i) cuando la especialidad del objeto de la reclamación así lo aconseja, a juicio de las partes; ii) cuando la reclamación se dirige contra una entidad pública vinculada a la Administración Pública de la que depende la Junta Arbitral [art. 11.1.a) RDAC].

La designación de los dos vocales sigue un procedimiento diferente. En relación al vocal representante de los consumidores, su designación se realizará del siguiente modo: i) si la reclamación se formula a través de una asociación de consumidores, será árbitro el designado por esta asociación en esa Junta Arbitral; ii) si la reclamación la formula directamente el consumidor, la designación se hará de oficio entre los representantes propuestos previamente por las asociaciones de consumidores [art. 11.1.b) RDAC]. En cuanto al representante de los empresarios, i) si el reclamado forma parte de una organización empresarial adherida al sistema arbitral de consumo, será árbitro el designado por ésta en esa Junta Arbitral; ii) en los demás casos se designará árbitro de oficio entre el listado de árbitros propuestos previamente por las organizaciones de empresarios adheridas al sistema [art. 11.1.c) RDAC]. En consecuencia, en el arbitraje de consumo no cabe nunca el nombramiento judicial de los árbitros.

Este doble mecanismo de designación de los vocales no tiene sentido, y coloca al empresario y al consumidor en mejor o peor situación en función de quién formule la reclamación y de si el reclamado forma parte o no de una asociación empresarial adherida al sistema arbitral²⁹. En efecto, para el consumidor puede resultar más interesante presentar la reclamación a través de una asociación de consumidores, pues en tal caso el árbitro designado en representación de los consumidores será uno de los que previamente ha elegido esa asociación. Lo mismo sucede desde la óptica del empresario. Si forma parte de una asociación empresarial adherida al sistema, será vocal en el colegio el designado por esa concreta asociación empresarial, mientras que si el empresario reclamado no forma de una asociación adherida, la Junta Arbitral designará de oficio un vocal entre todos los genéricamente propuestos por las asociaciones de empresarios; no será, por tanto, un vocal *ad hoc*, específico de ese concreto sector de actividad, sino un vocal genérico. En este punto es necesaria una reforma.

Por otra parte, los árbitros de consumo ya designados, ¿deben aceptar su nombramiento en los términos previstos en el art. 16 LA? El RDAC no prevé la aceptación de los árbitros, por lo que podría pensarse en la aplicación supletoria del art. 16 LA. Estimo, sin embargo, que ello no es así, y que cabe entender que los árbitros de consumo han aceptado su nombramiento con carácter previo; en concreto, cuando admiten formar parte de las listas de árbitros presentadas a la Junta Arbitral por las asociaciones de consumidores y de empresarios.

²⁹ A. CARRASCO PERERA (Dir.), *El Derecho de consumo...*, cit., pp. 270 y ss.

El Borrador de Regulación se pronuncia sobre estos extremos. Según su artículo 15, los árbitros serán propuestos por la Administración, asociaciones de consumidores y asociaciones empresariales y profesionales (art. 15.3.I). Pero sólo pueden intervenir como árbitros aquellos sujetos que hayan obtenido la correspondiente acreditación del Presidente de la Junta Arbitral en la que hayan de intervenir. Para acreditarse deberán reunir los requisitos establecidos en el Convenio de constitución de las respectivas Juntas Arbitrales, requisitos que tendrán carácter objetivo y serán públicos (art. 15.1). Los árbitros propuestos deberán solicitar a la Junta Arbitral su acreditación. Dicha solicitud implicará la aceptación de su inclusión en la lista de árbitros acreditados y la aceptación del cargo de árbitro en los procedimientos en que sea designado como tal (art. 15.3.II). Por otra parte, y en cuanto a la elección de los concretos árbitros (uno o tres) que van a integrar el Tribunal Arbitral, el texto proyectado señala que el Presidente de la Junta Arbitral será quien designe el árbitro o árbitros que formarán parte del colegio arbitral (art. 17.1). Para elegir al árbitro en cuestión no se tendrá en cuenta – como sucedía en el RDAC- si el consumidor presenta directamente él la reclamación o lo hace a través de una asociación de consumidores, o si el empresario reclamado forma parte o no de una asociación adherida al sistema arbitral.

Una última cuestión: ¿debe la Junta Arbitral informar a las partes de la identidad de los árbitros? Aunque el RDAC guarda silencio, hay que entender que es necesario que la designación de los árbitros debe ser notificada a las partes y a los propios árbitros³⁰. En la Ley de Arbitraje no se resuelve expresamente esta cuestión. Ciertamente es que cada árbitro, dentro del plazo de 15 días a contar desde el siguiente a la comunicación del nombramiento, deberá comunicar su aceptación a quien lo designó (art. 16 LA). Lo normal es que esta comunicación se haga por escrito. Extrañamente, la nueva LA se separa de la vieja Ley de 1988, que exigía la notificación de la aceptación del árbitro a todas las partes (art. 22.1). En el arbitraje de consumo, antes de la publicación de la Ley 60/2003 la aplicación supletoria de la Ley de 1988 exigía a la Junta Arbitral informar a las partes de la identidad de los árbitros que integran el colegio arbitral. Estimo que, a pesar de la diferente redacción en este punto de la nueva LA, esta exigencia a la Junta Arbitral debe mantenerse. El Borrador de Regulación concede a las partes diez días para recusar a los árbitros, plazo que empieza a computarse “desde el momento en que le sea notificada la designación para decidir el conflicto” (art. 18.2). Por lo tanto, impone la notificación a las dos partes.

14. Sustitución de los árbitros.

¿Qué ocurre cuando por cualquier circunstancia uno de los árbitros no pueda desempeñar su función? Se procederá a la sustitución de ese árbitro por otro. La Ley de Arbitraje regula esta cuestión en el artículo 20.1: la designación del nuevo árbitro “se hará según las normas reguladoras del procedimiento de designación del sustituido”. El RDAC no contiene una norma sobre sustitución de árbitros. Pero de eso no cabe deducir, sin más, la aplicación supletoria del artículo 20.1 LA. En mi opinión, no cabe acudir a ese precepto, pues en el arbitraje de consumo la designación del árbitro sustituto debe hacerla la Junta Arbitral, que es quien nombra a los árbitros. En la práctica, lo que sucede es que la Junta Arbitral, cuando establece un colegio arbitral, nombra a un suplente para cada árbitro titular.

³⁰ C. SAMANES ARA, “El procedimiento...”, *cit.*, pp. 29.

La Ley de Arbitraje regula también qué sucede con las actuaciones practicadas antes del cambio de árbitros. ¿Se consideran válidas o hay que volver a repetir las? Son los árbitros los que deben decidir sobre si ha lugar a repetir actuaciones ya practicadas, aunque antes de adoptar esta decisión deben dar audiencia a las partes (art. 20.2 LA). Esta norma sí es de aplicación supletoria al arbitraje de consumo (art. 1.3 y DA Única LA), pues su aplicación no vulnera ninguno de los principios esenciales del arbitraje de consumo.

El Borrador de Regulación regula la sustitución de los árbitros en el marco de la recusación de los mismos (art. 18.4). Dispone que si es aceptada la recusación de un árbitro, “se procederá a la designación de un nuevo árbitro” Esta regla sobre la sustitución, sin embargo, es generalizable, y debe aplicarse también cuando haya que designar un nuevo árbitro por cualquier otra razón. Conforme al texto proyectado, el nuevo árbitro se designará “en la misma forma que fue designado el sustituido”. En este sentido, se exige que cuando el Presidente de la Junta Arbitral designe al árbitro o árbitros originarios, nombrará en ese mismo acto árbitros suplentes (art. 17.1). Por lo tanto, en caso de sustitución deberá acudir a esos árbitros suplentes. Además, el nuevo árbitro “decidirá si continúa el procedimiento iniciado, dándose por enterado de las actuaciones practicadas o retrotrayéndolas al momento de la designación del colegio arbitral”. Se separa así de la regulación de la LA, donde semejante decisión corresponde adoptarla a todos los árbitros, y no únicamente al nuevo. Por último, “en caso de que el nuevo árbitro asuma las actuaciones practicadas continuará el procedimiento iniciado. Si el nuevo árbitro decidiera que se repitieran las actuaciones, se acordará una prórroga por el tiempo necesario para la práctica de las mismas”. Aunque la norma es poco clara, parece referirse a la prórroga del plazo para dictar el laudo (que es de cuatro meses desde el día siguiente a la resolución del Presidente de la Junta Arbitral acordando el inicio del procedimiento; art. 32.1 Borrador).

15. Responsabilidad de los árbitros.

El RDAC no contiene norma alguna relativa a la responsabilidad en que pueden incurrir los árbitros. Sí se regula, en cambio, en el artículo 21 LA. Este precepto obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. Añade que en los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros.

Con independencia de que el arbitraje de consumo pueda considerarse o no un arbitraje institucional de los regulados en el artículo 14 LA³¹, y de que proceda la aplicación supletoria del artículo 21 LA³², lo cierto es que en el arbitraje de consumo es

³¹ A favor, A. CASADO CERVIÑO, “El arbitraje de consumo”, *cit.*, pp. 910; S. GONZÁLEZ MALABIA, “Comentario al art. 14”, en S. BARONA VILAR (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje...*, *cit.*, pp. 567; J. M. ALONSO PUIG, “El arbitraje institucional”, en DE MARTÍN MUÑOZ/HIERRO ANIBARRO (Coord.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, *cit.*, pp. 704. En contra, J. GUILLÉN CARAMÉS, “Arbitraje...”, *cit.*, pp. 184.

³² A favor se muestra A. CASADO CERVIÑO, “El arbitraje de consumo”, *cit.*, pp. 938.

la Junta Arbitral la institución que organiza y gestiona el arbitraje, y que esta Junta Arbitral es un órgano de derecho administrativo. Por eso, es indudable que los árbitros son “personal” al servicio de las Administraciones Públicas, en el sentido de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, y que de los daños y perjuicios que sufren las partes por acciones u omisiones de los árbitros habrá de responder directamente la Administración Pública de la que depende la Junta Arbitral. En consecuencia, las partes que sufren el daño sólo podrán demandar a esa Administración Pública, primero en vía administrativa y posteriormente, en su caso, ante los tribunales de lo contencioso-administrativo³³. Después la Administración Pública está obligada a repetir contra el personal a su servicio causante del daño (en este caso, los árbitros), cuando éstos han incurrido en dolo o culpa grave. Conviene señalar que el Borrador de Regulación no incluye precepto alguno relativo a la responsabilidad de los árbitros.

16. Confidencialidad.

Dispone el artículo 24.2 LA que los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de los hechos y las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales. Por lo tanto, no pueden dar a conocer a terceros tales informaciones si previamente no han obtenido el consentimiento de los interesados. Esta norma, cuyo acierto es indiscutible, es de aplicación al arbitraje de consumo, en virtud de lo dispuesto en el art. 1.3 y en la DA Única LA.

17. ¿Gratuidad del arbitraje de consumo?

Uno de las características tradicionales del arbitraje de consumo es su gratuidad. Esta es además una de las razones de su mayor éxito. El carácter gratuito del arbitraje de consumo se establece en la DA 1ª de la Ley de Arbitraje de 1988, y en el artículo 10.1 RDAC, que expresamente dispone que el procedimiento arbitral de consumo queda sujeto a “los principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad”. Sucede, sin embargo, que la alusión a la gratuidad de este tipo de arbitraje ha desaparecido en la actual Ley de Arbitraje. En efecto, la DA Única LA no menciona que el arbitraje de consumo es gratuito (como sí lo hacía la Ley de 1988).

Esta circunstancia ha llevado a algún autor (Florensa)³⁴ a argumentar que la normativa reguladora del arbitraje de consumo no impone su gratuidad. El RDAC exige la gratuidad únicamente para el procedimiento arbitral en sentido estricto, esto es, para el que se sigue ante el colegio arbitral. Pero no tienen por qué ser gratuitas todas las actuaciones previas que se desarrollan ante la Junta Arbitral. Según el autor citado, el arbitraje de consumo ha funcionado razonablemente bien en nuestro país, pero si no se quiere morir de éxito, resulta conveniente la instauración de mecanismos que impidan a los consumidores acudir al arbitraje de consumo de manera alegre, incluso cuando su

³³ A. CARRASCO PERERA (Dir.), *El Derecho de consumo...*, cit., pp. 278; S. DÍAZ ALABART, “El arbitraje de consumo...”, cit., pp. 1301.

³⁴ C. FLORENSA TOMÁS, “Prólogo”, en C. FLORENSA TOMÁS (Coord.), *El arbitraje de consumo...*, cit., pp. 15 y ss.

pretensión es claramente infundada. En esta línea, sugiere la inclusión de una tasa económica, bien única, bien proporcional a la cuantía de la reclamación, que cumpliría una doble función: costear parte de los gastos generados por el sistema arbitral de consumo, y desincentivar la presentación alegre de una reclamación poco fundada y que, en consecuencia, será desestimada en el laudo.

Esta idea merece cierta reflexión. Con independencia de que sea jurídicamente admisible el establecimiento de una tasa por parte de la Administración Pública de la que depende la Junta Arbitral³⁵, lo cierto es que la gratuidad del arbitraje de consumo es una de sus notas esenciales, y no sé hasta qué punto las Administraciones Públicas estarían dispuestas a imponer esa tasa. En mi opinión, el arbitraje de consumo debe seguir siendo gratuito, en los mismos términos en que actualmente lo es³⁶. Eso no significa que las partes no deban costear ningún gasto. Como es sabido, el coste de la práctica de las pruebas realizadas a propuesta de una parte será sufragado por esa parte, y las propuestas por las dos partes, por mitad (art. 13.3 RDAC). Además, si alguna parte quiere acudir asistida de letrado, puede hacerlo, pero su coste será en todo caso soportado por ella.

Creo que pueden mantenerse el carácter gratuito del arbitraje de consumo, y al mismo tiempo establecer mecanismos para conseguir que este sistema extrajudicial de conflictos sea menos costoso para la Administración Pública. Este coste tiene su causa, especialmente, en las pruebas acordadas de oficio por el colegio arbitral, que serán sufragadas con cargo a los fondos públicos (art. 13.2 RDAC). En este ámbito, se ha observado como en muchas ocasiones las partes comunican al colegio la posibilidad de practicar cierta prueba, y es el propio colegio quien la acuerda de oficio, con las consecuencias económicas que de ello se derivan. Tampoco es inusual que el coste de las pruebas periciales resulte desproporcionado en relación con el interés de la reclamación, o que los árbitros “abusen” de la petición de dictámenes periciales, basando la decisión adoptada en el laudo exclusivamente en el resultado del informe pericial, sin realizar ningún otro tipo de reflexión. En este marco, parece razonable exigir al colegio arbitral que actúe con mayor contención, exigiendo de oficio la práctica de pruebas únicamente en aquellos casos en que resulte absolutamente necesario.

El Borrador de Regulación contiene algunas previsiones que pretenden hacer un uso más racional del arbitraje de consumo. Es al Presidente de la Junta Arbitral a quien corresponde resolver sobre la admisión a trámite de las reclamaciones formuladas por los consumidores (art. 21.1.I). Pues bien, el Presidente podrá inadmitir a trámite las solicitudes, en los siguientes casos (art. 21.1.I):

1) Las solicitudes que versen sobre conflictos en los que concurra intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios causados y derivados de los mismos. Así debe entenderse la remisión que el art. 21.2 realiza al art. 1.4. Hubiera sido más correcto establecer que el Presidente inadmitirá la solicitud cuando verse sobre una materia que no es susceptible de arbitraje de consumo. De este modo quedarían comprendida también la hipótesis contemplada en el artículo 1.3: no cabe arbitraje sobre conflictos que versen sobre materias que no son de libre disposición conforme a Derecho.

³⁵ Posibilidad que niega S. DÍAZ ALABART, “El arbitraje de consumo...”, *cit.*, pp. 1293.

³⁶ A. CASADO CERVIÑO, “El arbitraje de consumo”, *cit.*, pp. 923.

2) “Las solicitudes que resulten infundadas”. Se trata de aquellas reclamaciones en las que desde el principio se advierte con claridad que carecen de cualquier fundamento.

3) “Las solicitudes en las que no se aprecie afectación de los derechos y legítimos intereses económicos de los consumidores o usuarios”.

4) Las solicitudes “de cuantía insignificante, en las que tal afectación de los derechos económicos sea insignificante”. De este modo se pretende excluir del arbitraje de consumo las pequeñas reclamaciones, bajo el argumento de que el interés de protección del consumidor es ínfimo en comparación con el coste que tiene la puesta en marcha y el funcionamiento de la vía arbitral de consumo. Esta exclusión, sin embargo, merece una reflexión. Por una parte, ¿cuándo la cuantía es “insignificante”? Aquí corresponde a cada Presidente de Junta Arbitral establecer el límite. Además, en muchas ocasiones no será posible determinar *a priori* la cuantía reclamada. Es claro que en tal caso no podrá excluirse la vía arbitral. Por otra parte, la exclusión merece un reproche desde el punto de vista de la protección del consumidor: si para las reclamaciones de muy baja cuantía económica la vía judicial no es apta para satisfacer al consumidor, y ahora también se impide el recurso a la vía arbitral de consumo, ¿no se está “consagrando” la posibilidad de incumplimientos leves por parte de los empresarios?

En los casos citados, el Presidente de la Junta Arbitral “podrá” inadmitir la solicitud de arbitraje. ¿Se trata realmente de una mera posibilidad, pudiendo por tanto el Presidente declarar la admisión de la solicitud? Conviene distinguir. Si la solicitud versa sobre una materia no susceptible de arbitraje de consumo (en los términos señalados en el artículo 1.3 y 1.4), el Presidente deberá inadmitir. En cambio, en los tres casos restantes, podrá admitir o inadmitir; o mejor dicho, admitirá la solicitud si, a su juicio, la solicitud no es claramente infundada, la cuantía no es claramente insignificante, o hay dudas sobre si afecta, y en qué medida, a los derechos económicos de los consumidores.

La resolución del Presidente de la Junta Arbitral acerca de la admisión o inadmisión a trámite de la solicitud tendrá carácter administrativo, y en algunos casos podrá ser apelada ante el Presidente de la Junta Arbitral Nacional de Consumo. En concreto, podrá ser apelada “en los supuestos previstos en el artículo 1.4” (art. 21.2.I Borrador de Regulación); por tanto, cuando la reclamación versa sobre una controversia en la que concurre intoxicación, lesión, muerte o indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios causados. Podrá ser apelada por cualquier de las partes (consumidor o empresario), y tanto la admisión como la inadmisión a trámite. El plazo de apelación es de cinco días, desde la notificación del acuerdo que se impugna. De la regulación que acaba de exponerse se infiere que en el resto de los casos, las resoluciones del Presidente de la Junta Arbitral sobre admisión o inadmisión a trámite no son susceptibles de recurso ante el Presidente de la Junta Arbitral Nacional. Eso ocurrirá, por ejemplo, cuando se inadmita a trámite la solicitud por su carácter infundado, o por no afectar o hacerlo de manera insignificante a los derechos económicos de los consumidores. Esta distinción carece de fundamento.

Por último, y en relación con el coste del arbitraje, no es aplicable al arbitraje de consumo el artículo 21.2 LA. Según este precepto, “salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir a las partes las provisiones de fondos

que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje”. El carácter gratuito del arbitraje de consumo impide la aplicación –supletoria- de este precepto³⁷.

18. Lugar del arbitraje.

El art. 26.1 de la Ley de Arbitraje regula cuál es el lugar del arbitraje. Aunque la ley no establece qué ha de entenderse por “lugar del arbitraje”, por tal hay que considerar el lugar donde se va a desarrollar el arbitraje; esto es, el lugar en el que se llevará a cabo el procedimiento arbitral. La determinación del lugar del arbitraje tiene gran importancia; sirve, por ejemplo, para delimitar el ámbito de aplicación territorial de la Ley de Arbitraje y, por lo tanto, atribuir un carácter “nacional” o “extranjero” al arbitraje llevado a cabo en un determinado país. Y es especialmente trascendente para determinar el “juez de apoyo”, es decir, qué concreto juez o tribunal debe intervenir en el procedimiento arbitral, en los casos en que expresamente la Ley de Arbitraje prevé esa intervención. Así, por ejemplo, el lugar del arbitraje sirve de criterio para establecer la competencia del Juzgado de Primera Instancia que ha de proceder al nombramiento de los árbitros (art. 8.1 LA), o del Juzgado de Primera Instancia que debe asistir en la práctica de pruebas (art. 8.2 LA). Por otra parte, el lugar en que se ha dictado el laudo determina cuál el JPI competente para la ejecución del laudo (art. 8.4 LA) y la Audiencia Provincial competente para conocer de la acción de anulación del laudo (art. 8.5 LA). Y normalmente el laudo habrá de dictarse en el lugar del arbitraje.

Según la Ley de Arbitraje, “las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. A falta de acuerdo, lo determinarán los árbitros, atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes” (art. 26.1). Esta norma no resulta de aplicación al arbitraje de consumo. En el arbitraje de consumo, el lugar del arbitraje es el lugar en el que tiene su sede el colegio arbitral que conoce de esa concreta controversia. Y las partes no pueden decidir cuál será la sede del colegio arbitral, si deberá estar en esta u otra ciudad. Recuérdese que hemos admitido que las partes sí tienen libertad para acudir de mutuo acuerdo a una Junta Arbitral. Pero la autonomía de la voluntad no llega hasta poder designar el lugar (ciudad) en el que el colegio arbitral desarrollará su función. Esta decisión corresponde adoptarla a la Junta Arbitral, y en cualquier caso su trascendencia variará en función de la mayor o menor extensión territorial de esa Junta Arbitral.

La fijación de un lugar como sede del arbitraje no impide que los árbitros puedan realizar actuaciones concretas fuera de ese lugar (art. 26.2 LA). La Ley de Arbitraje distingue según el tipo de actividad que pretendan realizar los árbitros. Así, si los árbitros pretenden reunirse “para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar o reconocer objetos, documentos o personas”, deberán consultarlo previamente a las partes, quienes podrán oponerse a ello. En cambio, si pretenden reunirse para “celebrar deliberaciones”, podrán hacerlo en cualquier lugar que estimen apropiado, sin que tengan que comunicarlo a las partes y sin que éstas puedan oponerse.

¿Cabe aplicar el artículo 26.2 LA al arbitraje de consumo? En el caso de las deliberaciones, la respuesta es clara: los árbitros pueden reunirse fuera de la sede del

³⁷ A. CASADO CERVIÑO, “El arbitraje de consumo”, *cit.*, pp. 948.

colegio arbitral, en cualquier lugar que estimen conveniente. La cuestión es más dudosa en relación con la práctica de pruebas, examen de objetos o documentos, etc. Pero estimo que procederá la aplicación supletoria del precepto que se comenta³⁸, y que, en consecuencia, en un arbitraje de consumo los árbitros deberán comunicarle a las partes previamente sobre la realización de esas actuaciones fuera de la sede del colegio, y éstas podrán oponerse a ello.

Sobre este punto nada dispone el Borrador de Regulación de la mediación y el arbitraje de consumo.

19. Inicio del procedimiento arbitral.

La determinación de la fecha exacta en que se inicia el procedimiento arbitral tiene enorme trascendencia, pues constituye punto de arranque de la cuenta (*dies a quo*) de numerosos plazos. Por ejemplo, del plazo para dictar el laudo. Según la Ley de Arbitraje, la fecha de inicio del arbitraje será, salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje (art. 27). Se modifica así el criterio mantenido en la Ley de 1988, que consideraba relevante, a estos efectos, la fecha en que los árbitros han notificado a las partes por escrito la aceptación del arbitraje (art. 22.1).

El citado precepto de la Ley de Arbitraje no se aplica al arbitraje de consumo, pues el RDAC contiene una previsión específica sobre el inicio del procedimiento arbitral. En efecto, señala el art. 10.1 RDAC que “el procedimiento arbitral de consumo comenzará con la designación del colegio arbitral”. La designación del colegio se efectúa por la Junta Arbitral, una vez que se ha comprobado la existencia de un convenio arbitral entre el consumidor y el empresario. En tal caso, la designación de los tres árbitros se realizará conforme a lo dispuesto en el art. 11.1 RDAC, designación que normalmente se documenta en un impreso oficial del INC, donde además suelen incluirse árbitros suplentes para cada uno de los tres árbitros titulares. A pesar del silencio del RDAC, la designación del colegio arbitral debe notificarse inmediatamente a las partes y a los propios árbitros. Adviértase que la fecha relevante para el inicio del procedimiento arbitral es la designación del colegio, y no la fecha de su notificación a las partes.

El Borrador de Regulación establece en su art. 23, que lleva por título “inicio del arbitraje”, lo siguiente: “a partir del día siguiente a la fecha de la resolución del Presidente de la Junta por la que se acuerda el inicio del procedimiento arbitral y se designe el arbitro o colegio arbitral, comenzarán a contar los plazos de duración del procedimiento”. En cualquier caso, la regulación que el Borrador contiene sobre el procedimiento arbitral es confusa y poco clara, provocando serias dudas interpretativas.

Según el Borrador, cuando el consumidor presenta a una Junta Arbitral una solicitud de arbitraje, lo primero que debe hacer la Junta es decidir sobre su admisión o inadmisión a trámite. La regla general es que la Junta Arbitral resolverá en el sentido de admitir a trámite la solicitud, salvo que concurra alguna causa de inadmisión del art. 21.1.II. La solicitud de arbitraje debe reunir el contenido señalado en el art. 20, aunque,

³⁸ En el mismo sentido, C. SAMANES ARA, “El procedimiento...”, *cit.*, pp. 35.

de no ser así, ello no supondrá la inadmisión a trámite de la solicitud; será admitida, y el colegio arbitral podrá requerir al consumidor que la complete dentro del período que se fije (art. 25.1). Una vez admitida a trámite la solicitud, se intentará una solución amistosa del conflicto a través de la mediación, en los términos establecidos en los artículos 35 y ss. (arts. 21.2.II y 34.2). Si a través de la mediación no se consigue un acuerdo amistoso, la Unidad de Mediación devolverá el expediente al Presidente de la Junta Arbitral.

En tal caso, el Presidente comprobará la existencia y validez del convenio arbitral. A esta cuestión se dedica el artículo 22 (“validez del convenio arbitral”), según el cual, “admitida la solicitud, y no habiendo alcanzado las partes un acuerdo amistoso, el Presidente de la Junta comprobará la existencia de convenio arbitral válido que conste por escrito y en cualquiera de las formas recogidas en el artículo 8.1 y 8.2, dando traslado de ella al reclamado, para que en el plazo de quince días hábiles, alegue lo que considere necesario” (art. 22.1). El precepto es confuso, pues no está claro en qué casos el Presidente ha de dar traslado al reclamado de la solicitud del consumidor, para que haga sus alegaciones. ¿Debe darle traslado siempre? ¿O sólo cuando el Presidente de la Junta advierta que existe un convenio arbitral válido?

El Borrador parece realizar una doble distinción:

i) “En caso de inexistencia o invalidez del convenio arbitral previo, la solicitud de arbitraje será notificada al empresario reclamado, dándole un plazo de quince días hábiles desde el siguiente a la notificación, para la aceptación de la solicitud de arbitraje” (art. 22.2.I). Si el reclamado no contesta dentro del plazo, el Presidente de la Junta Arbitral ordenará el archivo de la solicitud, notificándolo a las partes (art. 22.2.II). Lo mismo sucederá si el empresario rechaza la solicitud de arbitraje. En cambio, si el reclamado acepta la solicitud, el Presidente de la Junta Arbitral dictará resolución por la que se acuerda el inicio del procedimiento arbitral y se designa el árbitro o colegio arbitral.

ii) Si el Presidente comprueba que existe un convenio arbitral válido, dará traslado de la solicitud de arbitraje al empresario reclamado, para que en el plazo de quince días hábiles alegue lo que considere necesario (art. 22.2). Como existe convenio arbitral, el Presidente dictará resolución acordando el inicio del arbitraje, y designando el árbitro o colegio arbitral (art. 22.3). ¿Puede dictar esa resolución automáticamente, tan pronto como compruebe la existencia del convenio arbitral, o debe esperar a que transcurra el plazo de quince días concedido al empresario para que presente alegaciones? En el primer caso, las alegaciones del empresario se recibirían una vez iniciado el procedimiento arbitral, y serían tomadas en consideración para la resolución de la controversia mediante el laudo. En el segundo caso, el inicio del arbitraje se retrasaría hasta ese momento posterior. En mi opinión, la interpretación más adecuada es la primera, si bien es cierto que sería conveniente que la norma proyectada fuera más clara. Sería deseable, por tanto, modificar el art. 22.1 del Borrador.

En conclusión, el procedimiento arbitral se inicia con la resolución del Presidente de la Junta Arbitral en la que se acuerda el inicio del procedimiento y se designa el árbitro o colegio arbitral. Esa es la fecha relevante, y no la de su notificación a las partes.

20. Idioma.

En relación con el idioma, son dos las cuestiones que merecen nuestra atención. En primer lugar, hay que preguntarse si las partes pueden acordar que el arbitraje de consumo tenga lugar en un idioma distinto al castellano. Semejante posibilidad no está contemplada en el RDAC, pero tampoco es negada, pues en realidad el Real Decreto no contiene previsión alguna en relación con el idioma del arbitraje. Sí está regulado, en cambio, en la Ley de Arbitraje. Establece que “las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas del arbitraje”, y que, “a falta de acuerdo, decidirán los árbitros, atendidas las circunstancias del caso” (art. 28.1). La Ley de Arbitraje parte, también en este punto, del respeto a la autonomía de la libertad. En consecuencia, son las partes quienes deciden el idioma o idiomas utilizados en el procedimiento arbitral.

¿Cabe la aplicación supletoria del artículo 28.1 LA al arbitraje de consumo? Creo que la respuesta ha de ser negativa³⁹. Por lo tanto, el arbitraje de consumo se desarrollará siempre en castellano o en alguna de las lenguas cooficiales en la Comunidad Autónoma en que se celebra el arbitraje. Pero, ¿por qué impedir que un ciudadano alemán residente en Mallorca que tiene una controversia jurídica con un establecimiento comercial regentado por otro alemán pueda dirimir su conflicto en vía arbitral de consumo y en lengua alemana? El problema radica en que el personal de la Junta Arbitral, que son los encargados de gestionar el arbitraje, desconoce esa lengua, y lo mismo puede predicarse de los árbitros que integran el colegio arbitral. Los problemas se minimizarían si fuera posible nombrar un colegio integrado por tres ciudadanos con conocimiento absoluto de ese idioma (en todo caso, el laudo habría de dictarse en castellano).

La segunda cuestión tiene que ver con la posibilidad de que el consumidor reclamante ignore o no comprenda adecuadamente el idioma castellano. El respeto de su derecho a la tutela judicial efectiva exige que en el procedimiento arbitral intervenga un intérprete. ¿Quién debe sufragar esos costes adicionales? ¿La parte interesada o la Junta Arbitral o la Administración Pública de la que ésta depende? Habida cuenta de que el arbitraje de consumo es gratuito, la Administración Pública de la que depende la Junta Arbitral deberá correr con todos los gastos necesarios para el desarrollo del procedimiento arbitral, y en particular, con aquellos cuyo fin es respetar el derecho a la tutela judicial efectiva. Por eso esos costes de traducción deberán ser sufragados por la Administración⁴⁰. La experiencia práctica de las Juntas Arbitrales confirma esta tesis. Así, por ejemplo, la Junta Arbitral de Consumo de la Región de Murcia ha previsto una modalidad de “Arbitraje Exprés”, aplicable a las reclamaciones que se presenten en La Manga del Mar Menor durante el periodo veraniego y que tengan relación con servicios turísticos. Se pretende de este modo solventar rápidamente la controversia (el laudo debe dictarse en el plazo de diez días, desde la presentación de la reclamación). En lo que ahora nos interesa, en el acto de audiencia se ofrecerá gratuitamente servicio de traducción en inglés al consumidor que lo precise.

³⁹ En contra, A. CASADO CERVIÑO, “El arbitraje de consumo”, *cit.*, pp. 954; y G. PALAO MORENO, “Disposición adicional única”, *cit.*, pp. 1631, quien admite que las partes puedan elegir un idioma que no sea oficial en la esa Comunidad Autónoma.

⁴⁰ A. CARRASCO PERERA (Dir.), *El Derecho de consumo...*, *cit.*, pp. 276.

21. ¿Cabe la reconvencción?

Una de las cuestiones clásicas en el arbitraje de consumo es si el empresario reclamado por vía arbitral puede utilizar la reconvencción. De este modo se permitiría al empresario introducir en el arbitraje una pretensión nueva, configurándose él en ese punto como reclamante frente al consumidor, ampliando así el objeto sobre el que habrá de resolver el colegio arbitral. La cuestión no tiene una respuesta expresa en el RDAC. Para excluir la reconvencción del sistema arbitral de consumo se puede argüir el carácter unidireccional de este tipo de arbitraje. Este argumento, sin embargo, no es convincente, pues el carácter unidireccional sólo se predica en relación a la posibilidad de iniciar el arbitraje: sólo los consumidores pueden iniciar el arbitraje de consumo (arts. 31.1 LCU, 2.1, 3.1 y 5 RDAC). Pero una vez iniciado, ningún precepto prohíbe que posteriormente se extienda sobre otras cuestiones litigiosas, a instancia del empresario.

La Ley de Arbitraje admite que la parte reclamada pueda reconvenir, aunque no contiene una regulación expresa de esta figura. A ella se refiere, sin embargo, el art. 4.c), al establecer que cuando una disposición de la ley aluda a la demanda, se aplicará también a la reconvencción. También la Exposición de Motivos se refiere a la reconvencción, al decir que “la práctica arbitral demuestra que quien inicia el arbitraje formula en todo caso una pretensión frente a la parte o partes contrarias y se convierte, por tanto, en actor; y ello sin perjuicio de que el demandado pueda reconvenir” (apartado VI.5).

¿Cabe la reconvencción en el arbitraje de consumo? En mi opinión, la respuesta ha de ser positiva. Y ello por varias razones. Cabe defender, en primer lugar, la aplicación supletoria de la Ley de Arbitraje en este punto, pues la reconvencción no afecta a principios esenciales del arbitraje de consumo⁴¹. Pero es que, además, a favor de la reconvencción se pueden esgrimir varios argumentos, como el de no dividir la continencia de la causa o la economía procesal. Además, su admisión incentiva la adhesión de empresarios al sistema arbitral de consumo. Muchas no querrán someterse a este mecanismo de resolución de conflictos si saben que no podrán reconvenir. Lo cierto es que, a estas alturas, la doctrina mayoritaria y las Juntas arbitrales coinciden en admitir la reconvencción del empresario. Así, la SAP Navarra, de 24 diciembre 1996.

En el ámbito arbitral, la reconvencción presenta algunas peculiaridades. Así, por ejemplo, el empresario no puede formular reconvencción contra consumidores no demandantes en la vía arbitral, en contra de lo que permite el art. 407.1 LEC para el proceso civil. Por otra parte, es evidente que la reconvencción sólo procede cuando existe una “conexión” entre la pretensión del empresario y la formulada por el consumidor demandante (art. 406.1 LEC)⁴². Pero, aun existiendo conexión, el objeto de la reconvencción no puede recaer sobre las materias del art. 2.2 RDAC, pues éstas no pueden ser objeto de arbitraje de consumo. Existe una hipótesis en la que el tribunal arbitral puede conocer de una demanda reconvenccional no conexas a la petición del consumidor: cuando el empresario acepta la petición de arbitraje formulada por el consumidor, condicionándola a que se conozca en ese mismo procedimiento de una controversia no conexas. Se trata de una condición válida. Al consumidor corresponde

⁴¹ A. CASADO CERVIÑO, “El arbitraje de consumo”, *cit.*, pp. 953.

⁴² C. SAMANES ARA, “El procedimiento...”, *cit.*, pp. 47.

decidir si acepta la reconvencción en los términos formulados por el empresario o la rechaza, lo que supondrá que no hay convenio arbitral.

La reconvencción debe respetar los principios de igualdad y audiencia⁴³. Eso significa que, una vez formulada la reconvencción, la Junta Arbitral de Consumo la trasladará al consumidor, quien deberá aceptarla o rechazarla en el plazo de quince días hábiles, a contar desde la recepción de la notificación (art. 9.1 RDAC, aplicable por analogía). El rechazo de la reconvencción supone la no continuación del procedimiento arbitral, tampoco sobre el objeto de la reclamación formulada por el consumidor.

Quedan, en todo caso, algunas cuestiones que precisan de respuesta. ¿La reconvencción del empresario se beneficia también de la gratuidad del sistema arbitral de consumo? ¿Puede el laudo contener una condena al consumidor, como efecto natural de la reconvencción? Parece que en ambos casos la respuesta ha de ser positiva.

El Borrador de Regulación dedica su artículo 27 a la reconvencción. Según este precepto, “la parte inicialmente reclamada podrá reconvenir, en el trámite de audiencia, frente a la parte reclamante, planteando a los árbitros su pretensión” (art. 27.1.I). Se restringe la posibilidad de reconvenir al trámite de audiencia. Esta limitación carece de sentido en algunos casos. Especialmente cuando no existe OPS, en donde lo habitual es que el empresario demandado presente su solicitud de reclamación (reconvencción) cuando la Junta Arbitral le haga llegar la reclamación del consumidor para su aceptación. No tiene sentido hacerle esperar hasta el trámite de audiencia, ya iniciado el procedimiento arbitral, para plantear la reconvencción. Lo que sí es razonable es configurar el trámite de audiencia como fecha tope para reconvenir, de modo que más tarde ya no será admitida por la Junta Arbitral.

Añade el precepto que, “planteada la reconvencción, se otorgará al reclamante un plazo para presentar alegaciones y, en su caso prueba, advirtiéndole del derecho a que se refiere el párrafo siguiente” (art. 27.1.II). Y el siguiente párrafo establece que “durante este plazo el reclamante podrá desistir de su solicitud de arbitraje y acudir a los tribunales ordinarios” (art. 27.1.III). Además, “los árbitros inadmitirán la reconvencción, cuando la pretensión no guarde relación alguna con la deducida por el reclamante en la solicitud de arbitraje o demanda. Esta inadmisión se deberá recoger en el laudo que ponga fin a la controversia” (art. 27.2).

Resulta, por tanto, que la Junta Arbitral debe admitir o inadmitir a trámite la reconvencción. La inadmitirá cuando la reconvencción “no guarde relación alguna” con la pretensión solicitada por el consumidor. Hubiera sido mejor aludir al criterio de la “conexión”, en los mismos términos que se expresa la LEC. También hubiera mejorado el precepto la alusión a que se inadmitirá la reconvencción cuando verse sobre una materia no susceptible de arbitraje de consumo. Una vez admitida a trámite la reconvencción, la Junta Arbitral debe dar traslado de la misma al consumidor, para que la acepte o rechace. En este punto, la norma merece una doble crítica. Por una parte, si se quiere respetar el principio de igualdad, hay que conceder al consumidor un plazo de quince días hábiles desde el siguiente a la notificación, para que acepte la reconvencción; pues de ese mismo plazo dispone el empresario no adherido para aceptar la solicitud de arbitraje (art. 22.2.I). Por otra parte, es incorrecto técnicamente sostener que durante ese

⁴³ C. SAMANES ARA, “El procedimiento...”, *cit.*, pp. 47.

plazo el consumidor reclamante puede “desistir” de su solicitud. Es más ajustado establecer que el consumidor dispone de quince días para aceptar, y que la no aceptación implicará la finalización del arbitraje.

22. ¿Quién debe costear las pruebas?

El régimen de la prueba en el procedimiento arbitral se contiene en el art. 13 RDAC. Las pruebas pueden ser acordadas de oficio por el colegio arbitral, o pueden ser solicitadas por las partes. Esta petición pueden realizarla en el escrito inicial de solicitud de arbitraje o aceptación, o también en el trámite de audiencia. El colegio arbitral podrá denegar la práctica de determinadas pruebas solicitadas por las partes, por impertinentes o inútiles. La práctica de las pruebas aceptadas puede realizarse en el primer trámite de audiencia, o en una nueva citación que realice el colegio arbitral. En todo caso, las partes deben ser citadas para la práctica de las pruebas, pudiendo asistir personalmente o debidamente representadas.

En cuanto al coste de la práctica de las pruebas, hay que distinguir: i) las pruebas acordadas de oficio serán costeadas por la Administración de la que depende la Junta Arbitral (art. 13.2 RDAC); ii) las realizadas a propuesta de una parte serán sufragadas por esa parte, y las propuestas por las dos partes, por mitad (art. 13.3 RDAC). Con una excepción: que el colegio aprecie, en el laudo, mala fe o temeridad en alguna de las partes, en cuyo caso podrá distribuir en distinta forma el coste de las pruebas.

¿Es adecuado este sistema de reparto del coste de las pruebas? ¿No sería más correcto aplicar el régimen del vencimiento objetivo, que constituye la regla general en la LEC (art. 394.1), según el cual el que pierde el pleito paga las costas?⁴⁴. Adviértase que el sistema adoptado en el RDAC coincide sustancialmente con el diseñado en el art. 35.2 de la Ley de Arbitraje de 1988, y con el establecido en el art. 394.2 LEC para el caso de vencimiento parcial (“si fuese parcial la estimación o desestimación de las pretensiones”). La nueva Ley de Arbitraje, sin embargo, guarda silencio sobre el particular. Según el art. 37.4 LA, “con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y gastos de los árbitros..., y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral”. Dentro de estos “demás gastos” se incluyen los ocasionados por la práctica de las pruebas. Pero no se establece un sistema de imposición de costas en el arbitraje. Del precepto parece desprenderse, aunque sea de manera confusa, que las partes tienen autonomía para establecer un sistema de imposición de costas. En ausencia de pacto, se ha defendido⁴⁵ acudir el criterio utilizado por la Ley de Arbitraje de 1988 (art. 35.2): que cada parte pague las costas causadas por su actividad, y las comunes por mitad.

¿Sería conveniente modificar en el arbitraje de consumo el actual régimen de pago de coste de las pruebas, para establecer uno basado en el vencimiento objetivo,

⁴⁴ Sobre el régimen de las costas, v. mi trabajo “La condena en costas en los procesos civiles con consumidores”, *Estudios sobre Consumo*, 2004, nº 68, pp. 69 y ss.

⁴⁵ S. BARONA VILAR, “Comentario al art. 37”, en S. BARONA VILAR (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje...*, cit., pp. 1245.

como hace la LEC? Autorizadas voces han defendido este cambio⁴⁶. El sistema del vencimiento objetivo tiene la ventaja de acoge el principio de indemnidad del litigante vencedor: quien ve reconocidos sus derechos judicialmente no tiene que pagar coste alguno. Todo el coste del proceso recaerá en el litigante perdedor. Esto podría ser bueno para el consumidor que vence en vía arbitral, pues en tal caso el procedimiento arbitral sería totalmente gratuito para él. Sin embargo no todo son ventajas. El criterio del vencimiento objetivo podría configurar el arbitraje como un instrumento menos apetecible. En efecto, si se admite que el que pierde la controversia (y puede serlo el consumidor) tiene que correr con el coste de las pruebas practicadas a instancia de la otra parte, el consumidor no podrá calcular *a priori*, antes de acudir a la vía arbitral, los gastos que el mismo le puede provocar. Y esta indefinición respecto a los posibles gastos puede convertirse en una buena razón para que el consumidor se aleje del arbitraje de consumo. ¿Cómo va un consumidor a acudir al arbitraje si, en caso de que el laudo desestime íntegramente su petición, puede ser condenado a abonar el coste de las pruebas realizadas a petición del empresario, pruebas que en muchos casos tienen un coste superior al objeto de la controversia? Además, con el sistema instaurado en el RDAC se consigue “frenar” la petición de parte de pruebas costosas, pues en todo caso deberán ser sufragadas por ésta. En definitiva, el modelo diseñado en el RDAC permite saber de antemano a cada parte cuál es coste de las pruebas que va a soportar. Esta es su gran ventaja.

Pero el RDAC prevé también la posibilidad de que, si se aprecia temeridad o mala fe de alguna de las partes, pueda el colegio arbitral distribuir de otro modo el pago de las pruebas practicadas a instancia de parte. La “temeridad” debe entenderse en los mismos términos en los que la jurisprudencia la ha entendido al hilo del art. 394 LEC, que también utiliza esta misma expresión. En cualquier caso, no resulta fácil determinar cuándo una parte ha actuado con temeridad o mala fe. Los tribunales han asimilado esta noción a un cúmulo de causas. La más utilizada, quizás, ha sido la del litigante que, pese a la conciencia de la injusticia de su postura, obliga a la otra parte a litigar. Como señala la SAP Baleares, de 14 abril 1998 (AC 1998, 4575), “la mala fe supone la contumacia injustificada en no cumplir de quien, a pesar de conocer de modo pleno su deber jurídico o el derecho indiscutido de la contraparte, deja de hacerlo o prefiere ignorarlo voluntariamente hasta el extremo de obligar al titular del derecho a tener que recabar el auxilio de los tribunales como única vía de lograr su satisfacción”. Partiendo de este principio, la jurisprudencia, que acoge indistintamente los conceptos de temeridad y mala fe, ha utilizado otros parámetros, como la voluntad dilatoria patente, la rebeldía como postura de obstrucción al desarrollo normal del pleito o la desatención a los diferentes requerimientos realizados por el demandante.

La jurisprudencia menor ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la temeridad o mala fe en varias ocasiones. Así, la SAP Tarragona, de 3 octubre 1994 (AC 1994, 2032) define la mala fe o temeridad “como aquella situación equivalente a la conciencia de la propia injusticia, pese a la cual se llamaba a juicio a un adversario, causándole inevitables gastos y molestias, siendo considerado el litigante como «improbus o temerarius» porque lo hacía conocedor de su falta de razón, imputable a dolo, o al menos, a culpa lata”. La SAP Ciudad Real, de 1 septiembre 1998 (AC 1998, 6611), dispone que el “concepto de mala fe empleado en el precepto regulador de las costas -

⁴⁶ J. GARBERÍ LLOBREGAT, “Cuestiones problemáticas del procedimiento arbitral de consumo”, *AJA*, 2003, nº 569, pp. 3.

art. 523 LEC [de 1881]- debe ser entendido en sentido amplio, como comprensivo no sólo de la conducta maliciosa que pueda haber desplegado en el proceso el demandado antes de contestar a la demanda, con fines dilatorios, sino también, y fundamentalmente, de la conducta previa al proceso que haya actuado, por negativa culpable al cumplimiento de sus obligaciones, como desencadenante del recurso del actor a los Tribunales de justicia en demanda de tutela judicial, ante la imposibilidad de solucionar el conflicto por vías autocompositivas” (en el mismo sentido, SAP Ciudad Real, de 5 noviembre 1996, AC 1996, 2164). Por su parte, la SAP Toledo, de 26 mayo 1997 (AC 1997, 1152) estima que la temeridad o mala fe “implican conciencia de falta de razón, mala fe que no tiene que ir referida exclusivamente a la actuación de la parte en el proceso, sino que en la mayoría de los casos deberá predicarse de la conducta extraprocesal”; añade que “para la Jurisprudencia -al igual que para la mayoría de la doctrina procesal-..., la mala fe debe ser interpretada en sentido amplio, entendiendo que está comprendida implícitamente dentro de tal precepto tanto la mala fe propiamente dicha (es decir, la conciencia directa de lo injusto) como la culpa o imprudencia, causantes en definitiva de la interposición de la demanda a la cual después se allana quien antes la hizo necesaria”. Evidentemente, no cabe calificar como temeraria la conducta de un litigante por el simple hecho de que su pretensión haya sido absolutamente desestimada. En efecto, no puede calificarse como temeraria la conducta de un litigante cuando la cuestión litigiosa es objetivamente opinable o discutible, y él defiende sus tesis con buena fe procesal.

El Borrador de Regulación mantiene, con carácter general, la regulación del RDAC. Aunque introduce algún cambio interesante. Dispone que “las pruebas propuestas por el árbitro o árbitros, serán costeadas por la Junta Arbitral de Consumo o la Administración de la que dependa” (art. 29.4). Y que “cada parte costeará la prueba que hubiera propuesto. Si hubieran sido propuestas por las dos partes o separadamente, pero existiera coincidencia, los gastos ocasionados serán repartidos por mitad” (art. 29.3). No se prevé, por tanto, la posibilidad de que el colegio arbitral aprecie en el laudo temeridad o mala fe de alguna de las partes, para distribuir de forma distinta el coste de las pruebas realizadas a petición de parte.

23. ¿Se aplica al arbitraje de consumo el art. 22 LA?

Difícil resulta determinar si al arbitraje de consumo resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 22 LA. Antes de abordar esta cuestión, dedicaré algunas líneas a analizar sucintamente el precepto citado. Con una rúbrica que no coincide con su regulación, este artículo, que es de los pocos de la ley que tiene carácter imperativo, aborda la cuestión relativa al régimen de las excepciones que impiden la resolución arbitral de fondo, en su doble vertiente de apreciación de oficio y de presentación a instancia de parte.

El art. 22.1 LA establece con claridad que los árbitros pueden examinar de oficio su propia competencia, aclarando que su control de oficio se extiende también a comprobar si concurren “las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia”. No se trata, técnicamente, de una obligación que incumbe a los árbitros, sino de una facultad. La expresión legal es clara: “los árbitros están facultados” a efectuar el control de oficio.

Junto al control de oficio de los árbitros, el art. 22 LA establece el control, a instancia de parte, de la existencia de excepciones que impedirían a los árbitros entrar a resolver el fondo de la controversia. Se trata de excepciones que pueden ser opuestas por el demandado. El art. 22.1 LA enumera expresamente dos tipos de excepciones: la excepción consistente en que los árbitros se exceden del ámbito de su competencia (lo que sucede cuando la cuestión litigiosa no es susceptible de arbitraje, o no está contemplada en el convenio arbitral), y las relativas a la existencia o validez del convenio arbitral. Y contiene una mención genérica: cualquier otra excepción cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. En este grupo cabe incluir todas las excepciones de contenido procesal: defectos de representación y de capacidad de las partes, defectos de litispendencia y de cosa juzgada de otro arbitraje sobre la misma cuestión y entre las mismas partes, defecto en el modo de proponer la demanda, etc.

En cuanto al momento para oponer estas excepciones, se establece que el demandado deberá oponerlas “a más tardar en el momento de presentar la contestación” a la demanda (art. 22.2 LA). Por lo tanto, esa es la fecha límite para poder oponer esas excepciones. Esta regla general, sin embargo, presenta dos excepciones, también contenidas en el art. 22.2 LA. La primera es que las excepciones consistentes en que los árbitros se exceden del ámbito de su competencia se deberán oponer tan pronto como se plantee, durante las actuaciones arbitrales, la materia que excede de dicha competencia. La segunda especialidad es que cualquier excepción puede ser opuesta con posterioridad a esa fecha límite, cuando a juicio de los árbitros la demora en presentarla esté justificada.

En lo que concierne al momento en que habrán de pronunciarse los árbitros sobre las excepciones contempladas en el art. 22 LA, les se concede una gran libertad: “los árbitros podrán decidir las excepciones de que trata este artículo (esto es, las relativas a causas cuya estimación impediría el pronunciamiento sobre el fondo) con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto” (art. 22.3 LA). Y ello tanto si el control lo realizan los árbitros de oficio como si actúan a petición de parte. Por otra parte, la resolución arbitral (estimatoria o desestimatoria) relativa a este tipo de excepciones es impugnabile mediante la acción de anulación del laudo. Si la resolución arbitral desestimatoria de la excepción se adopta con carácter previo, el ejercicio de la acción de anulación no suspenderá el procedimiento arbitral (art. 22.3 LA).

Cabe plantearse si es posible que el demandado, que no ha opuesto alguna de las excepciones que analizamos dentro de los plazos establecidos, podrá después invocar los argumentos en que consistían dichas excepciones como motivos de anulación del laudo. La doctrina está fuertemente dividida: hay autores que niegan esta posibilidad, otros la admiten sin cortapisas, y algunos otros proponen soluciones intermedias⁴⁷. En mi opinión, la solución variará en función del tipo de excepción. Así, si la excepción en cuestión se refiere a hechos respecto de los cuales no hay disponibilidad por las partes, o contiene algún elemento contrario al orden público (por ejemplo, el arbitraje versa sobre una materia no arbitrable), aunque el demandado no alegue esta circunstancia mediante la correspondiente excepción, podrá después ejercitar la acción de anulación del laudo

⁴⁷ Una buena síntesis de la situación doctrinal, en V. GUZMÁN FLUJA, “Comentario al art. 22”, en S. BARONA VILAR (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje...*, cit., pp. 822 y ss.

con apoyo en el art. 41.1.e) LA. En cambio, si la excepción se funda en hechos respecto de los cuales hay disponibilidad por las partes (por ejemplo, la materia es arbitrable, pero no está incluida en el convenio arbitral), su no alegación en tiempo vía excepción impide después fundar en ese motivo la acción de anulación⁴⁸. En apoyo de esta tesis puede citarse el art. 6 LA, según el cual cuando un defecto atinente a una materia dispositiva no se denuncia en su tiempo, se entiende que la parte está renunciando tácitamente a usar las facultades de impugnación que otorga la LA.

¿Cabe aplicar lo dispuesto en el art. 22 LC al arbitraje de consumo? Como el RDAC no contiene ninguna previsión parecida, procederá su aplicación supletoria al arbitraje de consumo, siempre que su aplicación no afecte a principios esenciales de este tipo de arbitraje, cosa que parece que no sucede. Ahora bien, su aplicación al arbitraje de consumo puede resultar complicada en algunos extremos. Por ejemplo, la Ley de Arbitraje establece como fecha límite para oponer las excepciones cuya estimación impide entrar en el fondo de la controversia la contestación a la demanda. Resulta, sin embargo, que en el arbitraje de consumo no existe, como tal, una contestación a la demanda. ¿Cuál será en el arbitraje de consumo esa fecha límite? En mi opinión, deberán oponerse las excepciones, como muy tarde, en la fase de audiencia prevista en el art. 12 RDAC. La no alegación de estas excepciones en esa fase tendrá las consecuencias ya citadas, pudiendo en algunos casos impedir al empresario demandado ejercitar la acción de anulación fundada en circunstancias que debía haber alegado vía excepción.

Como fácilmente puede imaginarse, el Borrador de Regulación no contiene ninguna previsión sobre esta materia.

24. Intervención judicial en el arbitraje de consumo.

El RDAC no hace ninguna alusión expresa a la intervención de los jueces en el arbitraje de consumo. Sin embargo, la Ley de Arbitraje sí permite que los órganos judiciales puedan o deban realizar actuaciones relacionadas con un arbitraje. Aunque parte de la idea de que la intervención judicial en el arbitraje será la menor posible, y sólo en aquellos casos expresamente previstos en la Ley. En este sentido, el art. 7 LA dispone que “en los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga”. Como se ha indicado, la finalidad del precepto es garantizar la menor interferencia posible del juez en el arbitraje.

Los tribunales de justicia tienen “funciones de apoyo y control del arbitraje” en los siguientes casos (art. 8 LA): 1) nombramiento judicial de árbitros; 2) asistencia judicial en la práctica de pruebas; 3) adopción judicial de medidas cautelares; 4) ejecución forzosa del laudo; 5) conocer de la acción de anulación; 6) exequátur de laudos extranjeros. Dada el tenor del art. 7 LA, las partes no pueden extender la competencia del juez a supuestos no citados en el art. 8 LA; por ejemplo, dejar en manos del juez la determinación del lugar o idioma del arbitraje.

⁴⁸ En este sentido, V. GUZMÁN FLUJA, “Comentario al art. 22”, en S. BARONA VILAR (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje...*, cit., pp. 823 y ss., y en términos parecidos, F. CORDÓN MORENO, *El Arbitraje de Derecho Privado. Estudio breve de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje*, Cizur Menor, Civitas, 2005, pp. 202 y ss.

En virtud de la aplicación de la LA al arbitraje de consumo, los arts. 7 y 8 LA se aplican al arbitraje de consumo. Con un matiz importante: en el arbitraje de consumo no es posible el nombramiento judicial de los árbitros, porque la designación de los árbitros corresponde siempre a la Junta Arbitral. Por último, el Borrador de Regulación no prevé la intervención de los jueces en el arbitraje de consumo.

25. La asistencia judicial en la práctica de pruebas.

En algunas ocasiones los árbitros no podrán por sí mismos practicar las pruebas. Eso sucederá, básicamente, en dos casos. En primer lugar, cuando para la práctica de una prueba se requiere la potestad coactiva de la que carecen los árbitros. Pero también, y en segundo lugar, cuando la prueba haya de practicarse en lugar distinto del previsto para la celebración de las actuaciones arbitrales. Para solventar esta situación, la Ley de Arbitraje establece un mecanismo por el que los árbitros pueden pedir asistencia judicial para la práctica de la prueba.

La asistencia judicial para la práctica de pruebas está regulada en el art. 33 LA. Huelga decir que el RDAC no prevé nada sobre este punto. Por eso, hay que admitir que ese precepto es de aplicación supletoria al arbitraje de consumo. Tampoco el Borrador de Regulación se refiere a esta cuestión.

Están legitimados para pedir la asistencia judicial para la práctica de pruebas los árbitros, y cualquier de las partes, con la aprobación de los árbitros. Una parte no puede, por sí sola, obtener la asistencia judicial. Siempre será necesario el visto bueno de los árbitros. De este modo se pretende evitar que una parte pretenda utilizar el art. 33 LA con fines dilatorios. En este marco, los árbitros pueden rechazar la práctica de pruebas si las consideran impertinentes o inútiles. Para valorar si aceptan o rechazan la práctica de pruebas, deben juzgar si es necesaria o si ha sido solicitada por alguna parte la asistencia judicial para su práctica, pues parece claro que sólo aprobarán la asistencia judicial cuando constaten que la práctica de esa prueba es absolutamente necesaria para la resolución del conflicto.

La asistencia puede consistir “en la práctica de la prueba ante el tribunal competente o en la adopción por éste de las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros” (art. 33.1 LA). Así, por ejemplo, si el arbitraje se desarrolla en Albacete, y la prueba consiste en la toma de declaración a un testigo que vive en Huelva, o en la exhibición de un bien mueble que está en un domicilio de Huelva, la asistencia judicial podrá consistir en la exhibición de ese bien o en la toma de declaración a ese testigo por el tribunal competente de Huelva. Ahora bien, si ese testigo o ese bien mueble están en la ciudad de Albacete, la asistencia podrá consistir en que el órgano judicial adopte las medidas necesarias para que ese testigo declare ante los árbitros, o para que ante éstos se exhiba ese bien mueble. En el primer caso, “el tribunal practicará la prueba bajo su exclusiva dirección” (art. 33.2 LA); en el segundo, “el tribunal se limitará a acordar las medidas pertinentes” para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros (art. 33.2 LA). De la lectura del art. 33.2 LA parece deducirse que el legislador prefiere este segundo tipo de asistencia judicial. Y esa preferencia parece lógica, pues este segundo tipo de asistencia judicial es más interesante, por varias razones: se respeta en mayor medida el principio de inmediación

procesal, es más rápido (la práctica de la prueba por el juez puede demorarse en exceso), y es más flexible, al poder los propios árbitros dirigir personalmente la práctica de pruebas.

Cabe preguntarse si puede pedirse al juez, con apoyo en el art. 33 LA, que adopte una medida de aseguramiento de la prueba del art. 297 LEC. El precepto que analizamos no recoge esta posibilidad, que, sin embargo, sí está contemplada en la Exposición de Motivos de la LA (apartado VI.8). Estimo que sí es posible la adopción de una medida de este tipo. Por otra parte, el juez competente para la asistencia en la práctica de pruebas será el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiera de prestarse la asistencia (art. 8.2 LA).

El art. 33 LA plantea algunas dudas. Es claro que el juez debe controlar su competencia objetiva, y que la petición, si ha sido cursada por alguna de las partes, venga con la aprobación de los árbitros. Es dudoso, en cambio, si el juez puede juzgar la conveniencia o utilidad de la prueba solicitada. En principio, parece que esa decisión corresponde tomarla a los árbitros, y no al juez, por lo que el juez no podrá denegar la asistencia judicial, salvo cuando la prueba solicitada esté prohibida o sea ilícita.

Tampoco regula la LA cómo ha de ser el procedimiento que ha de seguirse ante el juez. Del art. 33.1 LA se infiere que la petición de asistencia judicial puede hacerla los árbitros, pero también cualquiera de las partes, directamente, presentando ante el juez una demanda en la que solicitan su asistencia para la práctica de la prueba. No hay norma que establezca cuál ha de ser el contenido exacto de la petición de asistencia dirigida al juez. Por otra parte, el juez citará a las partes a la práctica de la prueba, para que éstas asistan, si lo desean (art. 291 LEC). Evidentemente, en ese proceso judicial deberán respetarse los principios de contradicción, audiencia e igualdad, pues de lo contrario el laudo arbitral podría impugnarse mediante la acción de nulación. En el caso de que se solicite asistencia judicial para la práctica de la prueba ante el tribunal competente, los árbitros podrán asistir a la práctica de la prueba, si así lo solicitan. Otra cuestión dudosa: ¿deben las partes acudir a la práctica judicial de la prueba con abogado y procurador? La doctrina se encuentra dividida, pues se han defendido las dos posturas. Cabe preguntarse, igualmente, si la asistencia judicial para la práctica de la prueba suspende el plazo que tienen los árbitros para dictar el laudo. La LA no contiene una respuesta, aunque se ha defendido que sí, si lo deciden los árbitros y no se oponen las partes. ¿Vale esto también para el arbitraje de consumo?

Y una última cuestión: las costas generadas por la asistencia judicial, ¿quién las paga? En el arbitraje general, esos podrán después repercutirse sobre las partes que intervienen en el arbitraje, y el laudo arbitral deberá pronunciarse sobre quién deberá correr con esos gastos. Esas costas judiciales están incluidas, sin duda, en “los demás gastos originados en el procedimiento arbitral” (art. 37.6 LA). Sin embargo, en el arbitraje de consumo el laudo no debe contener un pronunciamiento sobre las costas, en el sentido establecido en el art. 37.6 LA. Repárese en que en el arbitraje de consumo las pruebas acordadas de oficio las sufragará la Administración, mientras que las practicadas a instancia de parte serán costeadas por quien las propone. Conforme a lo que acaba de exponerse, si los árbitros piden de oficio la realización de una prueba, y solicitan la asistencia judicial para su práctica, el coste generado por la intervención judicial deberá ser sufragado por la Administración. Este solo motivo justifica que en el arbitraje de consumo los árbitros no soliciten nunca la asistencia judicial. Pero hay otra posibilidad:

si es una parte la que solicita la práctica de una prueba, y hay asistencia judicial para su práctica, ¿quién corre con los costes que provoca la intervención judicial? Podrían defenderse dos posiciones: i) como la prueba se practica a instancia de parte, ésta correrá con los gastos, con independencia de que la asistencia judicial para su práctica sea solicitada por los árbitros o por la parte interesada; ii) la parte que solicita la prueba sólo correrá con los gastos judiciales cuando además sea ella misma quien solicite la asistencia judicial para su práctica.

Para concluir, cabe afirmar que en el arbitraje de consumo es posible la asistencia judicial para la práctica de la prueba, en los términos previstos en el art. 33 LA. Pero será un instrumento que sólo en contadísimas ocasiones se utilizará, teniendo en cuenta los costes económicos que genera.

26. Medidas cautelares arbitrales y judiciales.

Una de las novedades más interesantes de la Ley de Arbitraje es la posibilidad que concede a los árbitros para que adopten medidas cautelares, salvo acuerdo en contrario de las partes (art. 23). Ante el silencio del RDAC (y del Borrador de Regulación), y en virtud de la aplicación supletoria de la LA, hay que entender que este precepto es de aplicación al arbitraje de consumo⁴⁹. Con el único matiz de que en el arbitraje de consumo no cabe pacto en contrario de las partes.

Señala el art. 23.1 LA que las medidas cautelares sólo pueden adoptarse a instancia de parte (no de oficio). Y aunque la LA no lo disponga expresamente, para su adopción deben concurrir los dos presupuestos clásicos exigidos por la LEC: *periculum in mora*, y apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*). Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante de la medida cautelar (art. 23.1 LA). La resolución que las adopte es susceptible de anulación mediante la correspondiente acción de anulación (art. 23.2 LA), por los mismos motivos que el laudo final. Y podrá acudir al juez competente para su ejecución, si la persona frente a quien se acuerda no cumple voluntariamente la medida cautelar (art. 23.2 LA).

Pero la LA permite la adopción de medidas cautelares por parte de los jueces. Dispone el art. 11.3 LA que “el convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas”. Ello significa que la petición de medidas cautelares judiciales no supone la renuncia al convenio arbitral. Respecto a los presupuestos, medidas cautelares adoptables, legitimación, audiencia del demandado, forma de la resolución, impugnación, etc., se aplicará lo dispuesto en la LEC (arts. 721 a 729). El juez competente para adoptarlas es el Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que el laudo deba ser ejecutado (donde vaya a ser dictado), o en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia (art. 8.3 LA).

⁴⁹ G. PALAO MORENO, “Disposición adicional única”, *cit.*, pp. 1633; A. CASADO CERVIÑO, “El arbitraje de consumo”, *cit.*, pp. 952. También F. VALBUENA GONZÁLEZ, “Incidencia de la Ley 60/2003...”, *cit.*, pp. 403, aunque enumera varias razones para dudar de su aplicación analógica al arbitraje de consumo.

Las medidas cautelares judiciales pueden solicitarse durante la tramitación del procedimiento arbitral, o incluso antes de que se inicie el procedimiento arbitral. En este último caso se denominan medidas cautelares *ante causam*. Están reguladas en los arts. 730.2 y 3 LEC y 11.3 LA, y sólo proceden cuando quien las solicita “acredita razones de urgencia o necesidad” (art. 730.2.I LEC). Cuando una parte solicita una medida cautelar de este tipo, la otra no puede oponerse alegando la sumisión de la cuestión a arbitraje (declinatoria). Por la misma razón, si la parte contrario no alega la existencia del convenio arbitral, ello no significa una renuncia tácita al arbitraje.

En relación a su alcance temporal, las medidas cautelares quedarán sin efecto si en el plazo de veinte días tras su adopción no se presenta demanda judicial (art. 730.2.II LEC). Sin embargo, “en los casos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional” este requisito temporal no regirá. En ellos, “para que la medida cautelar se mantenga, será suficiente con que la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral” (art. 730.3 LEC). Este precepto debería haber sido modificado, para adaptarlo a la nueva Ley de Arbitraje. Después de la Ley de Arbitraje, debe entenderse en el sentido de que el solicitante de la medida cautela *ante causam* debe enviar a la otra parte el requerimiento de someter la controversia a arbitraje, iniciando así el arbitraje (art. 27 LA). En el arbitraje de consumo, hay que interpretarla en el sentido de que, el consumidor que solicitó y obtuvo esa medida cautelar, debe presentar lo antes posible su solicitud de arbitraje a la Junta Arbitral de Consumo. En cualquier caso, conviene advertir que en el arbitraje de consumo las medidas cautelares *ante causam* sólo caben cuando ya existe un convenio arbitral entre el empresario y el consumidor, pero todavía no se ha iniciado el procedimiento arbitral. No caben, por tanto, cuando no hay convenio arbitral, o existe una OPS formulada por ese empresario (pues todavía no hay convenio arbitral).

¿Qué sucede si en el plazo de veinte días desde la adopción de la medida cautelar el beneficiario de la misma (en su caso, el consumidor) presenta demanda ante el juez competente? ¿Sigue siendo eficaz esa medida cautelar? Conviene distinguir. Si el empresario demandado comparece en juicio y formula declinatoria, el juez dictará auto declarando el sobreseimiento (art. 11.1 LA), y la medida cautelar perderá su eficacia. Por el contrario, si el demandado no se persona, o hace algo distinto a oponer la declinatoria, el juez admitirá la demanda a trámite, entendiéndose que las partes han querido renunciar al arbitraje para que sean los órganos jurisdiccionales los que resuelvan esa controversia; en tal caso la medida cautelar previamente adoptada seguirá produciendo efectos.

El hecho de que las medidas cautelares puedan ser solicitadas y adoptadas por los árbitros y por los jueces plantea graves problemas de coordinación. Por ejemplo, ¿es posible plantear simultáneamente dos procesos cautelares (judicial y arbitral) con el mismo objeto? Parece que no, pues actuando de ese modo se vulnera la buena fe procesal. Pero, ¿es posible plantearlos sucesivamente? Esto es, si la medida cautelar solicitada ante los árbitros es desestimada, ¿puede solicitarse esa misma medida cautelar ante los jueces? ¿Produce efectos de cosa juzgada la resolución adoptada por los árbitros? ¿Y si la situación es la inversa, en el sentido de que se solicita en primer lugar a los jueces, que la desestiman? Se trata de cuestiones complejas, cuya solución debería venir dada por la Ley de Arbitraje y la LEC⁵⁰.

⁵⁰ Sobre estas y otras cuestiones que plantea el art. 23 LA, v. S. BARONA VILAR, “Comentario al art. 23”, en S. BARONA VILAR (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje...*, cit., pp. 832 y ss.; L

27. La acumulación de procedimientos arbitrales.

Cabe preguntarse si es posible la acumulación de procedimientos arbitrales de consumo. El RDAC no prevé esta posibilidad. Tampoco la Ley de Arbitraje lo regula, ni el Borrador de Regulación. Sin embargo, debería articularse algún mecanismo que permitiera la acumulación de procedimientos arbitrales, en aquellos casos en que una misma Junta Arbitral es competente para conocer de las distintas controversias jurídicas, fundadas todas en los mismos hechos, que mantienen un empresario y varios consumidores. Imaginemos, por ejemplo, que un vendedor de electrodomésticos está adherido al sistema arbitral, y un concreto bien presenta una falta de conformidad que autoriza al consumidor a reclamar contra el vendedor. Si son varios consumidores los que presentan una solicitud de arbitraje ante la Junta Arbitral, ¿qué inconveniente existe en que sea un mismo colegio arbitral el que conozca de manera conjunta, en un único procedimiento, de esas reclamaciones? Mediante la acumulación de procedimientos se consigue un interesante ahorro de costes. Ciertamente es, sin embargo, que la acumulación puede provocar una mayor complejidad en ese procedimiento arbitral, al no ser una, sino varias, las partes del mismo. Pero, en mi opinión, las ventajas superan a los inconvenientes, y por eso sería recomendable regular la acumulación de procedimientos. Es evidente que no puede tomarse como referencia la normativa que sobre acumulación de procesos se contiene en la LEC (arts. 74 a 98). Así, por ejemplo, la decisión de acumular los procedimientos arbitrales no tiene que partir de alguna de las partes (como indica el art. 75 LEC), sino de la propia Junta Arbitral, a la vista de quién es el empresario demandado en varias solicitudes de arbitraje y cuál es el motivo de la reclamación.

28. Organismo *supervisor* del sistema arbitral de consumo.

En el actual sistema arbitral de consumo se echa en falta un mecanismo que permita una cierta unificación, homogeneidad o unidad de criterio de las Juntas Arbitrales de Consumo. Es conocida la disparidad de criterios que existen entre las Juntas Arbitrales en cuestiones tales como la consideración de “empresario” del particular que arrienda una vivienda a un consumidor, el posible sometimiento a la vía arbitral de la reclamación de daños y perjuicios derivados de hechos que constituyen indicios racionales de delito, el alcance temporal de las OPS, o el carácter fraudulento de OPS con limitaciones importantes, por citar sólo algunos ejemplos. Cada Junta Arbitral resuelve en función de sus propios criterios, y no existe ningún instrumento que permita unificarlos.

La creación de ese organismo *supervisor* cumpliría un doble objetivo: (i) conseguir la unificación u homogeneización de criterio de las Juntas Arbitrales; (ii) incentivar el sistema arbitral de consumo, pues las empresas de ámbito nacional encontrarán más atractivo el “sistema”, en la medida en que existen reglas claras y uniformes sobre cuestiones ahora dudosas. En cuanto al primer objetivo, esta unificación de criterios puede tener diferente intensidad, en función del instrumento

CUCARELLA GALIANA, *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, de 23 diciembre, de Arbitraje)*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2004, pp. 292 y ss.

mediante el que se articule. Una primera posibilidad consistiría en instaurar una “segunda instancia”, permitiendo a las partes ejercitar algún tipo de recurso arbitral que dote a su “jurisprudencia” de cierta unidad. Una segunda posibilidad sería atribuir a un determinado ente la función de dictar “criterios” de interpretación que habrán de guiar la actuación de las Juntas Arbitrales, aunque aquí habría que establecer reglas adicionales: qué papel tienen esos criterios (si sirven simplemente para orientar a las Juntas, o si éstas deben cumplirlos en todo caso), quién puede solicitarlos, etc.

El Borrador de Regulación toma nota de esta situación, y regula parcialmente esta cuestión. Su art. 5.2 establece lo siguiente: “La Junta Arbitral Nacional, en caso de reclamaciones presentadas ante las diferentes Juntas Arbitrales, basadas todas ellas en supuestos de hecho idénticos o similares, y habiéndose constatado la existencia de laudos contradictorios al respecto, a iniciativa propia; de las Juntas Arbitrales; de los consumidores o de los empresarios podrá, tras recabar toda la documentación que considere oportuna, emitir un dictamen que pueda servir en su caso, de apoyo técnico a los árbitros, para lo cual procederá a dar traslado a las diferentes Juntas Arbitrales y sus delegaciones”. En su párrafo segundo añade: “Este informe podrá servir de apoyo técnico a los árbitros, sin que en ningún momento pueda menoscabar la independencia e imparcialidad en la que se basa su función”.

Este precepto atribuye a la Junta Arbitral Nacional la posibilidad de emitir un dictamen sobre aquellas cuestiones que se le planteen. La norma no contiene una limitación respecto al objeto del dictamen, por lo que, en principio, parece que éste puede versar sobre cualquier materia relacionada, de manera más o menos directa, con el arbitraje de consumo. Sin embargo, como el precepto indica que la Junta Arbitral Nacional podrá emitir un dictamen “que pueda servir, en su caso, de apoyo técnico a los árbitros”, parece que el objeto se reduce a aquellas cuestiones de las que deban conocer los árbitros, y no la propia Junta Arbitral. Así, por ejemplo, no es posible emitir un dictamen sobre si cabe o no el arbitraje de consumo en el arrendamiento de viviendas entre particulares, por ser una cuestión relevante, en primer lugar, para la Junta Arbitral, en la medida en que de la respuesta a esa pregunta dependerá la admisión o no a trámite de la solicitud de arbitraje instada por el consumidor arrendatario. Si el sentido del precepto es establecer una limitación de este tipo (lo cual no está del todo claro, dada la redacción de la norma), la norma es criticable, pues el organismo supervisor a quien debe prestar apoyo no es tanto a los árbitros (que también), sino a las Juntas Arbitrales.

Según la regulación propuesta, existen otros límites a la emisión de dictámenes. En primer lugar, y en cuanto a la legitimación para solicitarlo, éste puede ser dictado de oficio, por la propia Junta Arbitral Nacional, o a petición de parte: de una Junta Arbitral, “de los consumidores o de los empresarios”. La norma adolece de una suprema indefinición. ¿Cualquier consumidor o empresario ostenta esta legitimación? ¿O sólo cabe otorgársela a las asociaciones de consumidores o empresarios? Y en este último caso, ¿a cuáles? En cualquier caso, incluso aunque haya petición de informe por una parte legitimada, la Junta Arbitral Nacional podrá decidir que no emite el dictamen. La emisión de dictámenes es una facultad, y no de un deber (“podrá” –y no “deberá”-emitir un dictamen).

Pero existe un segundo límite: sólo puede emitir un dictamen cuando (i) se trate de reclamaciones presentadas ante diferentes Juntas Arbitrales, (ii) basadas en supuestos de hecho idénticos o similares, (iii) de los que se hayan derivado laudos contradictorios.

En consecuencia, una Junta Arbitral, que tiene dudas sobre si una determinada solicitud de arbitraje recae sobre una materia arbitrable, no puede solicitar dictamen a la Junta Arbitral Nacional, si no concurren los presupuestos que acaban de exponerse. Esto no tiene sentido, por lo que el precepto transcrito debería ser modificado.

29. ¿Cabe el laudo de consumo parcial?

El RDAC no contempla expresamente la posibilidad de que los árbitros resuelvan la cuestión controvertida en varias resoluciones. Alude siempre a “el laudo”, en singular (así, en los arts. 14, 15, 16 y 17), y recoge la situación habitual: que los árbitros resuelvan la controversia en un único laudo, que se pronuncia sobre la reclamación planteada por el consumidor.

La Ley de Arbitraje sí regula el laudo parcial. Establece que “salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros decidirán la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios” (art. 37.1 LA). Por lo tanto, los árbitros podrán dictar laudos parciales, fraccionando así la resolución de la controversia, siempre que ello sea materialmente posible y recomendable y, además, las partes no se hayan opuesto a ello.

¿Cabe el laudo parcial en el sistema arbitral de consumo? En mi opinión, sí, debido a la aplicación supletoria de la Ley de Arbitraje. Ahora bien, una cosa es la dimensión teórica del problema, y otra su aplicación práctica. Y lo cierto es que en el arbitraje de consumo nunca se dictan laudos parciales, sino un único laudo que resuelve toda la controversia. Ello se debe a que no concurren las razones por las que se reconoce la posibilidad de dictar laudos parciales. En efecto, no se trata de cuestiones jurídicamente muy complejas. Por eso, lo razonable (y lo recomendable) es que se resuelvan en un único laudo⁵¹.

El Borrador de Regulación tampoco contempla la posibilidad de dictar laudos parciales. Establece que “en cuanto a la forma y contenido de los laudos será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Arbitraje” (art. 33), remisión ésta que, en lo que ahora nos concierne, permite a los árbitros acogerse al art. 37.1 LA y dictar laudos parciales, si lo estiman necesario.

30. Arbitraje de derecho y de equidad.

El arbitraje puede ser de derecho o de equidad. En el arbitraje de derecho, los árbitros han de resolver la controversia jurídica ateniéndose al sistema de fuentes establecido en el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, resolverán aplicando la norma jurídica que proceda, emulando, en consecuencia, el proceder de un juez. En cambio, en el arbitraje de equidad los árbitros han de resolver el litigio conforme a su leal saber y entender, sin necesidad de recurrir a la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico.

⁵¹ En este mismo sentido, F. VALBUENA GONZÁLEZ, “Incidencia de la Ley 60/2003...”, *cit.*, pp. 404.

La vieja Ley de Arbitraje de 1988 establecía que, en el caso de que las partes no optaran expresamente por el arbitraje de Derecho, los árbitros resolverían en equidad (art. 4.2). Para el arbitraje de consumo, el RDAC no dispone expresamente que se trate de un arbitraje en equidad. Pero se deduce del art. 11.3. Según este precepto, “si las partes optasen expresamente por un arbitraje de derecho, los miembros del colegio arbitral deberán ser abogados en ejercicio”, por lo que *a sensu contrario* cabe entender que si las partes no dicen nada sobre el tipo de arbitraje éste será de equidad. En cualquier caso, la ausencia de una referencia expresa en el RDAC al arbitraje de consumo como arbitraje de equidad obedecía a una causa: no era necesario repetir una regla que, con carácter general, ya venía impuesta en la Ley de Arbitraje de 1988.

La nueva Ley de Arbitraje de 2003 supone en este punto una ruptura respecto a la normativa anterior. Conforme al art. 34.1, “los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello”. Ahora la regla general es el arbitraje de derecho, y el arbitraje de equidad queda como algo subsidiario, que exige pacto expreso entre las partes.

Hay que preguntarse en qué modo ha de afectar lo dispuesto en el art. 34.1 LA al arbitraje de consumo. La respuesta es sencilla: no afecta en modo alguno. El art. 34.1 LA no se aplica –supletoriamente– al arbitraje de consumo, pues el RDAC contiene una regla precisa sobre este punto (el art. 11.3) que desplaza a la norma general de la LA. Por lo tanto, el arbitraje de consumo seguirá siendo de equidad tras la publicación de la LA. El legislador ha querido hacer constar expresamente esta circunstancia, y por eso la DA Única LA dispone, respecto del “arbitraje al que se refiere la Ley 26/1984”, que “en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho”. En mi opinión, una norma de este tipo no era necesaria, pues del art. 11.3 RDAC se infiere con claridad que el arbitraje de consumo es de equidad, y que por tanto no cabe aplicar el art. 34.1 LA. Pero aun así, no está de más que la Ley de Arbitraje lo disponga de manera expresa. Lo que sí merece ser criticada es la redacción de esta DA Única, pues el legislador parece desconocer que ya existe una normativa de desarrollo del art. 31 LCU –el RDAC–, que ya recoge como regla general el arbitraje en equidad. En conclusión, con esta DA Única lo que se pretende es recalcar la vigencia de lo dispuesto en el art. 11.3 RDAC (el arbitraje de consumo es un arbitraje en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje de derecho), a pesar de la nueva formulación contenida en el art. 34.1 LA.

Cabe plantearse si es adecuada la consideración del arbitraje de consumo como arbitraje de equidad, o sería más acertado que se resolvieran los litigios de consumo conforme a derecho. La cuestión es susceptible de debate. Por una parte, la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, muestra su preferencia por el arbitraje de derecho. Mi opinión, sin embargo, es la contraria: la preferencia por el arbitraje de equidad es correcta, pues este tipo de arbitraje resulta más conveniente para las controversias que dirimen empresarios y consumidores. Adviértase que el arbitraje de equidad se caracteriza por unos especiales niveles de simplicidad en su desarrollo. Y que la resolución de los árbitros conforme a su leal saber y entender no equivale a arbitrariedad ni a discrecionalidad absoluta por parte de los árbitros, pues éstos no pueden desatender lo pactado por las partes o las normas imperativas que afecten a la relación jurídica objeto

de controversia⁵². Téngase en cuenta, además, que el hecho de que el arbitraje sea en equidad no impide a los árbitros fundar sus decisiones en normas de derecho positivo, como normalmente sucede en los laudos dictados en el arbitraje de consumo⁵³. Por último, hay que señalar que el Tribunal Constitucional ha destacado la naturaleza constitucional del arbitraje de equidad en varias sentencias (así, por ejemplo, en la STC 43/1988, de 16 de marzo [RTC 1988, 43]).

El Borrador de Regulación mantiene la situación tal y como está. Se establece que “el árbitro decidirá en equidad, salvo que las partes optarán expresamente por la decisión en derecho” (art. 19.1.I), añadiendo que “las normas jurídicas aplicables y las estipulaciones del contrato podrán servir de apoyo a la decisión en equidad” (art. 19.2). También se regula una hipótesis concreta: qué sucede cuando la OPS es a arbitraje de derecho. Sobre el particular, se dispone que “si existiera oferta pública de sometimiento a arbitraje de derecho de la reclamada, se comunicará al reclamante para que manifieste su conformidad con la decisión en derecho. En caso de no estar de acuerdo, se tratará la solicitud como si fuera dirigida a una empresa no adherida” (art. 19.1.II).

31. La motivación del laudo de equidad.

El art. 16.2 RDAC, que es copia literal del art. 32.2 de la Ley de Arbitraje de 1988, dispone que “el laudo será motivado cuando el colegio arbitral decida la cuestión litigiosa con sujeción a derecho”. Por tanto, se exige la motivación para el laudo de derecho, pero no para el laudo dictado en equidad.

Como en otros muchos puntos, también en lo que ahora nos ocupa la nueva Ley de Arbitraje introduce cambios importantes. Según el art. 37.4 LA, “el laudo deberá ser motivado”. La regla general es que todo laudo debe estar motivado, tanto si es un laudo de derecho como si se trata de un laudo de equidad. El propio precepto prevé dos casos en los que no es necesaria la motivación. En primer lugar, cuando “las partes hayan convenido otra cosa”, esto es, cuando hayan pactado la no motivación del laudo. Rige en este caso la autonomía de la voluntad, y si las partes acuerdan que el laudo no esté motivado, a ello deberán atenerse los árbitros. En todo caso, es poco probable que exista un pacto de este tipo, pues la motivación sirve para evitar decisiones arbitrarias. En segundo lugar, tampoco es necesaria la motivación cuando “se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior”; es decir, cuando se trate de un laudo transaccional del art. 36 LA. La razón es evidente: si el laudo es fruto del acuerdo entre las partes, no tiene sentido exigir a los árbitros que expongan los motivos que les han llevado a dictar ese laudo.

Para cumplir la exigencia de motivación, se requiere que los árbitros expliquen, justifiquen, razonen su decisión; que señalen por qué han decidido en un sentido o en otro. No es necesario que realicen una amplia y profunda construcción argumental. Basta con que se expongan de manera sucinta, clara y suficiente las razones que llevan a los árbitros a adoptar esa resolución. En cualquier caso, es evidente que la motivación es diferente en el arbitraje de derecho que en el arbitraje de equidad.

⁵² Así, C. ESPLUGUES MOTA, “Comentario al art. 34”, en S. BARONA VILAR (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje...*, cit., pp. 1117.

⁵³ STS de 20 mayo 1987 (RJ 1987, 3853).

1) En el arbitraje de derecho, la motivación ha de ser jurídica. Como indica el art. 16.2 RDAC, la decisión debe adoptarse “con sujeción a derecho”. Por lo tanto, la motivación exige que el laudo esté fundamentado jurídicamente, que se apoye en el ordenamiento jurídico vigente. No se requiere la cita concreta de la norma jurídica en cuestión que resulta aplicable, pues basta con que se apliquen esas normas jurídicas, y las consecuencias jurídicas que de ellas derivan. En tal caso, los árbitros actuarán como los jueces. Lo importante es que el laudo se apoye en las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión, o lo que es lo mismo, su *ratio decidendi* (SAP Madrid de 10 febrero 2003 [JUR 2003, 202891]). A estos efectos, es irrelevante si la argumentación jurídica empleada por los árbitros es más o menos correcta, o si la motivación es o no del agrado de alguna de las partes. Lo relevante es que el laudo contenga esa argumentación jurídica, esos criterios que fundan la decisión final.

2) En el arbitraje de equidad, la motivación implica que los árbitros deben efectuar un juicio razonado y razonable sobre el porqué se alcanza la solución que se acoge en el laudo. Por tanto, el laudo estará motivado cuando los árbitros den explicaciones o justificación de su decisión. Explicaciones que no tienen que estar fundadas en el derecho positivo –como en el laudo de derecho-, pero que pueden estarlo. No se cumple el requisito de la motivación cuando el laudo se limita a establecer una solución, sin contener razón alguna, o cuando esta sea insuficiente.

Hay que preguntarse de qué modo afecta el art. 37.4 LA al arbitraje de consumo. Si se trata de un arbitraje de derecho, no se plantea problema alguno: el laudo deberá ser motivado (art. 37.4 LA y 16.2 RDAC). Las dudas se plantean en relación con el arbitraje de consumo de equidad: ¿hay que motivar el laudo? En mi opinión, la respuesta ha de ser negativa. El art. 16.2 RDAC se aplica a este supuesto, con el resultado de que no existe el deber de motivar ese laudo, aunque lo cierto es que en la práctica los laudos de consumo dictados en equidad no se limitan a resolver la controversia en un determinado sentido, sino que justifican esa decisión. Y como el RDAC contiene una respuesta específica a esta cuestión, no procede la aplicación supletoria del art. 37.4 LA (que sí exige la motivación, también para el laudo de equidad).

Esta es la situación vigente. Partiendo de ella, pueden realizarse las siguientes reflexiones:

1. Cabe plantearse la posible inconstitucionalidad de la norma que dispense de motivación en el laudo. Existen en este punto opiniones encontradas. Para algunos, la motivación de la resolución (laudo) es una exigencia constitucional (art. 120.3 CE)⁵⁴. De hecho, un importante número de sentencias ha venido integrando la exigencia de motivación del laudo con el derecho a la tutela judicial efectiva (así, SSAP Madrid, de 10 febrero 2003 [JUR 2003, 202801], Zaragoza, de 29 mayo 1994 [AC 1994, 782]). Para otros, sin embargo, desde el momento en que el arbitraje no es función jurisdiccional, sino (eminentemente) privada, no es posible alegar la inconstitucionalidad de la norma que dispensa la motivación (por infracción del art.

⁵⁴ S. BARONA VILAR, “Comentario al art. 37”, en S. BARONA VILAR (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje...*, cit., pp. 1226.

120.3 CE), pues el laudo no es una sentencia⁵⁵. El Tribunal Constitucional parece haber zanjado esta cuestión en su Auto 259/1993, de 20 de julio (RTC 1993, 259 Auto), en el que establece la no aplicación del art. 120.3 CE a los arbitrajes de equidad.

2. Cuestión distinta es juzgar la bondad de esta norma. En el dilema motivación-no motivación del laudo de equidad, creo que debe optarse por la motivación. Esa es la opción elegida por el legislador de 2003 (art. 37.4 LA), y en mi opinión es la más acertada. Desde la perspectiva constitucional, la motivación se ha justificado por dos razones: porque va intrínsecamente unida a la función que desempeñan los jueces y los árbitros, y porque es una garantía para las partes, que de este modo pueden conocer las razones (sean jurídicas o sean de equidad) que han llevado al juzgador o árbitros a dictar una sentencia o laudo con ese contenido. En materia de arbitraje de consumo, el sentido común aconseja que el reclamante y el reclamado sean informados en el laudo de los motivos que fundan la decisión del colegio. De hecho, en la práctica viene sucediendo así: aunque el laudo es de equidad, los colegios motivan sus laudos, la mayoría de las ocasiones incluso con apoyo en las normas jurídicas vigentes. Además, la Recomendación 98/257/CE, de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, sobre la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, recoge la conveniencia de que los laudos sean motivados.

3. Se hace necesaria, por tanto, una modificación del art. 16.2 RDAC, para exigir la motivación, con carácter general, a todo tipo de laudos (de derecho y de equidad). En esta línea se mueve el Borrador de Regulación. Su art. 33 dispone que “en cuanto a la forma y contenido de los laudos será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Arbitraje”, lo que supone una remisión al art. 37 LA, y en particular a su apartado 4, que es el que se refiere a la motivación del laudo. De este modo, si la norma propuesta prospera, todo laudo dictado en un arbitraje de consumo deberá estar motivado, en los términos exigidos en el art. 37.4 LA.

32. El laudo transaccional, ¿cuándo puede dictarse?

El laudo transaccional es el laudo que tiene su origen en un acuerdo de las partes, que pone fin total o parcialmente a la controversia. No es sino una transacción, producida en el marco del procedimiento arbitral, y que tiene plasmación en el propio laudo.

El RDAC permite la transacción en el procedimiento arbitral de consumo: “en el trámite de audiencia, el colegio arbitral podrá intentar la conciliación entre las partes, que, de lograrse, se recogerá en el laudo” (art. 12.4). Es el denominado laudo conciliatorio. La Ley de Arbitraje también admite que el laudo sea el resultado de un acuerdo entre las partes. Está regulado en el art. 36 LA, que dispone lo siguiente: “Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, los árbitros darán por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivos para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes”. El apartado segundo añade que “el laudo se dictará con

⁵⁵ F. RIVERO HERNÁNDEZ, “Comentario al art. 32”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 562.

arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente [art. 37] y tendrá la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio”.

Como puede advertirse, la regulación de ambos preceptos difiere en algunos puntos; por ejemplo, el momento en el que pueden llegar al acuerdo las partes, o a quién o quiénes corresponde la iniciativa para alcanzar ese acuerdo. En otros casos, lo que sucede es que la regulación de la LA es más completa que la del RDAC; así, aclara que el acuerdo puede ser sobre todo o parte de la controversia, añade que los árbitros pueden oponerse a ese acuerdo, o explica los efectos de ese laudo transaccional.

¿Cabe aplicar el art. 36 LA al arbitraje de consumo? En mi opinión, el art. 36 LA viene a completar lo dispuesto en el art. 12.4 RDAC, por lo que, en este sentido, cabe su aplicación supletoria al arbitraje de consumo. En consecuencia, el régimen jurídico del laudo transaccional en el arbitraje de consumo es el siguiente:

- Las partes pueden llegar a un acuerdo que ponga fin al procedimiento arbitral de consumo, y este acuerdo puede versar sobre toda la cuestión controvertida, o sólo sobre parte de ella. En el primer caso, el laudo que se dicte recogiendo el acuerdo entre las partes pone fin al procedimiento arbitral. En el segundo caso se dictará un laudo parcial acogiendo ese acuerdo, y el resto de las cuestiones controvertidas deberán ser resueltas por los árbitros en un segundo laudo parcial.

- ¿En que fase del procedimiento arbitral puede adoptarse el laudo? El RDAC dispone que es en la fase de audiencia cuando el colegio arbitral tratará de que las partes lleguen a un acuerdo. Según la LA el acuerdo de las partes podrá producirse “durante las actuaciones arbitrales”. Y así debe ser en el arbitraje de consumo. Por tanto, el consumidor y el empresario pueden llegar a un acuerdo antes de la fase de audiencia, o después de la misma; pero siempre que no se haya dictado el laudo. Incluso es posible que el acuerdo se produzca antes de que se inicie el procedimiento arbitral (con la designación del colegio arbitral; art. 10.1 RDAC), aunque en tal caso si quieren que exista un laudo transaccional deberán esperar a que se constituya el colegio para comunicar a los árbitros el acuerdo alcanzado, con el fin de que dicten el laudo.

- Una vez alcanzado el acuerdo entre las partes, y comunicado a los árbitros, ¿debe necesariamente recogerse en el laudo? Del RDAC parece deducirse que sí (“de lograrse [el acuerdo], se recogerá en el laudo”). Sin embargo, la LA entiende que no: alcanzado el acuerdo, se comunicará a los árbitros, y éstos darán por terminadas las actuaciones arbitrales con respecto a los puntos acordados. Pero ese acuerdo sólo se hará constar en forma de laudo si las dos partes lo solicitan a los árbitros. Estimo que esto es de aplicación al arbitraje de consumo, por lo que el acuerdo entre consumidor y empresario sólo se incluirá en el laudo si así lo piden las dos partes.

- Aunque lo pidan las dos partes, los árbitros no harán constar en el laudo lo acordado por ellas si “aprecian motivos para oponerse”. Esto se aplica igualmente al arbitraje de consumo. No aclara la Ley cuáles son los motivos que autorizan esa oposición⁵⁶. Es evidente que la simple disconformidad de los árbitros con la solución acordada por las partes no constituye un motivo que legitime la oposición. Comoquiera

⁵⁶ La Exposición de Motivos dispone que los árbitros no pueden rechazar la petición de las partes discrecionalmente, sino “sólo por una causa jurídica fundada”.

que el derecho de disposición de las partes sobre el objeto de la controversia se fundamenta en el principio de libre renunciabilidad de los derechos, cabe sostener que los árbitros podrán oponerse cuando el acuerdo contraría el interés general o el orden público, perjudique a terceros, o sea contrario a alguna norma imperativa o prohibitiva (arts. 6.2 y 3 CC; art. 19.1 LEC)⁵⁷. En cualquier caso, salvo la posible aplicación de este último motivo, lo habitual es que en el arbitraje de consumo los árbitros no puedan oponerse al laudo transaccional.

El Borrador de Regulación contiene un precepto específico, el art. 28, sobre el laudo conciliatorio (esa es la rúbrica del precepto). Dispone que “una vez iniciado el procedimiento arbitral si las partes llegan a un acuerdo que resuelva la controversia, los árbitros lo incorporarán a un laudo en los términos convenidos y siempre que no haya motivos de oposición. El árbitro o árbitros podrán instar a las partes a la conciliación”. Puede observarse cómo su regulación se parece más al art. 36 LA que al actual art. 12.4 RDAC.

33. La prórroga del plazo para dictar el laudo.

En el arbitraje de consumo, el laudo arbitral debe dictarse en el plazo máximo de cuatro meses, contados desde la designación del colegio arbitral (art. 14.1 RDAC). No se aplica, por tanto, la regla que sobre el particular contiene la LA; en concreto, su art. 37.2.I, según el cual, “si las partes no hubieran dispuesto otra cosa, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla”. Por tanto, el *dies a quo* para el cómputo del plazo es el día siguiente a la presentación de la contestación a la demanda o a la expiración del plazo para presentarla. En cambio, el *dies ad quem* es el de la notificación o entrega del laudo a las partes, en los términos previstos en el art. 37.3 LA. En el arbitraje de consumo, las partes no gozan de autonomía para fijar el plazo en que ha de dictarse el laudo, y ese plazo será de cuatro meses, y no de seis, contados desde la fecha de designación del colegio arbitral.

En cuanto a la prórroga del plazo para dictar el laudo, también existen diferencias entre el RDAC y la LA. En el arbitraje de consumo, el plazo de cuatro meses “podrá ser prorrogado por acuerdo expreso de las partes, notificándolo al colegio arbitral antes de la expiración del plazo inicial” (art. 14.2 RDAC). Esta previsión coincide, sustancialmente, con lo dispuesto en el art. 30.1 de la Ley de Arbitraje de 1988. La nueva Ley de Arbitraje de 2003 modifica este criterio, pues establece que, “salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada” (art. 37.2.I LA).

La diferente regulación de la prórroga en los arts. 14.2 RDAC y 37.2.I LA hace surgir la duda de si este último precepto puede ser de aplicación al arbitraje de consumo. Existen en este punto opiniones encontradas. Para algunos, debe prevalecer la norma especial del RDAC⁵⁸. Para otros, en cambio, ha de aplicarse la norma general de la LA,

⁵⁷ A. H. HERNÁNDEZ-MORA/R. HINOJOSA SEGOVIA, “Comentario al art. 36”, en J. GONZÁLEZ SORIA (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje...*, cit., pp. 390.

⁵⁸ C. SAMANES ARA, “El procedimiento...”, cit., pp. 55.

pudiendo así los árbitros prorrogar el plazo para dictar el laudo⁵⁹. Mi opinión coincide con la de los primeros autores, por lo que ha de prevalecer la regla contenida en el RDAC; como existe una norma específica sobre la materia en el RDAC, a ella habrá de estarse, sin que pueda aplicarse supletoriamente la norma general de la LA. Por eso, en el arbitraje de consumo los árbitros no pueden por sí mismos conceder una prórroga para dictar el laudo, sino que sólo habrá prórroga previa petición de las partes⁶⁰; y no es necesario que la decisión arbitral que acuerda la prórroga sea motivada, pues obedece al acuerdo de las partes.

Existe, sin embargo, un aspecto del art. 37.2.I LA que sí considero de aplicación al arbitraje de consumo: la duración de la prórroga. El RDAC guarda silencio sobre este punto, mientras que la LA lo fija en un plazo no superior a los dos meses. Procede la aplicación supletoria de la LA en esta materia.

El Borrador de Regulación se pronuncia en unos términos muy parecidos al actual art. 14 RDAC. Su art. 32 (“plazo para dictar el laudo” dispone en su apartado primero que “el plazo para dictar un laudo será de cuatro meses desde el día siguiente a la resolución del Presidente de la Junta Arbitral acordando el inicio del procedimiento, pudiendo ser prorrogado por las partes de común acuerdo”.

34. Forma y contenido del laudo.

En el arbitraje de consumo, “el laudo deberá dictarse por escrito” (art. 16.1 RDAC). Para el arbitraje general también se exige que el laudo conste por escrito (art. 37.3.I LA: “todo laudo deberá constar por escrito”). Pero “se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo” (art. 37.3.II LA). Esta previsión resulta igualmente aplicable al arbitraje de consumo⁶¹.

En cuanto al contenido del laudo, el art. 16.1 RDAC exige nueve menciones obligatorias: a) lugar y fecha en que se dicte; b) nombres y apellidos de los árbitros y de las partes o, en su caso, razón social; c) los puntos controvertidos objeto del arbitraje; d) relación sucinta de las alegaciones formuladas por las partes; e) las pruebas practicadas, si las hubiere; f) la decisión sobre cada uno de los puntos controvertidos; g) el plazo o término en que se deberá cumplir lo acordado en el laudo; h) el voto de la mayoría y el voto disidente, si lo hubiera; i) la firma de los árbitros. Por su parte, la Ley de Arbitraje reduce considerablemente el contenido mínimo del laudo. Además de la identificación de los árbitros y de las partes, debe contener la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje (art. 37.5 LA). Pero el laudo también deberá pronunciarse sobre la cuestión litigiosa sometida a decisión de los árbitros (art. 37.1 LA). E igualmente los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y gastos debidamente justificados de los árbitros, y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la

⁵⁹ G. PALAO MORENO, “Disposición adicional única”, *cit.*, pp. 1636.

⁶⁰ La SAP Asturias, de 18 noviembre 2005 (JUR 2005, 30596) declara la nulidad del laudo dictado en plazo prorrogado por los árbitros, sin que exista acuerdo expreso en ese sentido de las partes.

⁶¹ A. CASADO CERVIÑO, “El arbitraje de consumo”, *cit.*, pp. 955.

corporación o asociación que tenga encomendada la administración del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral (art. 37.6 LA).

En relación con el contenido del laudo, prevalece el precepto específico (RDAC) sobre el genérico (LA), pues aquél es, además, más completo que éste. En cuanto al pronunciamiento en costas (art. 37.6 LA), este precepto no se aplica al arbitraje de consumo, pues es gratuito.

El Borrador de Regulación dispone que “en cuanto a la forma y contenido de los laudos, será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Arbitraje” (art. 33). Se hace una remisión genérica y en bloque al art. 37 LA.

35. Firma del laudo.

El laudo ha de ir firmado por los árbitros [art. 16.1.i) RDAC y 37.3.I LA]. La Ley de Arbitraje admite que, bajo determinados presupuestos, falte la firma de algún árbitro. En concreto, “bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o sólo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas” (art. 37.3.I LA). Este precepto es de aplicación al arbitraje de consumo⁶².

36. La notificación del laudo: forma y plazo.

Una vez dictado el laudo, deberá ser notificado a las partes. Según el art. 17.2 RDAC, “la notificación... de los laudos se realizará de acuerdo con lo establecido en la Ley de Arbitraje”. La remisión hay que entenderla realizada al art. 37.7 LA, según el cual “los árbitros notificarán el laudo a las partes en la forma y en el plazo que éstas hayan acordado o, en su defecto, mediante entrega a cada una de ellas de un ejemplar firmado de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3, dentro del mismo plazo establecido en el apartado 2”.

Como puede advertirse, la LA ha previsto dos criterios para determinar la forma y el plazo para efectuar la notificación. En primer lugar ha de estarse a lo pactado por las partes. Prima también, en este punto, la autonomía de la voluntad, de modo que si hay pacto sobre la forma de notificación y el plazo para efectuarla, a ese pacto habrá de estarse.

En defecto de pacto, habrá de acudirse al criterio legalmente establecido. Y ese criterio es el siguiente:

1) Forma de la notificación. Consistirá en la entrega a cada una de las partes de un ejemplar del laudo. El laudo deberá constar por escrito (lo que hace posible su entrega física), y se entenderá que consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo (art. 37.3.II LA).

⁶² A. CASADO CERVIÑO, “El arbitraje de consumo”, *cit.*, pp. 955.

El laudo deberá entregarse a cada una de las partes, pero el art. 37.7 LA no especifica de qué modo ha de formalizarse la entrega. A estos efectos habrá de estarse a lo dispuesto en el art. 5.a) LA. Según esta norma, el laudo podrá ser entregado personalmente a las partes o entregado en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección. Asimismo, será válida la notificación realizada por télex, fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción del laudo, y que dejen constancia de la remisión y recepción. “En el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario”. Especiales dificultades surgen a la hora de determinar qué ha de entenderse por “indagación razonable”. Se ha defendido que dicho concepto jurídico indeterminado debe interpretarse acudiendo a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la “diligencia debida” exigible al juez antes de proceder a la notificación edictal⁶³. Otros, en cambio, rechazan esta tesis⁶⁴. En mi opinión, lo que sea una indagación razonable debe ser medido caso por caso. Partiendo de esa premisa, hay que señalar que el árbitro debe emplear una diligencia adecuada al caso, recurriendo a todos los medios a su alcance para lograr determinar un lugar efectivo en el que hacer la notificación⁶⁵. En conclusión, si la indagación razonable resulta efectiva, se obtendrá un domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección en el que poder notificar. En cambio, si la indagación razonable fracasa, la LA señala que bastará con que la notificación se haga en el último domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección conocidos del destinatario⁶⁶.

2) Plazo de la notificación. El laudo debe ser entregado “dentro del mismo plazo establecido en el apartado 2 [art. art. 37 LA]”; esto es, dentro del plazo para dictar el laudo, que será el pactado por las partes o, en su defecto, de seis meses. En consecuencia, dentro de ese plazo debe producirse tanto la emisión del laudo como su notificación a las partes.

¿Debe aplicarse directamente lo dispuesto en el art. 37.7 LA al arbitraje de consumo? En principio parece que sí⁶⁷, dada la directa remisión del art. 17.2 RDAC a la

⁶³ J. PICÓ I JUNOY, “El nuevo sistema de notificaciones y plazos en el arbitraje”, *Justicia Administrativa*, 2004, nº 5, pp. 42.

⁶⁴ J. ISCAR DE HOYOS, “Notificaciones y comunicaciones en la vigente Ley de Arbitraje. Validez del artículo 5.a)”, *AJA*, 2005, nº 692, pp. 8.

⁶⁵ V. GUZMÁN FLUJA, “Comentario al art. 5”, en S. BARONA VILAR (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje...*, cit., pp. 219.

⁶⁶ El ATC 301/2005, de 5 julio 2005 (RTC 2005, 301 Auto) inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 5.a) LA planteada por la AP de Madrid, por posible vulneración de los arts. 9, 14 y 24 CE. Según el máximo intérprete de la constitución, no existe tal vulneración, y en el caso de que “la indagación de la que habla el art. 5.a) LA hubiera sido realizada sin el rigor lógicamente exigible, es al propio órgano judicial [y no al TC], como garante inmediato de los derechos fundamentales de las partes, a quien corresponde concluir que no merece el calificativo de «indagación razonable» y que, por consiguiente, no ha surtido el efecto previsto en el art. 5.a) LA”. Sobre este ATC, A. M. LORCA NAVARRETE, “La propuesta del Tribunal Constitucional sobre la denominada “indagación razonable” que permite que las notificaciones o comunicaciones en el arbitraje se consideren recibidas”, *La Ley*, nº 6461, de 12 de abril de 2006.

⁶⁷ A. CASADO CERVIÑO, “El arbitraje de consumo”, cit., pp. 944.

Ley de Arbitraje. Sin embargo, las cosas no son tan claras. Por una parte, no estoy seguro si en el arbitraje de consumo las partes tienen la posibilidad de acordar la forma y plazo de la notificación del laudo⁶⁸. Advuértase que en este tipo específico de arbitraje las partes no gozan de la libertad contractual que consagra repetidamente, en muchos preceptos, la Ley de Arbitraje. En cuanto a los criterios legales subsidiarios de forma y plazo de notificación, el primero podría trasladarse, sin más, al arbitraje de consumo. Pero el segundo precisa de una matización: dado que en el arbitraje de consumo el plazo para dictar el laudo es de cuatro meses, sin posibilidad de pacto entre las partes sobre este extremo, el plazo para notificar el laudo será también de cuatro meses (y no de seis) desde la constitución del colegio arbitral.

Existe una última cuestión relacionada con las notificaciones en el arbitraje de consumo. Dado que las Juntas Arbitrales de Consumo son un órgano administrativo, ¿no será más acertado que a las notificaciones por ellas realizadas se les apliquen los preceptos de la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sobre notificaciones (arts. 58 y 59)? Esta tesis ya ha sido defendida por algún autor⁶⁹. El problema es que el RDAC parece haber huido deliberadamente de que así sea, al contener una remisión expresa a la Ley de Arbitraje.

El Borrador de Regulación acoge expresamente esta última idea, cuando dispone que el Secretario de la Junta Arbitral de Consumo será el responsable de las notificaciones, “que se llevarán a cabo según lo dispuesto en los artículos 58 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común” (art. 7.3).

37. Corrección, aclaración y complemento del laudo.

La corrección y aclaración de laudo de consumo se realizará de acuerdo con lo establecido en la Ley de Arbitraje (art. 17.2 RDAC). Se aplican, por tanto, las disposiciones que sobre corrección y aclaración del laudo se contienen en el art. 39 LA. El art. 17.2 RDAC, sin embargo, no hace referencia al complemento del laudo. Esta omisión es lógica, pues la Ley de Arbitraje de 1988 tampoco aludía expresamente al complemento del laudo. A pesar de este silencio, es evidente que al laudo de consumo le es de aplicación lo dispuesto en el art. 39 LA sobre el complemento del laudo. Y ello en virtud de la aplicación supletoria de la LA (art. 1 RDAC y art. 1.3 y DA Única LA).

El Borrador de Regulación no contiene previsiones expresas sobre esta materia, por lo que será de aplicación la Ley de Arbitraje, en virtud de la aplicación supletoria establecida en su art. 2.

38. La anulación y ejecución del laudo.

El ya citado art. 17.2 RDAC dispone que “la anulación y ejecución de los laudos se realizará de acuerdo con lo establecido en la Ley de Arbitraje”. Como es sabido, la

⁶⁸ Muestra su opinión negativa C. SAMANES ARA, “El procedimiento...”, *cit.*, pp. 33.

⁶⁹ J. GUILLÉN CARAMÉS, “Arbitraje...”, *cit.*, pp. 187.

acción de anulación del laudo está regulada en los arts. 40 a 43 LA, preceptos éstos que son de aplicación al arbitraje de consumo. Los motivos de anulación están taxados. Sólo cabe la anulación del laudo cuando concurre alguna de los motivos enumerados en el art. 41 LA. Existe numerosa doctrina jurisprudencial en el sentido de que mediante el recurso de anulación no se puede pretender que se dicte un nuevo laudo que revise el fondo del asunto, pues la acción de anulación no es un recurso de apelación (así, por ejemplo, SSAP Las Palmas, de 27 octubre 2005 [JUR 2005, 272411], Madrid, de 30 noviembre 2005 [JUR 2006, 57400]).

Por su parte, la ejecución forzosa del laudo tiene su régimen jurídico en los arts. 44 y 45 LA. El art. 44 LA es una simple norma de remisión a la LEC (en particular, a los arts. 517 y ss.). El art. 45 LA contiene un régimen especial de suspensión de ejecución del laudo no firme (impugnado de nulidad). Ambos preceptos son también de aplicación al arbitraje de consumo. Y debido a la aplicación supletoria de la LA, también cabe ejercitar contra el laudo de consumo el recurso de revisión, en los términos previstos en el art. 43 LA. En realidad, este precepto se remite a los preceptos de la LEC que regulan la revisión de las sentencias firmes (arts. 509 y ss.).

39. Efectos del concurso del empresario sobre el arbitraje de consumo.

La declaración del concurso del empresario va a afectar, como no podía ser de otro modo, a la posibilidad de acudir al arbitraje de consumo o al procedimiento arbitral que ya se esté tramitando⁷⁰. Los efectos del concurso sobre el arbitraje de consumo encuentran su regulación en el art. 52 y en la Disposición Final 31ª de la Ley Concursal (en adelante, LC). Según el primero de ellos, los convenios concursales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, mientras que los procedimientos arbitrales que ya se estén tramitando continuarán hasta la firmeza del laudo. Por su parte, la DF 31ª LC añade un nuevo apartado 4 al art. 31 LCU, con el siguiente texto: “Quedarán sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de sometimiento al arbitraje de consumo formalizados por quienes sean declarados en concurso de acreedores. A tal fin, el auto de declaración de concurso será notificado al órgano a través del cual se hubiere formalizado el convenio y a la Junta Arbitral Nacional, quedando desde ese momento el deudor concursado excluido a todos los efectos del sistema arbitral de consumo”.

Para analizar los efectos del concurso del empresario sobre el arbitraje de consumo, se hace preciso distinguir dos hipótesis, en función de que se haya iniciado o no el procedimiento arbitral. Si no se ha iniciado, el concurso del empresario provoca que queden sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de sometimiento al arbitraje de consumo (art. 31.4 LCU). Se exige que en el momento de la declaración de concurso no haya comenzado el procedimiento arbitral. El momento de la declaración de concurso es aquel en el que el juez del concurso dicta el auto de declaración de concurso. Por su parte, el inicio del procedimiento arbitral de consumo tiene lugar con

⁷⁰ Sobre el particular, v. S. DÍAZ ALABART, “Comentario a la Disposición Final 31ª”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. II, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 2398 y ss.; R. LARA GONZÁLEZ, “Los efectos de la declaración de concurso de acreedores sobre el sistema y sobre el procedimiento arbitral de consumo”, *Anuario de derecho concursal*, 2005, nº 6, pp. 249 y ss.

la designación de los miembros del Colegio Arbitral (art. 10 RDAC); criterio este que se aplica con preferencia al establecido en el art. 27 de la Ley de Arbitraje.

El efecto previsto es que los convenios arbitrales celebrados quedarán “sin efecto” (arts. 52 LC y 31.4 LCU). Ya se haya celebrado por inclusión de cláusula contractual arbitral en el propio contrato de consumo, o pactado en contrato aparte, o por el cauce del art. 9 RDAC (aceptación del empresario de la solicitud de arbitraje del consumidor), el convenio arbitral quedará sin efecto. No se trata de un caso de invalidez, ni de nulidad, sino que se produce una suspensión de los efectos del convenio. El convenio arbitral sigue siendo válido, pero se suspenden sus efectos hasta que concluya la tramitación del procedimiento concursal. Pero la ineficacia se predica igualmente en el art. 31.4 LCU de las ofertas públicas de sometimiento a arbitraje. También quedarán sin efecto tras la declaración de concurso del empresario que hizo la oferta pública. En esta hipótesis, la ineficacia no supone la suspensión de los efectos de la oferta pública, sino su extinción. En efecto, dispone el art. 31.4 LCU que el deudor concursado (el empresario) queda “excluido a todos los efectos del sistema arbitral de consumo”. Eso significa que la declaración de concurso del empresario supone la extinción de la oferta pública. Una vez terminado el procedimiento concursal, el empresario podrá de nuevo emitir una oferta pública de sometimiento (pero no hacer renacer aquella anterior, que ya se extinguió definitivamente). Queda por determinar en qué momento se produce la ineficacia de los convenios arbitrales y de la oferta pública de sometimiento a arbitraje. Según el art. 52 LC, hay que tomar en consideración el auto de declaración de concurso. Sin embargo, el art. 31.4 LCU contiene una norma específica: cuando el auto de declaración de concurso sea notificado al órgano a través del cual se haya formalizado el convenio (a esa Junta Arbitral) y a la Junta Arbitral Nacional. Por lo tanto, a ese momento habrá de estarse.

Lo dicho hasta aquí vale cuando el auto de declaración de concurso es anterior al inicio del procedimiento arbitral. En cambio, si declarado el concurso ya se está tramitando el procedimiento arbitral, este continuará su tramitación, hasta la firmeza del laudo (art. 52.2 LC)⁷¹. Los laudos firmes vinculan al juez del concurso, quien les dará el tratamiento concursal que corresponda (art. 53.1 LC).

40. La sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, y la protección del consumidor en la fase de ejecución del laudo.

Un análisis de las sentencias recaídas en los últimos años en materia de arbitraje de consumo pone de manifiesto que uno de los problemas más graves que sufre el consumidor es la situación en la que queda cuando se dicta un laudo que tiene su origen en una cláusula de sumisión a un arbitraje privado distinto del arbitraje de consumo. Las dificultades surgen porque, en muchos casos, el consumidor no tiene conocimiento de la existencia del arbitraje ni del laudo hasta que recibe la citación judicial para la ejecución del laudo. Es habitual, además, que en la cláusula arbitral se designe una institución arbitral que guarda una estrecha y directa relación con el empresario, por lo que los árbitros no actúan con la imparcialidad que les exige la ley (art. 17.1 LA). Tampoco es

⁷¹ Sobre este precepto, v. mi “Comentario al art. 52”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. I, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 513 y ss.

inusual que durante la tramitación de ese procedimiento arbitral se vulneren algunas de las garantías para las partes previstas en la Ley de Arbitraje.

Lo normal es que la cláusula de sumisión a ese arbitraje privado se incluya en las condiciones generales del contrato de adquisición del bien o servicio que el consumidor celebra con ese empresario. Se trata de una cláusula predispuesta por el empresario e impuesta al consumidor, por lo que puede calificarse como una cláusula no negociada individualmente, lo que significa que para que sea válida ha de superar el control de inclusión o incorporación (ha de ser comprensible y accesible al consumidor) y el control de contenido, en los términos previstos en el art. 10 bis LCU. Una cláusula de este tipo no supera el control de incorporación, por lo que debe reputarse abusiva, y en consecuencia, nula. Lo establece con claridad la DA 1ª, nº 26 LCU: es abusiva “la sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico”.

Si el consumidor es “llevado” a ese arbitraje privado –distinto del de consumo–, lo que debe hacer es personarse y alegar la inexistencia de convenio, por ser nula la cláusula arbitral; y caso de no ser atendida esta petición por los árbitros, podrá instar la acción de anulación del laudo, al amparo del art. 41.1.a) LA (así, por ejemplo, la SAP Vizcaya, de 9 noviembre 2005 [JUR 2006, 71406] admite la acción de anulación interpuesta por el consumidor). Los problemas se plantean cuando por un cúmulo de circunstancias el consumidor no ha tenido siquiera ocasión de defenderse en el proceso arbitral, en muchos casos porque no tuvo conocimiento de la existencia del procedimiento arbitral. Las dificultades surgen porque el laudo dictado adquiere efectos de cosa juzgada (art. 43 LA), y porque las causas de oposición a la ejecución del laudo son únicamente tres: el pago de lo ordenado en la sentencia, los pactos y transacciones convenidos para evitar la ejecución, y la caducidad de la acción ejecutiva (art. 556.1 LEC).

La cuestión que hay que resolver es si en la fase de ejecución del laudo existe algún mecanismo que permita al juez paralizar la ejecución. Adviértase, además, que el juez competente para conocer de la ejecución del laudo es el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que el laudo se ha dictado (art. 8.4 LA), y que normalmente ese lugar no coincide con el del domicilio del consumidor, obligando por tanto a éste a desplazarse a una localidad diferente para poder personarse y defender sus derechos.

Esta cuestión fue ampliamente debatida en el Seminario “Laudo arbitral y derechos de los consumidores”, organizado por el Consejo General del Poder Judicial, bajo la dirección de la profesora Silvia Díaz Alabart, y celebrado en Madrid los días 15 a 17 de marzo de 2006⁷². Según consta en las “Conclusiones” del Seminario elaboradas por la relatora, la profesora Mª Teresa Álvarez Moreno, los jueces y magistrados participantes en el mismo han propuesto hasta cuatro posturas diferentes: 1) inadmitir a trámite la demanda de ejecución del laudo, por nulidad del título ejecutivo, dado que la cláusula de sumisión a arbitraje es nula de pleno derecho; 2) admitir a trámite la demanda de ejecución, pero denegar el despacho de ejecución; 3) admitir a trámite la demanda, pues no es posible declarar de oficio, en fase de ejecución, la nulidad de la cláusula de sumisión a arbitraje; lo que procede es examinar si el laudo, y si adolece de alguna irregularidad formal, se denegará el despacho de ejecución por carecer dicho

⁷² Y en el que tuve la oportunidad de participar como ponente, por gentileza de la directora.

título de carácter ejecutivo; 4) si el consumidor se persona y formula oposición a la ejecución del laudo, es posible declarar la nulidad del título ejecutivo.

Para solicitar la ejecución del laudo, es necesario que una partes presente una demanda ejecutiva (con el contenido previsto en el art. 549 LEC), y que a ella acompañe los documentos requeridos por el art. 550 LEC; en particular, deberá acompañar el laudo, el convenio arbitral y los documentos acreditativos de la notificación del laudo a las partes (art. 550.1.1º.II LEC). Presentada la demanda ejecutiva, el tribunal despachará en todo caso la ejecución “siempre que concurran los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título” (art. 551.1 LEC). “Si el tribunal entendiese que no concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos para el despacho de la ejecución, dictará auto denegando el despacho de la ejecución” (art. 552.1 LEC). De estos preceptos se infiere que el juez que conoce de la ejecución no puede entrar a analizar, de oficio, si la cláusula arbitral es válida o nula. Y por eso deberá dictar auto despachando la ejecución.

Sin embargo, PICÓ I JUNOY admite que el juez pueda denegar de oficio el despacho de la ejecución⁷³. Según este autor, ello será posible siempre que el consumidor no haya ejercitado la acción de anulación del laudo⁷⁴. Apoya esta tesis con dos argumentos. En primer lugar, cabe aplicar los arts. 241 LEC y 11 LOPJ, que proscriben la actuación abusiva, fraudulenta o maliciosa de las partes, y que permiten a los jueces rechazar de oficio las peticiones que se formulen de tal forma. En segundo lugar, el carácter abusivo de una cláusula de un contrato puede ser apreciado de oficio por el juez. Así se establece en las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 junio 2000 (TJCE 2000, 144) y 21 noviembre 2002 (TJCE 2002, 345). En cualquier caso, conviene advertir que existen autores que niegan que el juez pueda de oficio denegar el despacho de la ejecución del laudo. Así lo entiende, por ejemplo, LORCA NAVARRETE⁷⁵, en un artículo que pretende desmontar, uno a uno, los argumentos esgrimidos por PICÓ I JUNOY.

Tampoco en el ámbito jurisprudencial hay una única tesis. Más bien sucede lo contrario, pues existe un enconado debate entre las Audiencias Provinciales de Barcelona y Madrid. Así, la Audiencia Provincial de Barcelona entiende que no procede admitir a trámite la demanda de ejecución del laudo arbitral, o que no procede despachar su ejecución. Esta es la tesis que aplican dos Autos de la AP Barcelona (Secc. 14ª), de 17 octubre 2003 (JUR 2003, 259572 y 259573), en concreto de su Sección 14ª, que es la que tiene atribuida en exclusiva el conocimiento de las materias relativas al arbitraje. Fundan su posición en los dos argumentos ya citados. Por una parte, existe un fraude de ley procesal (prohibido por los arts. 241 LEC y 11 LOPJ), pues entre la empresa y la asociación gestora del arbitraje (AEADE, esto es, la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad) existe una previa relación de asesamiento, incompatible con la imparcialidad que a los árbitros viene exigida por la LA. Por otra,

⁷³ En “El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales”, *La Ley*, 2005-2, pp. 1433 y ss.

⁷⁴ Si existe una sentencia de la Audiencia Provincial resolviendo esa acción de anulación, a ella habrá de estar el juez encargado de la ejecución.

⁷⁵ Se trata del artículo “¿Puede el órgano jurisdiccional frente al que se insta la ejecución forzosa del laudo arbitral examinar su contenido?”, *AJA*, 2005, nº 671, pp. 1 y ss.

es claro que el convenio arbitral está incluido en una cláusula no negociada individualmente, sometida por tanto al art. 10 bis LCU. Y esa cláusula ha de considerarse nula de pleno derecho, por abusiva, no sólo porque está incluida en el elenco de cláusulas abusivas de la DA 1ª LCU (nº 26), sino porque supone un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que perjudica gravemente al consumidor, por varios motivos: porque impide al consumidor acudir a la jurisdicción ordinaria o a una institución arbitral con garantías de imparcialidad; porque obliga al consumidor a acudir a defenderse a una localidad lejana a su domicilio, lo que unido a la baja cuantía de las reclamaciones dificulta las posibilidades de defensa; y porque se le impone al consumidor la carga de soportar la indemnización que corresponda a favor de la empresa, pues se obliga a abonar los costes del proceso arbitral a quien haya perdido el litigio (el consumidor). Además, apoya su fallo en las citadas sentencias del TJCE. En esta misma dirección se expresa, también, el AAP Barcelona, de 11 abril 1996 (AC 2006, 349).

La posición de la Audiencia Provincial de Madrid es justamente la contraria: procede dictar auto de despacho de ejecución del laudo. De ella queda constancia, entre otros, en los Autos de 25 octubre 2005 (JUR 2006, 36092), 8 noviembre 2005 (JUR 2006, 28893), y 31 marzo 2006 (JUR 2006, 175312), en el que hace una enumeración de todas las resoluciones que ha adoptado en ese mismo sentido. Su tesis queda reflejada con claridad en el siguiente extracto de la SAP Madrid, de 18 octubre 2005 (JUR 2005, 252068). “El Juez debe despachar ejecución en todo caso, siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales, si el título ejecutivo no adolece de alguna irregularidad formal, y sean conformes con la naturaleza y contenido del título, los actos de ejecución que se solicitan. Lo que no procede es analizar de oficio y en ausencia de toda alegación por la parte, la validez o nulidad del convenio arbitral y denegar el despacho de ejecución, razonando que el convenio arbitral es nulo porque, por vía indirecta, implica la imposición a la parte del sometimiento a los órganos jurisdiccionales de distintos a los que pudieran corresponderle por su domicilio, y que las costas del arbitraje sean de mayor entidad que la mitad de la cuantía económica que se ventila, pues dichas cuestiones sólo podrían haberse hecho valer, en su caso y si procede, en el propio arbitraje o en el recurso de anulación, y, si no fuere posible, en la oposición a la ejecución de aquel. De otro modo se infringen los principios dispositivos y de aportación de parte, y los preceptos establecidos en la LECiv reguladores del despacho de ejecución. La denegación del despacho de ejecución no puede fundarse en cuestiones de fondo, y si quien ejercita una acción ejecutiva, presenta un título regularmente constituido en su aspecto formal, los actos solicitados son conformes con la naturaleza y contenido del título y se cumplen los demás presupuestos legales, se debe despachar ejecución” (FJ 5º).

En conclusión, la doctrina jurisprudencial no es uniforme, y aunque desde el punto de vista teórico existen apoyos (a mi juicio, suficientes), para permitir al juez denegar de oficio el despacho de la ejecución, lo mejor sería que *de lege ferenda* se conceda expresamente al juez la facultad de entrar de oficio a conocer la nulidad del laudo, por nulidad de la cláusula de sumisión, incluso en fase de ejecución⁷⁶.

⁷⁶ Esta es una de las conclusiones alcanzadas en el Seminario organizado por el CGPJ, antes citado.

Todo lo que acaba de exponerse es válido cuando la cláusula de sumisión a arbitraje privado puede calificarse como cláusula no negociada individualmente, por haber sido predispuesta por el empresario e impuesta al consumidor.

¿Qué sucede, sin embargo, cuando la cláusula arbitral no es una cláusula no negociada individualmente? Así sucederá cuando no ha sido predispuesta por el empresario, o no ha sido impuesta al consumidor, sino que es fruto de una negociación real entre ambas partes. En tal caso, la cláusula no podrá ser nula por abusiva, pues no cabe la aplicación del control de contenido previsto en el art. 10 bis LCU. El convenio arbitral será válido, y no podrá ser atacado, ni mediante la acción de anulación, ni en fase de ejecución del laudo. Cosa distinta es que pueda denegarse la ejecución del laudo por imparcialidad de los árbitros, si fuera el caso⁷⁷.

41. El arbitraje de consumo en la futura Ley de mejora de protección de los consumidores.

El Proyecto de Ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios⁷⁸ introduce varias novedades en materia de arbitraje de consumo. Dos de ellas son especialmente importantes.

En primer lugar, se deroga el art. 10.4 LCU (art. 1.3 del Proyecto). El citado art. 10.4 LCU establece lo siguiente “Los convenios arbitrales establecidos en la contratación a que se refiere este artículo serán eficaces si, además de reunir los requisitos que para su validez exigen las leyes, resultan claros y explícitos. La negativa del consumidor o usuario a someterse a un sistema arbitral distinto del previsto en el artículo 31 de esta Ley no podrá impedir por sí misma la celebración del contrato principal”. La derogación de esta norma es acertada, pues una vez que la DA 1ª.26 LCU considera abusivas las cláusulas de sumisión a un arbitraje distinto del de consumo, carece de sentido mantener un precepto como el art. 10.4 LCU⁷⁹.

En segundo lugar, se introduce un nuevo apartado 4 al art. 31 LCU (art. 1.8 del Proyecto), con el siguiente texto: “Los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo previsto en este artículo, sólo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector un supuesto específico. Los convenios arbitrales pactados contraviniendo lo dispuesto en el párrafo precedente serán nulos”.

La justificación de la reforma es, según la Exposición de Motivos (apartado VII), la siguiente: “Por otro lado, también se ha constatado la ineficacia del artículo 10.4 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, para prevenir la imposición al consumidor de arbitrajes distintos del Sistema Arbitral de Consumo. Esto justifica la modificación que ahora se realiza, suprimiendo este precepto y

⁷⁷ PICÓ I JUNOY, “El abuso del arbitraje...”, *cit.*, pp. 1435.

⁷⁸ Publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, num. 83-1, de 31 de marzo de 2006.

⁷⁹ A. CARRASCO PERERA (Dir.), *El Derecho de consumo...*, *cit.*, pp. 279, a quien sigue J. CADARSO PALAU, “Disposición adicional...”, *cit.*, pp. 564.

reconduciendo, en el artículo 31, los pactos de sumisión al momento en el que el consumidor puede evaluar correctamente el alcance de la decisión que, en la mayor parte de los casos, se ve obligado a adoptar, y que es aquél en el que surge la controversia. Se eleva con ello la protección del usuario ante fórmulas arbitrales no siempre lícitas y se garantiza la no renuncia previa a los derechos reconocidos legalmente. Esta regla se completa con la determinación de la nulidad de los pactos suscritos contraviniéndola, en aplicación de las previsiones de la propia Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios sobre la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por la ley al consumidor. La tipificación de su vulneración, como infracción de consumo, se deduce claramente del artículo 34, apartado 11, según la modificación efectuada por esta norma, en el que se califica como tal el incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en esta ley y disposiciones que la desarrollen”.

De este precepto destaca, en primer lugar, la incorrecta numeración del apartado que introduce, que debe ser el 5 y no el 4, pues el art. 31 LCU ya tiene un apartado 4, añadido por la Ley 22/2003, Concursal.

La finalidad de la norma propuesta es clara: prohibir el sometimiento a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo de cuestiones litigiosas futuras cuando una de las partes del convenio es un consumidor. La norma obedece a dos razones. En primer lugar, a la constatación de que el consumidor está desprotegido cuando la cláusula arbitral no puede reputarse como una cláusula no negociada individualmente. Como en este supuesto no existe un control de contenido, no podrá calificarse la cláusula como abusiva, por lo que el convenio arbitral así estipulado será válido. A ello se une que en los últimos años las empresas implicadas en la celebración de arbitrajes privados introducen en los contratos una clara distinción entre el contrato de consumo (normalmente, de telefonía) y el convenio arbitral, de modo que el consumidor debe firmar por separado estos dos documentos. De este modo el convenio arbitral tiene apariencia de haber sido negociado individualmente, y con ello lo que se consigue es excluir la aplicación de la normativa sobre cláusulas abusivas, para dar validez en todo caso al convenio arbitral⁸⁰.

Pero existe otra importante razón para introducir una norma de este tipo: adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Recomendación 98/257/CE, de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, sobre la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo. Esta Recomendación establece que “la adhesión del consumidor al procedimiento extrajudicial no podrá ser resultado de un compromiso anterior al surgimiento de un desacuerdo, cuando dicho compromiso tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir a los órganos jurisdiccionales competentes para la solución judicial del litigio”. La regla general (art. 9.1 LA) es que en el convenio arbitral las partes deciden someter a unos terceros (los árbitros) la resolución de unas controversias que han surgido (presentes) o que puedan surgir (futuras). Si esto es admisible para el arbitraje ordinario, cuando una de las partes es un consumidor la Recomendación aconseja prohibir los convenios arbitrales relacionados con controversias jurídicas

⁸⁰ Sobre la frecuente utilización de estos métodos, para conseguir la inaplicación del art. 10 bis LCU, v. J. CHECA BRAVO, “Arbitraje con consumidores administrado por entidades ajenas al sistema arbitral de consumo (Incidencia del anteproyecto de Ley-2005 de Mejora de la LGDCU en el arbitraje de consumo)”, *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, 2006, nº 2, pp. 279.

futuras. Se pretende con ello evitar situaciones de indefensión del consumidor, que mediante el convenio arbitral se ve privado de su derecho a recurrir a los órganos jurisdiccionales competentes.

Obsérvese, sin embargo, que la norma propuesta no impide al consumidor celebrar válidamente un convenio arbitral para dirimir una controversia futura. Sí podrá hacerlo, pero únicamente cuando se trata de un arbitraje de consumo (no, en cambio, para un arbitraje privado distinto). Por lo tanto, la norma proyectada no respeta fielmente la Recomendación de la Comisión. En cualquier caso, como el arbitraje de consumo es “unidireccional”, en el sentido de que sólo el consumidor está legitimado para iniciar el correspondiente procedimiento arbitral, la solución propuesta se acerca bastante al criterio de la Recomendación⁸¹.

En definitiva, esta nueva norma no altera el régimen jurídico del convenio arbitral de sumisión a arbitraje distinto del de consumo incluido en condiciones generales de la contratación. Esa cláusula arbitral era nula, por abusiva (DA 1ª, nº 26 LCU), y ahora además será nula por el nuevo art. 31.5 LCU. La importancia de la norma es que ahora también será nula esa cláusula arbitral aunque no pueda calificarse como cláusula no negociada individualmente. Hasta la fecha, esa cláusula no estaba sometida al control de contenido (art. 10 bis LCU), por lo que era, en principio, una cláusula válida. Con la norma que ahora se pretende incorporar al art. 31 LCU esa cláusula también será nula.

El precepto proyectado, sin embargo, es insuficiente, pues no resuelve la situación de desprotección del consumidor en fase de ejecución de laudo (ya expuesta en el apartado anterior). El juez ante el que se solicite la ejecución del laudo podrá denegar el despacho de su ejecución con los argumentos ya mencionados (en el epígrafe 40); en este ámbito la norma proyectada no introduce ningún argumento adicional. Esto para el caso de que el convenio arbitral sea una cláusula no negociada individualmente. Porque si no lo es, evidentemente el nuevo art. 31.5 LCU sí servirá al juez para denegar la ejecución (si se admite que el juez puede, de oficio, apreciar la nulidad del convenio arbitral).

42. El arbitraje de consumo en la nueva LCU.

La DF 4ª de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo, habilitó al Gobierno para que, en el plazo tres años, procediera a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos. Con el fin de cumplir con ese mandato, existe un Borrador del Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, fechado el 1 de marzo de 2006, que incorpora a su articulado el contenido de determinadas leyes especiales en materia de protección del consumidor (Leyes 26/1991, 22/1994, 21/1995 y 23/2003, y parte de la Ley 7/1996).

⁸¹ J. CHECA BRAVO, “Arbitraje con consumidores...”, *cit.*, pp. 275.

En materia de arbitraje de consumo, el Borrador de Texto refundido incluye dos preceptos, que por su interés se transcriben íntegramente:

“Artículo L.132.1. Sistema Arbitral del Consumo (artículo 31.1 y 3 de la LGDCU)

1. El Sistema Arbitral del Consumo, en los términos que el Gobierno establezca reglamentariamente, resolverá, sin formalidades especiales y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las controversias que surjan como consecuencia de las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios. Reglamentariamente podrá establecerse la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje de derecho.

2. No podrán resolverse a través del Sistema Arbitral de Consumo las reclamaciones o quejas de los consumidores y usuarios en las que concurra intoxicación, lesión o muerte, o existan indicios racionales de delito

3. Los órganos arbitrales estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas”.

“Artículo L.132- 2. Sometiendo al Sistema Arbitral de Consumo (art. 31. 2 y 4 de la LGDCU y artículo 9.3 de la Ley de arbitraje)

1. El sometimiento de las partes al sistema arbitral de consumo será voluntario y deberá constar expresamente, por escrito o en cualquier otra forma admitida legalmente que permita tener constancia del acuerdo.

2. Quedarán sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de sometimiento al arbitraje de consumo formalizados por quienes sean declarados en concurso de acreedores. A tal fin, el auto de declaración de concurso será notificado al órgano a través del cual se hubiere formalizado el convenio y a la Junta Arbitral Nacional, quedando desde ese momento el deudor concursado excluido a todos los efectos del sistema arbitral de consumo”.

Además, el Artículo L.221.1, relativo a los “requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente” (artículo 10, apd. 1,2, 3 y 4 LGDCU; art. 5.4 LCGC), incluye un apartado 4 con el siguiente contenido: “No serán vinculantes para el consumidor los pactos de sumisión a arbitrajes distintos al de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico”. Como puede observarse, esta última norma guarda una gran similitud con el proyectado art. 31.4 (*rectius*, 5) de la LCU, en la redacción dada por el Proyecto de Ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

43. Nuevos Estatutos de Autonomía y arbitraje de consumo.

El Tribunal Constitucional ha establecido que el art. 31 LCU es constitucional. La STC 15/1989, de 26 de enero (RTC 1989, 15) declaró que “el establecimiento de un sistema general de arbitraje es materia que incuestionablemente ha sido atribuida a la competencia exclusiva del Estado (arts. 149.1.6 y 8 CE), por lo que ninguna tacha de inconstitucionalidad cabe oponer” (FJ 9º). Desarrollando esta doctrinal, la STC 62/1991, de 23 de marzo (RTC 1991, 62), declaró nulos el párrafo 2º del art. 31 de la Ley 12/1984, de 28 de diciembre, que aprueba el Estatuto Gallego del consumidor y Usuario, y ciertos preceptos del Decreto de la Junta de Galicia 37/1985, de 7 de marzo,

de creación de la Comisión Consultiva de Consumo, por atentar en materia de arbitraje a las competencias del Estado sobre legislación mercantil, procesal y civil.

En un desorbitado afán expansionista, guiado con el fin de acaparar más y más competencias, el Parlamento de Cataluña aprobó una Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que entró en el Congreso de los Diputados en octubre de 2005⁸². En materia de arbitraje de consumo, la citada Propuesta incluye un art. 123.c) con el siguiente texto: “corresponde a la Generalidad la competencia exclusiva en materia de consumo, que incluye... la regulación de los órganos y los procedimientos de arbitraje en materia de consumo”. Esta regulación desborda la doctrina del TC sentada en las sentencias citadas. Esta redacción, sin embargo, no se ha mantenido. En efecto, la redacción final del Estatuto de Autonomía, tras su tramitación en el Congreso y en el Senado⁸³, incluye únicamente un art. 49, que con el título de “Protección de los consumidores y usuarios”, establece que “los poderes públicos deben garantizar la existencia de instrumentos de mediación y arbitraje en materia de consumo, promoviendo su conocimiento y utilización”. Ninguna tacha de inconstitucionalidad cabe hacer a esta norma.

En una situación similar se encuentra la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía, en la redacción que la Propuesta tiene tras su aprobación por el Parlamento de Andalucía y posterior remisión al Congreso de los Diputados. Su art. 57.2.6º dispone que “corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia exclusiva en materia de defensa de los derechos de consumidores, *regulación del arbitraje*, información y educación en el consumo y aplicación de reclamaciones”⁸⁴ (la cursiva es mía). Habrá que esperar a su tramitación en el Congreso de los Diputados, para comprobar si este precepto se modifica o no.

⁸² Publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, núm. 210-1, de 21 de octubre de 2005.

⁸³ Puede consultarse en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, núm. 210-15, de 31 de marzo de 2006.

⁸⁴ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, núm. 246-1, de 12 de mayo de 2006.