

Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos

Manuel Jesús Marín López*
Profesor Titular de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo**
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El arbitraje de consumo.
 - A. Regulación y caracteres.
 - B. La necesaria reforma del sistema arbitral de consumo.
 - C. El arbitraje de consumo en la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de protección de los consumidores y usuarios.
 - D. La “desprotección” del consumidor en la fase de ejecución del laudo.
 - E. La STC 352/2006 y sus efectos en el arbitraje de consumo.
- III. La mediación de consumo.
- IV. El Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo y la mediación en el procedimiento arbitral.

TEXTO

I. Introducción.

En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución, el legislador español ha dictado una ingente cantidad de normas que confieren una tutela específica al consumidor en aquellas situaciones en las que actúa manifiestamente en condiciones de inferioridad respecto al empresario. La norma básica es, evidentemente, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LCU), Ley que ha sido desarrollada por multitud de Reales Decretos y órdenes ministeriales.

Además, con la finalidad –en la mayoría de los casos- de incorporar Directivas comunitarias, se han dictado muchas normas en diferentes sectores materiales de regulación: aparatos de uso doméstico (RD 58/1988), aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico –la llamada “multipropiedad” (Ley 42/1998), condiciones generales de la contratación (Ley 7/1998), comercio electrónico (Ley 34/2002), contratos celebrados a distancia (Ley 47/2002, que modifica la Ley 7/1996, que contiene la regulación de los contratos a distancia), contratos celebrados fuera de establecimiento (Ley 26/1991), crédito al consumo (Ley 7/1995), garantías en la venta

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

** www.uclm.es/cesco

de bienes de consumo (Ley 23/2003), precios de productos y servicios (RD 3423/2000), responsabilidad por productos defectuosos (Ley 22/1994), seguridad de los productos (RD 1801/2003), talleres de reparación de vehículos (RD 1457/1986), transferencias transfronterizas (Ley 9/1999), venta ambulante (RD 1010/1985), venta a plazos (Ley 28/1998), viajes combinados (Ley 21/1995), vivienda (Ley 57/1968 y RD 515/1989), etc.

A ellos hay que añadir aquellos otros sectores de la contratación en los que la protección que se otorga a la parte más débil no deriva de su condición de consumidor (destinatario final del bien o servicio), sino que la norma le protege, sin más, por su condición de contratante, o de persona relacionada de un determinado modo con el profesional. Se trata, pues, de sectores enteramente “consumerizados”. Así sucede, por ejemplo, en materia de arrendamientos urbanos (Ley 29/1994), vivienda (Ley 38/1999), telecomunicaciones (Ley 32/2003), energía (Ley 54/1997), salud (Ley 14/1986), publicidad (Ley 34/1988), productos alimenticios (RD 1334/1999), o protección de la clientela bancaria (Circular 8/1990 del Banco de España, y Orden de 12 de diciembre de 1989).

A la normativa estatal hay que sumar la labor que en este ámbito vienen desempeñando las Comunidades Autónomas. Hoy prácticamente todas las Comunidades Autónomas han asumido la competencia exclusiva en materia de protección del consumidor, y amparadas en ese título han dictado sus respectivas Leyes autonómicas de protección del consumidor o sus Estatutos del Consumidor. La profusión legislativa autonómica en esta materia es extraordinaria, pues se han dictado Decretos autonómicas que regulan los derechos del consumidor en aspectos tan variados como la prestación de servicios a domicilio, las hojas de reclamaciones, los centros privados que imparten enseñanzas no oficiales, la prestación de servicios funerarios, la prestación de servicios por talleres de reparación de vehículos automóviles, la regulación de sus derechos en el servicio de suministro de gasolinas y gasóleos de automoción en instalaciones de venta al público, o la prestación del servicio de grúas de vehículos automóviles.

Conforme a lo expuesto, puede afirmarse que la tutela jurídica del consumidor español es más que razonable. Sin embargo, no basta con “conceder” derechos al consumidor. Es necesario establecer mecanismos adecuados para que el consumidor los pueda “hacer valer”. Es evidente que el consumidor puede ejercitar esos derechos por la vía judicial. Sin embargo, esta vía es insatisfactoria para el consumidor, por varias razones. Por una parte, los procesos judiciales no son, por lo general, adecuados para solventar controversias de escasa cuantía económica. El consumidor renunciará a la realización judicial de su derecho cuando compruebe que son mayores los costes totales del proceso que su interés en el pleito. Además, también en este ámbito se pone de manifiesto la situación de inferioridad del consumidor respecto al empresario. El empresario celebra contratos en masa, con posibilidad de prepararse anticipadamente ante cualquier reclamación, de ordinario asesorado por profesionales del derecho y con capacidad de internalizar los costes de toda posible demanda para repartirlos en los precios de los productos finales. Por el contrario, para el consumidor la lesión de su interés tiene un carácter imprevisto, que le obliga a reaccionar con rapidez, debiendo buscar consejo en personas extrañas. En definitiva, la vía judicial es lenta y puede causar costes económicos al consumidor.

Dadas las limitaciones de la tutela judicial de los derechos del consumidor, se hace necesario el establecimiento de un sistema llamado a permitir un más ágil y barato acceso de los consumidores a la justicia. Ha de tratarse de un sistema extrajudicial, que posibilite la resolución de las controversias jurídicas al margen de los jueces, y que tome en consideración las peculiaridades de los consumidores.

II. El arbitraje de consumo.

A. Regulación y caracteres.

El arbitraje es un sistema extrajudicial de resolución de conflictos, en virtud del cual las personas deciden someter, previo acuerdo, la solución de una cuestión litigiosa actual o futura a la decisión de tres árbitros.

En el derecho español el arbitraje de consumo está regulado en la propia Ley 26/1984, en concreto, en su artículo 31, modificado en dos ocasiones en los últimos años con el fin de introducir dos nuevos apartados, el cuarto y el quinto, por las Leyes 22/2002, de 9 de julio, Concursal, y 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de protección de los consumidores y usuarios. El artículo 31 LGDCU ha sido desarrollado por el RD 636/1993, de 3 de mayo, de arbitraje de consumo (en adelante, RDAC). En cualquier caso, se aplica con carácter supletorio la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA), según se dispone en el artículo 1.3 y DA Única de la misma, y en el artículo 1 del propio RDAC¹.

Las principales características del sistema arbitral de consumo son las siguientes:

- Es un arbitraje administrado. Las Juntas Arbitrales de Consumo, que dependen de las Administraciones Públicas, son las encargadas de la administración de este arbitraje. Toda la estructura del arbitraje de consumo la sufraga la Administración.

- Es un arbitraje voluntario. Las dos partes deciden voluntariamente someterse al mismo mediante convenio arbitral. Además de las dos formas previstas de celebrar el convenio arbitral contempladas en la LA (convenio *ad hoc*, y convenio como cláusula incorporada al contrato principal), existen otras dos modalidades específicas del arbitraje de consumo: i) si el empresario reclamado ha realizado ante una Junta Arbitral una oferta pública de sometimiento a arbitraje (OPSA), la simple presentación por el consumidor de la solicitud de arbitraje ante la Junta Arbitral perfecciona el convenio arbitral (art. 6.1 RDAC); ii) si el empresario no está adherido al sistema arbitral de consumo, el consumidor puede presentar una solicitud de arbitraje a la Junta Arbitral, y ésta se la notificará al empresario reclamado, quien podrá aceptarla o rechazarla en el plazo de quince días hábiles, a contar desde la recepción de la notificación (art. 9.1 RDAC). La respuesta positiva supone la perfección del convenio arbitral.

- Es un arbitraje gratuito. Esta es una de las claves del éxito del arbitraje de consumo en España, pues los únicos gastos que habrán de costear las partes serán los ocasionados por la práctica de las pruebas acordadas a su instancia (art. 13.3 RDAC);

¹ Aunque en realidad este precepto considera que el arbitraje de consumo se regirá, en lo no previsto en el Real Decreto, por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, que era la Ley de Arbitraje vigente en el momento de publicación del RDAC. Evidentemente, la referencia debe entenderse realizada ahora a la Ley 60/2003.

las acordadas de oficio las sufraga la Administración de la que depende la Junta Arbitral (art. 13.2 RDAC). La gratuidad del arbitraje obedece a una fuerte apuesta de las Administraciones Públicas por potenciar el arbitraje de consumo. Por tanto, el carácter gratuito dependerá, en buena medida, de hasta qué punto estén dispuestas las Administraciones Públicas a invertir en el éxito de este mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos.

- Es un arbitraje de equidad, salvo que las partes decidan someterse a un arbitraje de derecho. El RDAC no dispone expresamente que se trate de un arbitraje de equidad, pero se deduce *a sensu contrario* de su artículo 11.3. Por si quedaba alguna duda, 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”. El juicio de equidad es un juicio personal, subjetivo y de pleno arbitrio que descansa en el leal saber y entender de los árbitros. Este juicio no supone arbitrariedad, pues los árbitros han de decidir de acuerdo con las circunstancias sociales, culturales, económicas, etc., presentes en el entorno en el que se produce el conflicto.

- Es un arbitraje rápido y sin formalidades excesivas. El arbitraje de consumo se realiza con sujeción a los principios de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes. El procedimiento se caracteriza por su absoluta flexibilidad. El único trámite obligatorio es el dar audiencia a las partes (art. 12 RDAC). Se prevé, además, que los árbitros puedan conceder una segunda audiencia a las partes una vez practicadas las pruebas (art. 13.4 RDAC). En todo caso, el procedimiento puede ser tan complejo como lo exija la cuestión litigiosa y lo quieran los árbitros.

- Es unidireccional, en el sentido de que sólo cabe arbitraje cuando la reclamación la formula el consumidor contra el empresario. El empresario no puede “demandar” al consumidor en arbitraje. Que sea unidireccional no impide que el empresario demandado pueda, además de defenderse, formular él también sus pretensiones contra el consumidor (reconvención).

B. La necesaria reforma del sistema arbitral de consumo.

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. Por otra parte, el sistema español, con sus luces y sus sombras, ha servido de modelo a otros países, habida cuenta de la amplia implantación del arbitraje de consumo en nuestro territorio, y de las enormes ventajas que el mismo ha traído a empresarios y consumidores. Incluso dentro de nuestro propio ordenamiento jurídico la regulación del arbitraje de consumo ha sido tomada como referente a la hora de regular el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad, contemplado en el Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre.

Sin embargo, los operadores jurídicos han constatado que el RDAC, muy útil en la fecha de su promulgación, precisa de una profunda reforma. Ello obedece a dos

razones. En primer lugar, a que existen cuestiones mal resueltas por el RDAC o, lo que es todavía más frecuente, a que hay aspectos no regulados en el RDAC y que la práctica ha demostrado que precisan de tratamiento jurídico. En segundo lugar, a que la aplicación supletoria de la Ley 60/2003, de Arbitraje, al arbitraje de consumo puede resultar complicada, o al menos perturbadora.

En cuanto a la primera razón, el transcurso de los años y la aplicación por las Juntas Arbitrales y los colegios arbitrajes del RDAC ha puesto de manifiesto que la normativa vigente ha quedado desfasada o precisa ser mejorada o completada. Por ejemplo, conviene aclarar qué materias son susceptibles de arbitraje (¿sólo las de origen contractual o también los daños extracontractuales?); si pueden ejercitarse por vía arbitral de consumo las acciones de cesación, y las acciones colectivas o difusas; ¿son válidas las OPS que contienen limitaciones tan importantes que en realidad casi todas las posibles reclamaciones del consumidor no pueden solventarse vía arbitral (como, por ejemplo, la OPS de Telefónica)?; la competencia territorial de las distintas Juntas Arbitrales, que en muchas ocasiones se superpone (de Comunidad Autónoma, Provincial, municipal), sin que existan criterios claros para determinar qué Junta Arbitral es competente; cuál es la eficacia temporal de las OPS (si debe ser retroactiva o no, afectando a los contratos ya celebrados); ¿cabe la acumulación de procedimientos arbitrales?; ¿debe existir un órgano supervisor del sistema arbitral de consumo, que permita una cierta unificación, homogeneidad o unidad de criterio a las Juntas Arbitrales de Consumo?

La segunda razón que hace necesaria una modificación del arbitraje de consumo tiene que ver con la aplicación supletoria a este tipo de arbitraje de la Ley 60/2003, de arbitraje. En muchos ámbitos la aplicación supletoria de esta ley no resulta nada fácil. 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.

¿Cuándo se aplica la Ley de Arbitraje al arbitraje de consumo? En algunos casos su aplicación 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 consumo². 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

² S. DÍAZ ALABART, “El arbitraje de consumo y la nueva Ley de Arbitraje”, *Act. Civ.*, 2005-1, pp. 1292.

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.

Conforme a lo expuesto, no se aplican al arbitraje de consumo los preceptos de la LA que facultan a las partes para designar el número de árbitros y el procedimiento para nombrarlos o sustituirlos (arts. 12, 15 y 20.1), para designar el lugar del arbitraje (art. 26.1), para elegir el idioma en el que se llevará a cabo el arbitraje (art. 28.1); la aceptación de los árbitros (art. 16; los árbitros de consumo han aceptado su nombramiento con carácter previo, cuando admiten formar parte de las listas de posibles árbitros); sobre la posibilidad de exigir una provisión de fondos a las partes (art. 21.2), etc. Sí se aplican, en cambio, los preceptos que permiten dictar un laudo parcial (art. 37.1); que regulan qué sucede con las actuaciones practicadas antes de la sustitución de un árbitro (art. 20.2); que obligan a los árbitros y a las partes a guardar confidencialidad (art. 24.2); o que permiten a los árbitros realizar determinadas actuaciones fuera del lugar en el que se desarrolla el arbitraje (art. 26.2).

En cuanto a la intervención judicial en el arbitraje (art. 8 LA), en el arbitraje de consumo en ningún caso es posible el nombramiento judicial de árbitros que en determinados casos impone el artículo 15 LA. Sí se aplica, en cambio, lo previsto en relación con la asistencia judicial para la práctica de pruebas (art. 33 LA) y con la adopción de medidas cautelares por los jueces o por los propios árbitros (arts. 11.3 y 23.1 LA, respectivamente).

El Instituto Nacional de Consumo ha sido consciente de que la reforma del RDAC era necesaria, y ha impulsado la misma. El INC constituyó en el año 2005 un Grupo de Trabajo de Arbitraje, del que formaban parte, entre otros, representantes de todas las Comunidades Autónomas, que en junio de 2006 presentó un Borrador de Regulación de la Mediación y el Arbitraje de Consumo.

La necesidad de modificar el arbitraje de consumo tiene plasmación expresa en la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de protección de los consumidores y usuarios. La Disposición final 6ª de esta Ley, cuya rúbrica es “regulación del Sistema Arbitral del Consumo”, establece en su apartado primero que “en el plazo de un año, desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno, contando con el parecer de las Comunidades Autónomas a través de la Conferencia Sectorial de Consumo y con audiencia del Consejo de Consumidores y Usuarios, dictará una nueva regulación del sistema arbitral de consumo, regulando también el arbitraje virtual”. La norma es importante, no sólo porque marca el límite temporal en el que ha de dictarse una nueva regulación sobre la materia, sino porque precisa el rango normativo que ha de tener esta nueva reglamentación. Durante bastante tiempo las autoridades responsables en materia de consumo han dudado si la nueva normativa debía dictarse con rango de Real Decreto, como sucede actualmente, o debía alcanzar el rango de Ley. La Ley 44/2006, al expresar que “el Gobierno... dictará una nueva regulación”, aclara que se ha optado por la primera de las posibilidades: mantener para la nueva norma el rango de Real Decreto.

Sobre la base del Borrador de Regulación, y con varias e importantes modificaciones, en marzo de 2007 se ha concluido el Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo y la mediación en el procedimiento

arbitral. Las notas más destacadas de esta propuesta serán analizadas en el último epígrafe de este trabajo.

C. El arbitraje de consumo en la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de protección de los consumidores y usuarios.

La Ley 44/2006, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios introduce cuatro novedades en materia de arbitraje de consumo.

En primer lugar, se deroga el artículo 10.4 LCU (art. 1.3 de la Ley 44/2006). El citado artículo 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 citado³.

En segundo lugar, se modifica el artículo 61.3 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Este precepto, después de establecer en su apartado segundo que las partes podrían “someter voluntariamente sus divergencias a decisión arbitral en los términos del artículo 31 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y sus normas de desarrollo”, indicaba que “en cualquier caso, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, también podrán someter a arbitraje las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materia de su libre disposición conforme a derecho, en los términos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje”. Este apartado 3 se sustituye por el siguiente: “En cualquier caso, y salvo aquellos supuestos en que la legislación de protección de los consumidores y usuarios lo impida, también podrá someter a arbitraje las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materia de libre disposición conforme a derecho, en los términos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje”. Esta modificación es congruente con el nuevo artículo 31.5 LGDCU, y con ella se quiere destacar que las controversias jurídicas entre la entidad aseguradora y el consumidor pueden resolverse extrajudicialmente mediante el arbitraje general regulado en la Ley 60/2003, pero siempre que el convenio arbitral se pacte una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes.

La tercera referencia al arbitraje de consumo se realiza en la Disposición Final 6ª. En su apartado primero se concede al Gobierno el plazo de un año, desde la entrada en vigor de la Ley (el 31 de diciembre de 2006, que es el día siguiente a la publicación en el BOE de la Ley, según indica la DF 11ª), para dictar una nueva regulación del sistema arbitral de consumo, regulando también el arbitraje virtual. Esta DF 6ª no existía en el Proyecto de Ley⁴, y fue introducida durante la tramitación parlamentaria en

³ A. CARRASCO PERERA (Dir.), *El Derecho de consumo en España: presente y futuro*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 2002, pp. 279.

⁴ Publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 83-1, de 31 de marzo de 2006.

el Congreso de los Diputados, teniendo ya esa redacción en el Informe de la Ponencia⁵, y también en el texto que aprueba la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso con competencia legislativa plena⁶. La norma tiene su importancia por varias razones. Por una parte, porque atribuye al Gobierno la obligación de dictar una nueva regulación, fijando para ello un plazo máximo de un año. Es evidente que el plazo no podía ir más allá de un año, pues salvo adelanto electoral las próximas elecciones generales son en marzo de 2008, y es claro que la voluntad del legislador es que la nueva reglamentación sobre arbitraje de consumo se produzca antes de esa fecha. Por otra parte, se aclara el rango normativo que ha de tener la futura regulación. La utilización de la expresión “el Gobierno... dictará” despeja las dudas sobre esta cuestión, haciendo ver que se tratará de un nuevo Real Decreto que sustituirá al hasta ahora vigente de 1993. Añade, además, que en esa futura norma habrá de regularse el arbitraje virtual, sin especificar qué se entiende por “arbitraje virtual”.

En su paso por el Senado esta Disposición Final 6ª ha sido modificada, añadiendo dos nuevos apartados (segundo y tercero)⁷. El apartado segundo dispone que “reglamentariamente se determinarán los supuestos en que podrá interponerse reclamación ante la Junta Arbitral Nacional frente a las resoluciones de las juntas arbitrales territoriales sobre admisión o inadmisión de las solicitudes de arbitraje”. Según la justificación que acompaña la presentación de la enmienda, “la previsión de impugnación de las resoluciones de las Juntas Arbitrales, no prevista en la LGDCU ni en el actual Real Decreto puede requerir el rango de Ley”. Discrepo de este parecer, pues no hay razón alguna para establecer esa habilitación reglamentaria en una norma con rango de ley. Distinto es lo que sucede con el apartado tercero, según el cual “reglamentariamente se establecerán los supuestos en que actuará un árbitro único en la administración del arbitraje de consumo”. Y ello porque el artículo 31.3 LGDCU dispone que “los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias”. De este precepto se deduce que en todo colegio arbitral deben estar representados estos tres sectores; en consecuencia, que el colegio arbitral debe estar compuesto por tres árbitros. Evidentemente, es necesario que una norma con rango de ley prevea la posibilidad de colegios arbitrales unipersonales, y eso es precisamente lo que hace la DF 6ª.3 de la Ley 44/2006.

La cuarta novedad introducida por la Ley 44/2006 en relación con el arbitraje de consumo es, sin lugar a dudas, la más importante. El artículo 1.9 de la citada Ley introduce un nuevo apartado 4 al artículo 31 LCU, 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,

⁵ Publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 83-9, de 3 de octubre de 2006. Aunque en este Informe consta como Disposición final cuarta ter

⁶ Publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 83-11, de 17 de octubre de 2006. Consta ya como Disposición final sexta.

⁷ El texto de estos nuevos apartados tiene su origen en la enmienda núm. 17, presentada en el Senado por el Grupo Parlamentario Socialista. El texto de la enmienda ha sido publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, VIII Legislatura, Serie II, Proyectos de Ley, núm. 73 (c), de 8 de noviembre de 2006.

salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o 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 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 artículo 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:

a) 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. Es evidente que si la sumisión a arbitraje distinto del de consumo se realiza en condiciones generales de la contratación o se trata de una cláusula predispuesta no negociada individualmente, la cláusula será nula, por no superar el control de contenido (cláusula nº 26 de la DA 1ª LGDCU). Pero la cláusula será válida si ha sido expresamente pactada, y no impuesta. Y lo cierto es 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 arbitral⁸.

⁸ 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

b) En segundo lugar, la Recomendación 98/257/CE, de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, sobre la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, aconseja prohibir los convenios arbitrales relacionados con controversias jurídicas futuras. En efecto, 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 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) o cuando se trata de sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector específico (por ejemplo, telecomunicaciones). En todo caso, interesa destacar que el artículo 31.5 LGDCU 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 Recomendación⁹.

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 artículo 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, y en consecuencia, aunque no se aplique el artículo 10 bis LGDCU.

D. La “desprotección” 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

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.

⁹ J. CHECA BRAVO, “Arbitraje con consumidores...”, *cit.*, pp. 275.

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 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 artículo 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 artículo 41.1.a) LA¹⁰. 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 2006¹¹. 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

¹⁰ Así, por ejemplo, la SAP Vizcaya, de 9 noviembre 2005 [JUR 2006, 71406] admite la acción de anulación interpuesta por el consumidor.

¹¹ Y en el que tuve la oportunidad de participar como ponente, por gentileza de la directora.

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 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 del título ejecutivo.

Para solicitar la ejecución del laudo, es necesario que una parte presente una demanda ejecutiva (con el contenido previsto en el artículo 549 LEC), y que a ella acompañe los documentos requeridos por el artículo 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 concurren 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 ejecución¹². Según este autor, ello será posible siempre que el consumidor no haya ejercitado la acción de anulación del laudo¹³. 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 NAVARRETE¹⁴, 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

¹² En “El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales”, *La Ley*, 2005-2, pp. 1433 y ss.

¹³ Si existe una sentencia de la Audiencia Provincial resolviendo esa acción de anulación, a ella habrá de estar el juez encargado de la ejecución.

¹⁴ 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.

de Arbitraje de Derecho y Equidad) existe una previa relación de asesoramiento, incompatible con la imparcialidad que a los árbitros viene exigida por la LA. Por otra, es claro que el convenio arbitral está incluido en una cláusula no negociada individualmente, sometida por tanto al artículo 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), 31 marzo 2006 (JUR 2006, 175312) y 26 octubre 2006 (JUR 2007/53650), 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 ejecución¹⁵.

¹⁵ Esta es una de las conclusiones alcanzadas en el Seminario organizado por el CGPJ, antes citado.

La aprobación de una Ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios hacía albergar esperanzas de que la “desprotección” del consumidor en la fase de ejecución del laudo sería solventada. La realidad, sin embargo, ha sido muy distinta, pues el nuevo artículo 31.5 LGDCU no se ocupa directamente de esta cuestión. Si el convenio arbitral que remite a un arbitraje distinto del de consumo se inserta como una cláusula no negociada individualmente, se tratará de una cláusula abusiva, y en consecuencia nula. Si no reúne los requisitos para calificarse como cláusula no negociada individualmente, será nula, porque así lo sanciona el artículo 31.5 LGDCU. Pero tanto en un caso como en otro falta una previsión legal expresa que faculte al juez para paralizar de oficio la ejecución solicitada por el beneficiado por el laudo.

Conviene, por último, hacer referencia a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de octubre de 2006 (TJCE 2006, 299). La Sentencia resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Madrid, mediante auto de 15 de febrero de 2005. El supuesto de hecho es el siguiente. El 2 de mayo de 2002 la Sra. Mostaza Claro celebró con Centro Móvil Milenium (en lo sucesivo “Móvil”) un contrato de abono a una línea de telefonía móvil. Dicho contrato contenía una cláusula compromisoria que sometía cualquier litigio derivado de él al arbitraje de la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (AEADE). La Sra. Mostaza incumplió una de las obligaciones que había asumido contractualmente (plazo mínimo de abono), razón por la cual Móvil inició un procedimiento arbitral ante AEADE. La Sra. Mostaza fue oportunamente emplazada en el marco del procedimiento arbitral, y presentó alegaciones en cuanto al fondo, pero no impugnó el procedimiento arbitral ni invocó la nulidad del convenio arbitral. Posteriormente, se dictó laudo desfavorable para ella.

La Sra. Mostaza interpone recurso de anulación contra el laudo, alegando que la cláusula arbitral incluida en el contrato de abono a una línea de telefonía móvil era una cláusula contractual abusiva. Habida cuenta de que esa nulidad no fue invocada en el marco del procedimiento arbitral, la Audiencia Provincial de Madrid (que es quien debe resolver el recurso de anulación del laudo) decide suspender el procedimiento y plantear al TJCE la siguiente cuestión prejudicial: “si la protección de los consumidores de la Directiva 93/13/CEE... puede implicar que el Tribunal que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral aprecie la nulidad del convenio arbitral, y anule el laudo por estimar que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva en perjuicio del consumidor, cuando esta cuestión se alega en el recurso de anulación pero no se opuso por el consumidor en el procedimiento arbitral”.

La respuesta del TJCE es clara: “la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que implica que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación”.

La cuestión que debe analizarse es si semejante doctrina puede ser utilizada igualmente cuando el juez conoce, no de un recurso de anulación del laudo, sino de la petición de ejecución del mismo. A estos efectos, ha de tenerse en cuenta que el Tribunal de Justicia ha considerado que la facultad del juez para examinar de oficio el

carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva 93/13/CE –impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva-, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores (Considerando nº 27 de la sentencia). Pues bien, este mismo argumento puede utilizarse si de un proceso de ejecución del laudo se trata. Las mismas razones que pueden llevar al juez a conocer de oficio del carácter abusivo de una cláusula en el recurso de anulación pueden permitirle juzgar su validez en sede de ejecución del laudo. Lógicamente, esta argumentación sólo puede realizarse cuando el convenio arbitral se inserta en una cláusula no negociada individualmente, pues de lo contrario la cláusula quedaría fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CE.

E. La STC 352/2006 y sus efectos en el arbitraje de consumo.

En los cursos y jornadas sobre arbitraje de consumo en los que he tenido ocasión de participar es habitual escuchar por parte de los consumidores que la “fragilidad” de este mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos radica en su carácter voluntario. El arbitraje de consumo no puede servir de vía de resolución de conflictos – se dice- si el empresario puede rechazar el arbitraje, evitando así que la controversia se resuelva por vía arbitral. Por mucho empeño que pongan las Administraciones Públicas en el funcionamiento del arbitraje de consumo, y por mucho interés que tenga el consumidor en que “su problema” se resuelva por esta vía, no hay arbitraje si el empresario no está de acuerdo en que sean los árbitros los que conozcan de esa cuestión.

Sólo hay arbitraje cuando dos sujetos voluntariamente deciden someter la cuestión litigiosa a arbitraje, esto es, cuando las partes celebran un convenio arbitral expresando su voluntad de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica. Que el arbitraje de consumo es un arbitraje voluntario se deduce con claridad del RDAC, que prevé dos modalidades específicas de celebración del convenio arbitral: i) si el empresario reclamado ha realizado ante una Junta Arbitral una oferta pública de sometimiento a arbitraje (OPSA), la simple presentación por el consumidor de la solicitud de arbitraje ante la Junta Arbitral perfecciona el convenio arbitral (art. 6.1 RDAC); ii) si el empresario no está adherido al sistema arbitral de consumo, el consumidor puede presentar una solicitud de arbitraje a la Junta Arbitral, y ésta se la notificará al empresario reclamado, quien podrá aceptarla o rechazarla en el plazo de quince días hábiles, a contar desde la recepción de la notificación (art. 9.1 RDAC). La respuesta positiva supone la perfección del convenio arbitral. En ambas hipótesis se exige un comportamiento activo del empresario para que se perfeccione el convenio, en el primer caso de carácter previo a la reclamación (la realización de una OPSA); en el segundo caso posterior a la reclamación (aceptando la solicitud de arbitraje que le presenta la Junta Arbitral).

En cualquier caso, la Ley de Arbitraje de 2003 flexibiliza, en cierto modo, la exigencia de una voluntad inequívoca de las partes de someterse a arbitraje. Después de referirse a los dos modos habituales de celebrar el convenio –como cláusula incorporada al contrato principal, o como contrato *ad hoc*- (art. 9.1 LA), y de establecer que el

convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo (art. 9.3 LA), señala que “se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra” (art. 9.5 LA). La ley parece partir del hecho de que no hay convenio arbitral por escrito, o más exactamente, de que no hay constancia de que se haya celebrado ese convenio, y de que un sujeto presenta una demanda a los árbitros, afirmando que existe convenio arbitral, los árbitros le dan traslado de la misma al demandado, y éste no niega la existencia del convenio. De estas circunstancias deduce la norma comentada que hay convenio arbitral.

El artículo 9.5 LA plantea importantes problemas interpretativos en los que ahora no puedo detenerme. En cualquier caso, resulta interesante preguntarse si esta disposición puede aplicarse al arbitraje de consumo. Es claro que las dos modalidades de celebración del convenio arbitral previstas en el artículo 9.1 LA sí pueden utilizarse para someterse al arbitraje de consumo. Pero es dudoso si el artículo 9.5 LA también es de aplicación a este arbitraje sectorial. Los problemas se plantean porque en el arbitraje de consumo la solicitud de arbitraje ha de formularse siempre ante la Junta Arbitral, y es la Junta Arbitral la que debe analizar si existe o no convenio arbitral. En consecuencia, el consumidor que formule la solicitud de arbitraje debe acompañar el convenio arbitral, si es que ya se ha celebrado (en documento independiente o como cláusula incorporada al contrato principal). En tal caso, una vez acreditada la existencia del convenio, habrá arbitraje. Si el consumidor no adjunta copia del convenio, habrá convenio arbitral si el empresario ha realizado una OPSA, o si no la ha realizado, si contesta afirmativamente a la solicitud de arbitraje que le hace llegar la propia Junta. Vistas así las cosas, resulta complicado poder aplicar lo dispuesto en el artículo 9.5 LA.

Sea como fuere, lo cierto es que en el arbitraje de consumo las dos partes –y en particular, el empresario- deben consentir que la controversia se resuelva vía arbitral. No puede imponerse el arbitraje, pues ello supondría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de la reserva jurisdiccional del artículo 117.3 CE. Sin embargo, la STC 352/2006, de 14 de diciembre de 2006¹⁶, declara la constitucionalidad del artículo 38.1 de la Ley 16/1987, de ordenación de los transportes terrestres (en adelante, LOTT), que somete a arbitraje las controversias nacidas de contratos de transporte que no excedan de determinada cuantía salvo declaración en contra de las partes. En las páginas que siguen me propongo analizar sucintamente esta sentencia, los motivos por los que el TC declara constitucional este modelo de sometimiento a arbitraje, y las posibilidades de exportar el mismo al arbitraje de consumo.

Mediante Auto de 30 de abril de 1999, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15^a) plantea una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 38.1, párrafo tercero, de la Ley 16/1987, en la redacción dada por el artículo 162 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por posible infracción de los artículos 24.1 y 117.3 de la Constitución. Esta cuestión fue admitida a trámite por providencia del TC de 1 de junio de 1999¹⁷. El párrafo primero del artículo 38.1 dispone que “corresponde a las Juntas Arbitrales

¹⁶ Publicada en el BOE nº 14, de 16 de enero de 2007.

¹⁷ BOE nº 139, de 11 de junio de 1999.

resolver, con los efectos previstos en la legislación general de arbitraje, las controversias de carácter mercantil surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre cuando, de común acuerdo, sean sometidas a su conocimiento por las partes intervinientes u otras personas que ostenten un interés legítimo en su cumplimiento”. Y el párrafo tercero tiene el siguiente texto:

“Se presumirá que existe el referido acuerdo de sometimiento al arbitraje de las juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas y ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debiera haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado”¹⁸.

Las posiciones que se defienden son contrapuestas. Por una parte, el auto de la AP de Barcelona de planteamiento de la cuestión entiende que el citado artículo 8.1.III vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y contradice la reserva jurisdiccional del artículo 117.3 CE, al sustituir esa tutela judicial por la resolución arbitral de las controversias. Dicha sustitución se lleva a cabo estableciendo la presunción legal de que el silencio de las partes de los contratos de transportes terrestres equivale a la existencia de un convenio arbitral, con exclusión de la jurisdicción, lo que se opone al principio de que la renuncia a la jurisdicción requiere el conocimiento y la voluntad expresa de las partes e invierte los términos al inferirla del silencio.

El Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado sostienen la plena constitucionalidad de la norma. Para el primero, el precepto ha sido redactado en cumplimiento de la doctrina establecida en la STC 174/1995, de 23 de noviembre. A su juicio, el problema estriba en concretar la libertad de que goza el legislador para atribuir unos determinados efectos al silencio de las partes del negocio jurídico. Sobre este punto, asevera que no existe precepto o principio constitucional alguno que impida al legislador otorgar al simple silencio valor y significado como declaración de voluntad. Además, en el caso concreto no estamos ante una auténtica presunción legal absoluta sino ante la atribución de unos efectos a la falta de rechazo expreso al arbitraje antes de que se inicie la prestación del servicio o actividad contratados. En cuanto al Fiscal General del Estado, la constitucionalidad la funda en que el nuevo régimen instaurado por la Ley 13/1996 en el artículo 38.1.III es radicalmente distinto del que fuera declarado inconstitucional en la STC 174/1995. Mientras que en aquél se imponía obligatoriamente el arbitraje, salvo pacto expreso de las partes, en el actual modelo se opta por un procedimiento arbitral supletorio que sólo se aplica cuando no ha habido declaración unilateral en contra, de suerte que para el sometimiento al arbitraje es preciso el silencio de ambas partes y además que se trate de asuntos de escasa cuantía.

El Tribunal Constitucional desestima la cuestión de inconstitucionalidad, declarando el precepto ajustado a nuestra Constitución. El TC inicia su argumentación recordando la doctrina sentada en la STC 174/1995, de 23 de noviembre, que declaró inconstitucional el primer párrafo del artículo 38.2 LOTT, que en su redacción originaria establecía lo siguiente: “siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas, las partes someterán al arbitraje de las Juntas cualquier conflicto

¹⁸ Conviene advertir que la Ley 29/2003, de 8 de octubre, de mejora de las condiciones de competencia y seguridad en el mercado de transporte por carretera, modifica este precepto, en el único sentido de elevar la cuantía de referencia de 500.000 pesetas a 6.000 euros.

que surja en relación con el cumplimiento del contrato, salvo pacto expreso en contrario”. Según el máximo intérprete de la Constitución, el legislador está facultado para configurar y determinar los requisitos para acceder a la tutela judicial efectiva, pero esa facultad legislativa no puede incidir en el contenido esencial de ese derecho, “imponiendo para su ejercicio obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que lo dificulten, sin que tal dificultad esté en algún modo justificada por el servicio a un fin constitucionalmente lícito” (STC 185/1987). Bajo estas premisas, el TC estima que resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta, que es lo que hace el artículo 38.2.I. La primera nota del derecho a la tutela judicial efectiva consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella. Eso es exactamente lo que hace el artículo 38.2, párrafo primero, de la LOTT, que, al exigir un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, está supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra, lo que resulta contrario al artículo 24.1 CE.

La STC 352/2006 reconoce que la nueva redacción del artículo 38.1 LOTT no hace más que seguir la indicación que le da la STC 174/1995. En efecto, la vieja norma, al exigir un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, estaba supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra, y ese tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer una pretensión ante el órgano judicial vulnera las exigencias del artículo 24.1 CE, en relación con el artículo 117.3 CE. En cambio, la redacción actual permite evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial por la mera declaración unilateral del interesado, sin necesidad de pacto y de consentimiento de la otra parte.

Siguiendo a la STC 174/1995, se señala que “nada hay que objetar, desde el punto de vista constitucional, al hecho de que la LOTT haya atenuado las formalidades exigibles para realizar el convenio arbitral hasta el punto de haber sustituido la exigencia de dicho convenio por una presunción *ope legis* de su existencia cuando la controversia es de escasa importancia”. La configuración de los requisitos para acceder a la vía judicial no resulta desproporcionada, por dos razones: i) porque no merece tal calificación la vinculación por el silencio resultante de una disposición normativa referida a una actividad muy concreta (contratos de transporte terrestre) y en relación únicamente con las controversias de menor entidad económica; ii) porque los contratantes no vienen obligados a formular su oposición al arbitraje en el mismo momento del perfeccionamiento o de la formalización del contrato, sino que el *dies ad quem* para la expresión de su voluntad contraria a la intervención de las Juntas Arbitrales se pospone hasta el momento “en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratada”.

Vistos los términos en los que se expresa el TC, hay que plantearse si este esquema de sometimiento al arbitraje podría ser exportado al sistema arbitral de consumo. Desde el punto de vista jurídico, hay que entender que, en principio, este modelo podría ser utilizado, pues no vulneraría los preceptos constitucionales citados (arts. 24.1 y 117.3). Sin embargo, repárese en que la constitucionalidad del arbitraje de transportes se basa, entre otras razones, en que sólo se prevé para controversias de

escasa cuantía, y en relación con una actividad muy concreta (contratos de transporte terrestre). Si se estableciera en el arbitraje de consumo una suerte de *presunción legal* de sometimiento a arbitraje, similar a como sucede en ámbito de los transportes, la primera consideración que se ha formulado podría respetarse: bastaría con fijar una cuantía mínima por debajo de la cual funcionara la presunción. La segunda consideración, en cambio, habría dificultades para respetarla, porque por su propia naturaleza el arbitraje de consumo puede resolver controversias que derivan de una pluralidad de relaciones contractuales.

En todo caso, y aunque se consiguieran salvar los obstáculos constitucionales necesarios para configurar el arbitraje de consumo como una primera vía, así establecida por la ley, salvo declaración unilateral de un interesado, estimo que un modelo de este tipo no sería aconsejable adoptarlo. Si cualquier controversia jurídica derivada de una relación de consumo ha de ser resuelta, en principio, por vía arbitral, salvo que cualquiera de las partes declare que no desea el arbitraje sino la vía judicial, se produciría un desplome del sistema arbitral de consumo. Las Juntas Arbitrales tendrían tal cantidad de trabajo que todos los medios materiales y personales que pusieran a su disposición resultarían insuficientes para abarcar la ingente cantidad de reclamaciones de las que deberían conocer. No es, por tanto, que el arbitraje de consumo no sea en tal caso eficaz. Sucedería más bien que serían necesarias fuertes inversiones de dinero público para que el sistema arbitral de consumo pudiera aguantar el elevado cúmulo de trabajo que le llegaría.

III. La mediación de consumo.

La mediación constituye una forma de solución de conflictos, por medio de la cual son las propias partes las que consiguen poner fin a los mismos mediante un acuerdo adoptado tras una negociación en la que un tercero -el mediador-, intenta aproximar las posiciones o incluso proponer el acuerdo, pero sin que, en ningún caso, la solución al conflicto sea decidida ni impuesta a las partes por el mediador. El mediador es un tercero, neutral e imparcial, que ayuda y guía a las partes involucradas en una situación conflictiva para que alcancen un acuerdo que sea mutuamente aceptable.

En los últimos años la mediación ha experimentado un importante auge, siendo especialmente exitosa en determinados ámbitos, como la mediación familiar o la mediación laboral. Y uno de los sectores en los que también ha tenido un relativo éxito es el ámbito del consumo, aunque este tipo de mediación apenas ha merecido la atención de la doctrina científica¹⁹.

La mediación de consumo es aquella mediación que trata de solucionar un conflicto que tiene su origen en una relación jurídica de consumo que tiene por partes a un empresario y a un consumidor. La mediación de consumo se caracteriza por ser una forma alternativa de resolución de conflictos, en la que las partes enfrentadas son ayudadas por un mediador para intentar resolver sus disputas de una manera justa y razonable para ambas. Una de sus caracteres esenciales es la voluntariedad: sólo hay mediación cuando las partes voluntariamente aceptan someterse a la misma. En este

¹⁹ Constituye una excepción la obra de M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y Consumidores*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 2005.

punto se asimila al arbitraje. Pero se diferencia del mismo en cuanto a la eficacia que tiene el acuerdo alcanzado. El laudo arbitral produce, como las sentencias, efectos de cosa juzgada. Sin embargo, el acuerdo alcanzado tras la mediación no tiene efectos de cosa juzgada. Todo lo más, podrá tener la misma eficacia que el contrato de transacción, porque ambos tienen la misma naturaleza.

A diferencia de lo que sucede en el arbitraje, donde sí existe una regulación específica sobre arbitraje de consumo (art. 31 LGDCU, desarrollado por el RD 636/1993), la mediación de consumo carece de una regulación sistemática en nuestro ordenamiento jurídico. En lo que al derecho estatal se refiere, la mediación de consumo no está contemplada en la LGDCU. Sí existe una mención en el RDAC, en concreto en su artículo 4.b), cuando establece que entre las funciones de las Juntas Arbitrales de Consumo se encuentran las “actuaciones de mediación respecto de las controversias derivadas de las quejas o reclamaciones de consumidores y usuarios”. Las Juntas Arbitrales de Consumo realizan, en efecto, funciones de mediación. Cuando reciben una solicitud de arbitraje de un consumidor, la Junta Arbitral le da traslado al empresario (esté adherido o no al sistema arbitral de consumo. Y el empresario puede contestar en el sentido de que satisface la petición del consumidor, o está dispuesto a satisfacerla parcialmente. Actuando de este modo la Junta Arbitral está mediando para que este conflicto se resuelva sin necesidad de que se desarrolle el procedimiento arbitral. Como puede imaginarse, se trata de una actuación “informal” de la Junta, que explora las posibilidades de que el consumidor y el empresario lleguen a un acuerdo antes de iniciar el procedimiento arbitral en sentido estricto.

A diferencia de lo que sucede en el ámbito estatal, la regulación autonómica sí contiene mayores alusiones a la mediación de consumo, si bien es verdad que las referencias a la misma tampoco son excesivas. Conviene advertir que las Comunidades Autónomas tienen competencia plena para regular la mediación de consumo y atribuir la función de mediador a algún organismo administrativo. De hecho, algunos Estatutos de Autonomía, recientemente reformados, recogen de manera expresa esta competencia:

- Estatuto de Autonomía de Cataluña (aprobado por LO 6/2006, de 19 de julio)²⁰. El artículo 49.2 establece que “los poderes públicos deben garantizar la existencia de instrumentos de mediación y arbitraje en materia de consumo, promoviendo su conocimiento y utilización, y deben apoyar a las organizaciones de consumidores y usuarios”.

- Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (aprobado por LO 1/2007, de 28 de febrero)²¹. Esta Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva en “defensa de los consumidores y de los usuarios”, y en particular, en la “regulación de los procedimientos de mediación” (art. 30.47).

- Estatuto de Autonomía para Andalucía (aprobado por LO 2/2007, de 19 de marzo)²². Atribuye a la Comunidad Autónoma de Andalucía competencias exclusivas sobre “defensa de los derechos de los consumidores, la regulación de los procedimientos de mediación, información y educación en el consumo y la aplicación

²⁰ BOE nº 172, de 20 julio 2006.

²¹ BOE nº 52, de 1 marzo 2007.

²² BOE nº 68, de 20 marzo 2007.

de reclamaciones” (art. 58.2.4º). Además, se establece que “la Junta de Andalucía puede establecer los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos en las materias de su competencia” (art. 150.2).

- Estatuto de Autonomía de Aragón (aprobado por LO 5/2007, de 20 de abril)²³. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón la competencia exclusiva en las siguientes materias: “Consumo, que, en todo caso, comprende la regulación de la protección y defensa de los consumidores y usuarios; el fomento de las asociaciones; la formación y educación para el consumo responsable, así como la regulación de los órganos y procedimientos de mediación” (art. 71.26ª).

Otras Propuestas de Reforma de Estatutos de Autonomía, que están todavía tramitándose en el Congreso de los Diputados, siguen esta misma tendencia. Así, la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias atribuye a esta Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de consumo, que incluye, entre otras cosas, “la regulación de los órganos y los procedimientos de mediación en materia de consumo” [art. 98.c)]²⁴. Por su parte, la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha otorga a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha la competencia exclusiva en materia de consumo, que incluye en todo caso “la regulación de los órganos y los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo” [art. 121.b)]²⁵. Esta previsión debe ser modificada durante la tramitación parlamentaria, pues las Comunidades Autónomas no tienen competencia para disciplinar el régimen jurídico del arbitraje de consumo. Por último, la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León no contiene referencia alguna a la mediación de consumo²⁶.

Por otra parte, muchas Comunidades Autónomas se refieren a la mediación de consumo en sus Estatutos del Consumidor o leyes autonómicas de protección del consumidor. Conviene conocer a qué puntos alcanza la regulación autonómica sobre esta materia, haciendo especial mención de las leyes más recientes:

- Islas Baleares. La Ley 1/1998, de 10 de marzo, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios, recoge expresamente la mediación como un sistema alternativo de resolución de conflictos distinto al arbitraje. Dispone que las Administraciones Públicas deben “intervenir como mediadoras en la resolución de conflictos entre los consumidores y empresarios” [art. 27.b)]. Además, “reglamentariamente se regulará el procedimiento administrativo de mediación en la atención de las denuncias y reclamaciones de los consumidores y usuarios, presentadas contra empresas, profesionales o administraciones... El procedimiento deberá contener, al menos, una fase de alegaciones del reclamado y otra de información para el reclamante” (art. 29).

²³ BOE nº 97, de 23 abril 2007.

²⁴ Publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Propositiones de Ley, Serie B, núm. 261-1, de 22 septiembre 2006.

²⁵ Publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Propositiones de Ley, Serie B, núm. 276-1, de 9 febrero 2007.

²⁶ Publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Propositiones de Ley, Serie B, núm. 268-1, de 15 diciembre 2006.

- Comunidad de Madrid. La Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid incluye un precepto específico sobre mediación (el art. 30), según el cual “los Poderes Públicos de la Comunidad de Madrid propiciarán, en colaboración con las Asociaciones de Consumidores, la disponibilidad para los consumidores, así como para los profesionales y empresarios, de sistemas operativos de resolución voluntaria de conflictos y reclamaciones en materia de consumo sin perjuicio de las actuaciones de inspección y sanción que corresponda a las mismas”. Sin embargo, el Decreto 152/2001, que desarrolla esta Ley, no alude a la mediación.

- Principado de Asturias. La Ley 11/2002, de 2 de diciembre, de Consumidores y Usuarios de Asturias, establece que “la Administración del Principado de Asturias promoverá el desarrollo de procedimientos de *conciliación, mediación y demás* instrumentos de resolución extrajudicial de reclamaciones en materia de consumo” (art. 28.2).

- Canarias. La Ley 3/2003, de 12 de febrero, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios, sigue el modelo de Madrid. Su artículo 24 dispone que “las Administraciones Públicas de Canarias propiciarán la puesta a disposición de los consumidores y usuarios y de los profesionales y empresarios, de mecanismos de resolución voluntaria de conflictos y reclamaciones en materia de consumo, sin perjuicio de las actuaciones de inspección y sanción que puedan corresponder a las mismas”.

- País Vasco. El Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias (aprobado por Ley 6/2003, de 22 de diciembre) dispone en su artículo 12 que “las Administraciones públicas de Euskadi propiciarán, en colaboración con las asociaciones de personas consumidoras y usuarias, la disponibilidad para las personas consumidoras y usuarias, así como para los profesionales y empresarios o empresarias, de sistemas operativos de resolución voluntaria de conflictos y reclamaciones en materia de consumo. Reglamentariamente se regulará el procedimiento administrativo de tramitación de las denuncias y reclamaciones de las personas consumidoras y usuarias presentadas ante las Administraciones públicas con competencias en materia de consumo contra empresas y profesionales, sin perjuicio de las actuaciones de inspección y sanción que correspondan. El procedimiento será voluntario para las partes, y se garantizará la atención de todas aquellas reclamaciones recibidas en cualquier soporte duradero que permita la identificación de la persona o personas reclamantes”. Hasta donde alcanza mi conocimiento, todavía no se ha dictado el reglamento al que alude la ley.

- Castilla-La Mancha. El Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha (Ley 11/2005, de 15 de diciembre), en su artículo 14 (“mediación y arbitraje”) dispone que “las Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha cooperarán para poner a disposición de los consumidores y de los profesionales y empresarios sistemas operativos para resolver amistosamente las reclamaciones en materia de consumo, y promoverán, en colaboración con la Administración del Estado, el desarrollo del Sistema Arbitral de Consumo y la adhesión al mismo de las empresas y los profesionales de toda la Comunidad Autónoma”. Por otra parte, señala que entre las funciones de las OMICs está la de “servir de cauce de mediación voluntaria en conflictos entre consumidores, usuarios, productores y distribuidores” [art. 16.2.c)].

- Cantabria. La Ley 1/2006, de 7 de marzo, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, atribuye a las OMICs la función de “servir, en su caso, de cauce de mediación voluntaria de conflictos entre consumidores o usuarios y profesionales o empresarios” [art. 17.4.d)].

- Navarra: Ley Foral 7/2006, de 20 de junio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, señala que son funciones de las OMICs “servir de cauce de mediación voluntaria en conflictos” y “fomentar el asociacionismo en materia de consumo, la utilización del sistema arbitral y la mediación como cauce para la resolución de conflictos” [art. 17.d) y f)]. Además, el artículo 36 (“mediación y conciliación”) dispone que “los poderes públicos de la Comunidad Foral de Navarra fomentarán la mediación y la conciliación como mecanismos de composición amistosa para la resolución de conflictos y reclamaciones en materia de consumo”.

- Aragón. La Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón es, quizás, la que mayores alusiones hacen a la mediación. Por una parte, su artículo 20, cuya rúbrica es precisamente “mediación”, establece que “las Administraciones públicas de Aragón propiciarán la disponibilidad para los consumidores, así como para los profesionales y empresarios, de sistemas operativos de resolución voluntaria de conflictos y reclamaciones en materia de consumo”, añadiendo en su apartado segundo que “asimismo fomentarán la mediación en el procedimiento administrativo de tramitación de las denuncias y reclamaciones de los consumidores presentadas ante las asociaciones de consumidores, las oficinas municipales y comarcales de información al consumidor, así como ante las Administraciones con competencias en materia de consumo, sin perjuicio de las actuaciones inspectoras y sancionadoras que puedan corresponder”.

Por otra parte, atribuye funciones en materia de mediación a las OMICS, al Consejo Aragonés de Consumo y a la Inspección de Consumo. En efecto, las OMICS deben, entre otras cosas, “informar, ayudar y orientar a los consumidores para el adecuado ejercicio de sus derechos, así como ejercer la actividad de mediación”, y “recibir, registrar y acusar recibo de denuncias y reclamaciones de los consumidores e iniciar, en colaboración con las asociaciones de consumidores, actuaciones de mediación cuando proceda y, para el caso de que no prosperen, remitirlas a dichas asociaciones y a las entidades u órganos correspondientes, haciendo un seguimiento de las mismas para informar debidamente a los interesados” [art. 29.a) y b)]. Por otra parte, el Consejo Aragonés de Consumo, que es el órgano consultivo y asesor de la Administración de la Comunidad Autónoma en materia de consumo, se constituye asimismo como vehículo institucional de mediación, coordinación y colaboración entre los distintos agentes que intervienen en este ámbito, tanto desde la posición de productores y distribuidores de productos y servicios como desde la de destinatarios de los mismos, y entre éstos y la Comunidad Autónoma de Aragón. Además, el Consejo Aragonés de Consumo ha de intervenir, mediante las comisiones que a tal efecto se creen, como órgano mediador en los conflictos que se produzcan en materia de consumo en Aragón, instando a las partes afectadas a alcanzar soluciones pactadas (art. 57). Por último, son funciones obligatorias de la Inspección de Consumo, el realizar actuaciones de mediación en aquellos casos en que a través de este medio puedan solucionarse los conflictos que puedan surgir entre empresarios o profesionales y consumidores (art. 64.4).

Del examen comparado de las distintas leyes autonómicas de protección del consumidor cabe extraer las siguientes consecuencias: i) Muchas Comunidades Autónomas se limitan a señalar que las Administraciones Públicas autonómicas propiciarán la disponibilidad para los consumidores y empresarios de sistemas operativos de resolución voluntaria de reclamaciones en materia de consumo; así, por ejemplo, en Madrid, Canarias, Asturias, Navarra o Castilla-La Mancha. ii) Otras CCAA dan un paso más, y señalan que reglamentariamente se regulará el procedimiento administrativo de mediación de consumo (por ejemplo, en Islas Baleares y País Vasco). Pero ese reglamento de mediación no se ha dictado aún. iii) Algunas leyes atribuyen a las OMICS funciones de mediación en los conflictos entre empresarios y consumidores (así, en Castilla-La Mancha, Cantabria, Navarra y Aragón).

En definitiva, a pesar de la escasa regulación existente sobre la mediación de consumo, lo cierto es que hoy en día la mediación se viene practicando, y de hecho es un mecanismo de resolución de conflictos que está en auge. Las funciones de mediación las realizan, en primer lugar, las Juntas Arbitrales de Consumo. Cuando reciben una solicitud de arbitraje, lo primero que hacen es dirigirse al empresario reclamado, para indagar si acepta su intervención como mediador y si es posible resolver de ese modo la controversia. También realizan funciones de mediación las OMICS, y los servicios administrativos de consumo de las Comunidades Autónomas y Ayuntamientos.

Las Administraciones Públicas están apostando decididamente en los últimos años por la mediación de consumo como una interesante vía para solucionar los conflictos nacidos de relaciones de consumo. En este sentido, la Conferencia Sectorial de Consumo, en su reunión número 22, celebrada el 11 de julio de 2006, ha aprobado el Marco Común de Actuación en materia de consumo para el cuatrienio 2006-2009. Entre los objetivos que se persiguen está el de “fomentar, difundir y mejorar los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos”, para lo cual se propone como actividad que debe llevarse a cabo la armonización de los criterios aplicables a la mediación con el fin de garantizar la independencia e imparcialidad de los procedimientos. En el ámbito normativo, este Marco Común de Actuación propone la regulación de la mediación de consumo, y su impulso. Siguiendo estos criterios, el Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo y la mediación en el procedimiento arbitral contiene algunas previsiones expresas sobre la mediación de consumo.

IV. El Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo y la mediación en el procedimiento arbitral.

Como ya se ha señalado, en marzo de 2007 se ha dado a conocer el Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo y la mediación en el procedimiento arbitral (en adelante, PRDSAC). Para dar cumplimiento a lo dispuesto en la DF 6ª de la Ley 44/2007, este Real Decreto deberá aprobarse antes de que concluya el año 2007.

El texto proyectado cuenta con cuarenta artículos, dos disposiciones transitorias, una derogatoria y cuatro finales. El texto respeta los rasgos esenciales del actual sistema arbitral de consumo, introduciendo en el mismo aquellas modificaciones que resultan convenientes para mejorarlo. Se sigue manteniendo la distinción entre Juntas Arbitrales y colegios arbitrales, siendo estos últimos los encargados de resolver la controversia

mediante el laudo. Hay una Junta Arbitral Nacional, que tiene, entre otras funciones, la de emisión de dictámenes y recomendaciones que puedan servir, en su caso, de apoyo técnico a los árbitros, y la aceptación de las ofertas públicas de sometimiento a arbitraje limitadas (art. 6 PRDSAC); dentro de esta Junta se crea la Comisión de la Junta Arbitral Nacional (art. 7 PRDSAC). Existirán, también, las Juntas Arbitrales Territoriales, estando prevista la constitución de Delegaciones de la Junta, ya sean territoriales o sectoriales [art. 3.2.b) PRDSAC]. Se establecen los criterios para atribuir la competencia territorial de las Juntas Arbitrales Territoriales (art. 8 PRDSAC).

Por otra parte, se crea un Registro de empresas adheridas al sistema arbitral de consumo (art. 15 PRDSAC), y se señalan medidas concretas para fomentar la adhesión de empresas al arbitraje de consumo (art. 16 PRDSAC). Se prevé la participación como árbitros únicamente de aquellos que hayan obtenido la acreditación correspondiente por el Presidente de la Junta Arbitral en la que hayan de intervenir (art. 17 PRDSAC). Se regula la abstención y recusación de árbitros (art. 20 PRDSAC), la reconvención (art. 27 PRDSAC), el laudo conciliatorio (art. 28 PRDSAC), y la posibilidad de que las Juntas Arbitrales de Consumo puedan asumir la gestión y administración de arbitrajes sectoriales distintos al de consumo –por ejemplo, el de transportes- (art. 40 PRDSAC).

El Proyecto de Real Decreto acoge las últimas previsiones legales relativas al arbitraje de consumo. Así, la DA Única de la Ley 60/2003, de Arbitraje, 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 artículo 11.3 RDAC se infiere con claridad que el arbitraje de consumo es de equidad. Sin embargo, el legislador ha querido que conste de manera expresa, pues este criterio se separa del adoptado con carácter general en el arbitraje común, donde el arbitraje es de derecho, salvo que las partes opten expresamente por el de equidad (art. 34.2 LA). El PRDSAC acoge expresamente la solución ya prevista legalmente para el arbitraje de consumo, al declarar que “el arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho” (art. 21.1 PRDSAC).

En cuanto a lo dispuesto en la DF 6ª de la Ley 44/2006, el Proyecto de Real Decreto contiene las siguientes normas.

i) Por una parte, se regula el arbitraje virtual (art. 38 PRDSAC), estableciendo que “el Ministerio de Sanidad y Consumo habilitará el procedimiento telemático normalizado a través del cual se tramitará el procedimiento arbitral ante las Juntas Arbitrales habilitadas mediante convenio para la gestión del arbitraje virtual”. Por tanto, el “arbitraje virtual” se predica únicamente del procedimiento, y sólo podrán llevarlo a cabo aquellas Juntas Arbitrales que hayan sido habilitadas para ello en su convenio de constitución.

ii) Por otra parte, se señalan los supuestos en los que podrá interponerse reclamación ante la Junta Arbitral Nacional frente a las resoluciones de las Juntas Arbitrales territoriales sobre admisión o inadmisión de las solicitudes de arbitraje (DF 6ª.2 Ley 44/2006). El artículo 23 PRDSAC establece las causas de inadmisión de la solicitud de arbitraje presentada por un consumidor, añadiendo que “la resolución del Presidente [de la Junta Arbitral] acerca de la admisión e inadmisión de la solicitud

tendrá carácter administrativo, y en los supuestos previstos en el artículo 1.3 y 4 podrá ser apelada ante la Junta Arbitral Nacional de Consumo, en el plazo de 15 días siguientes a la notificación del acuerdo que se impugna” (art. 23.2). Según el artículo 1.3, sólo podrán ser sometidos a arbitraje de consumo aquellos conflictos que versen sobre materias de libre disposición conforme a derecho. Conforme al artículo 1.4, 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 LGDCU, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios derivados de ellos.

iii) Por último, el PRDSAC indica que el órgano arbitral podrá ser unipersonal o colegiado (art. 3.3). El artículo 19 recoge los supuestos en los que actuará un único árbitro, y aquellos otros en los se designará un colegio arbitral integrado por tres árbitros acreditados.

Voy ahora a detenerme en dos cuestiones de especial trascendencia: las ofertas públicas de sometimiento a arbitraje limitadas, y los mecanismos establecidos para conseguir que el arbitraje de consumo sea menos costoso.

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 artículo 6.2 RDAC. Una de ellas es el “ámbito de la oferta”. Esta alusión ha sido entendida en el sentido de que se permite a los empresarios realizar ofertas de sometimiento limitadas, pudiendo tratarse de limitaciones territoriales, cuantitativas, cualitativas o de cualquier otro tipo.

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.

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 Proyecto de Real Decreto acoge ambas previsiones. Por una parte, la idea motriz de la nueva regulación es que no cabe OPS limitadas. Sólo se admitirán con carácter excepcional (art. 11 PRDSAC), debiendo concurrir determinados requisitos: deberán ser admitidas por la Junta Arbitral Nacional, siendo preceptivo el informe de la Junta Arbitral territorial en la que haya presentado su solicitud la empresa; pueden admitirse, “en particular, en sectores que presenten un importante número de consultas y reclamaciones o en aquéllos en los que no exista una suficiente implantación del Sistema Arbitral de Consumo” (art. 11). Sin embargo, no se consideran OPS limitadas aquellas que tengan carácter temporal –siempre que la adhesión se realice por un período superior a un año- o aquéllas que limiten la adhesión a las Juntas Arbitrales correspondientes al territorio en el que la empresa desarrolle su actividad (art. 10.3 PRDSAC). Además, son válidas, y no se consideran limitadas, las OPS en las que el empresario declara su sometimiento al arbitraje en derecho (y no en equidad), y aquellas en las que rechaza la mediación previa (art. 10.1). Por otra parte, se establecen dos modalidades de distintivos oficiales de empresas adheridas: uno para las empresas que formulan OPS sin limitaciones, y otro para los OS que contengan “alguna limitación”; en este último constará expresamente, y de forma clara, que se trata de una oferta limitada (art. 13.2). Se prevé incluso que la Junta Arbitral Nacional pueda aceptar la adhesión limitada, pero negando el derecho a utilizar el distintivo oficial.

El arbitraje de consumo es gratuito, y la gratuidad va a seguir siendo uno de los rasgos básicos de este arbitraje (el principio de gratuidad viene consagrado en el artículo 1.1 PRDSAC). Sin embargo, deben establecerse determinados mecanismos para conseguir que el arbitraje de consumo sea menos costoso. En el régimen actual, las pruebas propuestas por las partes las deben costear ellas mismas; y las pruebas acordadas de oficio deberán ser sufragadas con fondos públicos. 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.

Además, el Proyecto de Real Decreto contiene algunas previsiones que pretenden hacer un uso más racional del arbitraje de consumo. Así, el Presidente de la Junta Arbitral, una vez recibida la solicitud de arbitraje, lo primer que debe hacer es resolver sobre su admisión a trámite. Podrá acordar la inadmisión de las solicitudes de arbitraje que resulten infundadas (se trata de aquellas reclamaciones en las que desde el principio se advierte con claridad que carecen de cualquier fundamento), aquéllas en las que no se aprecie afectación de los derechos y legítimos intereses económicos de los

consumidores, o aquéllas de cuantía insignificante, en las que tal afectación de derechos económicos sea insignificante (art. 23.1 PRDSAC). 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 funcionamiento de la vía arbitral.

Con la misma finalidad (ahorro de costes) se prevé que el órgano arbitral podrá ser unipersonal o colegiado. El Presidente de la Junta Arbitral podrá designar un único árbitro en dos supuestos: cuando las partes así lo acuerden, y cuando la cuantía de la controversia sea inferior a 300 € y la falta de complejidad del asunto así lo aconseje (art. 19.2 PRDSAC). La designación de un árbitro único es una facultad que se concede al Presidente de la Junta Arbitral (“podrá”), por lo que está facultado para designar un colegio arbitral compuesto de tres árbitros aunque la controversia sea por cuantía inferior a 300 €. En este sentido, las Juntas Arbitrales deben obrar con prudencia si quieren que los empresarios no salgan del sistema arbitral. Hasta que los empresarios no tengan confianza en el sistema de árbitro único (como ahora tienen en el colegio con tres árbitros), lo aconsejable es que las Juntas tengan en cuenta la opinión de los empresarios y su preferencia por el colegio de tres árbitros, incluso en las controversias de cuantía baja o de fácil resolución.

Por último, el Capítulo V del Proyecto, que comprende los artículos 35 a 37, se refiere a la mediación de consumo. El Presidente de la Junta Arbitral, una vez admitida la solicitud de arbitraje, designará un mediador, que intentará una solución amistosa del conflicto a través de la mediación, salvo que conste que ésta ha sido intentada sin éxito por la Administración de la que depende la Junta (art. 35.1), y salvo que en la OPS realizada por el empresario éste haya rechazado la mediación previa (art. 10.1). Dispone el artículo 35.2 que la mediación se registrará “por lo dispuesto en esta norma y, en lo no previsto en ella, por las disposiciones generales que resulten de aplicación”. Este precepto es confuso, y desconoce que las Comunidades Autónomas tienen competencia para regular sobre la mediación de consumo, como muchas de ellas efectivamente han hecho. Por su parte, el artículo 36 se dedica a los mediadores. Establece que el mediador debe ser personal al servicio de la Junta Arbitral, y debe ser licenciado en Derecho o contar con una experiencia de al menos tres años en el ámbito de protección de los consumidores. Deberá respetar los principios de independencia, confidencialidad e imparcialidad a lo largo de toda su actuación. Se prohíbe que quien haya sido designado como mediador pueda intervenir después como árbitro en el mismo asunto o en cualquier otro que tenga relación conexa con aquel. Por último, se prevé que si las partes alcanzan un acuerdo como consecuencia de la mediación, el mediador levantará un acta en la que constarán los términos que pongan fin a la controversia, y expedirá copia certificada de ella vez firmada por reclamante y reclamado. Si no alcanzan un acuerdo, se devolverá el expediente al Presidente, a efectos de iniciar el procedimiento arbitral (art. 37).