

CUADERNOS DE CONSUMO Nº 23

CURSO MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

Nuevos retos del arbitraje de consumo

Dirección General de Consumo

Zaragoza, 3, 4 y 5 de Noviembre de 2004

Edición: Abril 2005

Tirada: 1.000 ejemplares

Edita: Gobierno de Aragón
Dirección General de Consumo

Internet: portal.aragon.es
www.aragon.es/consumo

Impresión: Linea 2015, S.L.

D.L.: Z-1699-2005

ISSN.:1696-1382

ÍNDICE

PROGRAMA	7
ACTO INAUGURAL	
Excma. Sra. D^a Luisa María Noeno Ceamanos	13
<i>Consejera de Salud y Consumo del Gobierno de Aragón.</i>	
PONENCIA	
Métodos alternativos de solución de conflictos	19
D^a María Dolores Bañares Acedo	
<i>Subdirectora General de Normativa y Arbitraje. Instituto Nacional de Consumo.</i>	
PONENCIA	
La acción de anulación contra el laudo arbitral de consumo a la luz de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje	29
D^a. Carmen Samanes Ara	
<i>Profesora Titular de Derecho Procesal, Universidad de Zaragoza.</i>	
MESA REDONDA	
La nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y el Arbitraje de Consumo	49
D. Abilio Ballester Marquina	
<i>Presidente de la Junta Arbitral de Consumo de Aragón.</i>	
D. Juan Miret Nagore	
<i>Presidente de la Junta Arbitral de Consumo del Ayuntamiento de Zaragoza.</i>	
Moderador: D. Carlos Peñasco Gil	
<i>Jefe del Servicio del Consumidor.</i>	
MESA REDONDA	
La intervención judicial en el Arbitraje de Consumo	
La asistencia judicial en el Arbitraje de Consumo	57
D^a Rosa Gutiérrez Sanz	
<i>Profesora Titular de Derecho Procesal, Universidad de Zaragoza.</i>	
Ponencia	75
Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado	
<i>Magistrado de la Audiencia Provincial de Zaragoza.</i>	

ÍNDICE

La ejecución de laudos arbitrales en materia de consumo con 93
la ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje

Ilmo. Sr. D. Angel Dolado Pérez

Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zaragoza.

Moderador: Ilmo. Sr. D. Angel Luis Monge Gil

Director General de Consumo del Gobierno de Aragón.

PONENCIA

Las Ofertas Públicas de Sometimiento al Sistema Arbitral 109

D. Jesús Checa Bravo

Presidente de la Junta Arbitral de Consumo de la Región de Murcia.

MESA REDONDA

Naturaleza y ámbito del Sistema Arbitral de Consumo

Objeto y límites del arbitraje de consumo 151

D. Manuel Jesús Marín López

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha

Miembro del Centro de Estudios de Consumo.

**Hacia un concepto de jurisdicción extrajudicial, representativa,
 imparcial y especializada**

D. Jorge Luis Tomillo Urbina

Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Cantabria.

Presidente de la Junta Arbitral de Cantabria.

Moderadora: Sra. D^a. Rosario Jaquotot Sáenz de Miera

Directora del Servicio Provincial de Salud y Consumo de Zaragoza.

PONENCIA

Arbitraje y Administración 167

D. Javier Guillén Caramés

Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Juan Carlos I.

COMUNICACIONES

La resolución de contratos de Enseñanza a Distancia en el

Arbitraje de Consumo 193

D. Fernando Zorrilla Ribot

Presidente de Colegio Arbitral. Gobierno de Aragón.

ÍNDICE

Mediación y Arbitraje de Consumo 203

D.ª Pilar Riera Sorolla

Secretaria de la Junta Arbitral de Consumo del Ayuntamiento de Barcelona.

MESA REDONDA

Las Juntas Arbitrales de Consumo en el sistema público de protección al consumidor

El fomento del Arbitraje de Consumo 213

D.ª Concepción Martín Benítez

Presidenta de la Junta Arbitral de Consumo Provincial de Huelva.

La cooperación de las OMIC en el Arbitraje de Consumo 225

D. Eduardo Mora Cabo

Secretario de la Junta Arbitral de Consumo de Castilla La Mancha.

Hacia la consolidación de un verdadero Sistema Arbitral de Consumo . 235

D. Pablo Martínez Royo

Secretario de la Junta Arbitral de Consumo de Aragón.

Moderador: Abilio Ballester Marquina

Presidente de la Junta de Arbitraje de Consumo de Aragón.

PONENCIA

Arbitraje de Transportes. Las reclamaciones de los usuarios ante la Junta Arbitral del Transporte de Aragón 253

D. Jaime Angulo Sáinz de Varanda

Presidente de la Junta Arbitral del Transporte de Aragón.

MESA REDONDA

El Arbitraje de Consumo y las TIC

Arbitraje en el comercio electrónico 265

D.ª Mercedes Zubiri de Salinas

Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Zaragoza.

La resolución de reclamaciones en materia de Telecomunicaciones .. 297

D. Eugenio Ribón Seisdedos

Abogado, CEACCU.

Moderador: Pablo Martínez Royo

Secretario de la Junta Arbitral de Consumo de Aragón.

PONENCIA

La mediación: alternativa en las reclamaciones en materia de servicios financieros 363

D^a. Piedad Larrañaga Hernaltes

Técnico de Consumo, especialista en Servicios Financieros. Gobierno Vasco.

PONENCIA

Hacia un nuevo reglamento del Sistema Arbitral de Consumo 387

D. Luis Abellán Tolosa

Presidente de la Junta Arbitral de Consumo de la Generalitat Valenciana.

CLAUSURA 395

Ilmo. Sr. D. Angel Luis Monge Gil

Director General de Consumo del Gobierno de Aragón

PROGRAMA

Miércoles 3 de noviembre

9,00 ACTO INAUGURAL

Excma. Sra. D^a Luisa María Noeno Ceamanos
Consejera de Salud y Consumo del Gobierno de Aragón.

9,30 a 10,30 PONENCIA

D^a María Dolores Bañares Acedo
*Subdirectora General de Normativa y Arbitraje.
Instituto Nacional del Consumo.*

10,30 a 11,30 PONENCIA

La acción de anulación contra el laudo arbitral de consumo a la luz de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje
D^a. Carmen Samanes Ara
Profesora Titular de Derecho Procesal, Universidad de Zaragoza.

11,30 a 12,00 PAUSA**12,00 a 14,00** MESA REDONDA

La nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y el Arbitraje de Consumo
D. Abilio Ballester Marquina
Presidente de la Junta Arbitral de Consumo de Aragón.
D. Juan Miret Nagore
Presidente de la Junta Arbitral de Consumo del Ayuntamiento de Zaragoza.
Moderador: D. Carlos Peñasco Gil
Jefe del Servicio del Consumidor.

14,00 COMIDA DE TRABAJO

16,30 a 19,30 MESA REDONDA

La intervención judicial en el Arbitraje de Consumo

D^a Rosa Gutiérrez Sanz

Profesora Titular de Derecho Procesal, Universidad de Zaragoza.

Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado

Magistrado de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

Ilmo. Sr. D. Angel Dolado Pérez

Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zaragoza.

Moderador: Ilmo. Sr. D. Angel Luis Monge Gil

Director General de Consumo del Gobierno de Aragón.

19,30 a 20,30 PONENCIA

Las Ofertas Públicas de Sometimiento al Sistema Arbitral

D. Jesús Checa Bravo

Presidente de la Junta Arbitral de Consumo de la Región de Murcia.

Jueves 4 de noviembre

9,00 a 11,00 MESA REDONDA

Naturaleza y ámbito del Sistema Arbitral de Consumo

Objeto y límites del arbitraje de consumo

D. Manuel Jesús Marín López

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha, miembro del Centro de Estudios de Consumo.

Hacia un concepto de jurisdicción extrajudicial, representativa, imparcial y especializada

D. Jorge Luis Tomillo Urbina

Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Cantabria.

Presidente de la Junta Arbitral de Cantabria.

Moderadora: Sra. D^a. Rosario Jaquotot Sáenz de Miera

Directora del Servicio Provincial de Salud y Consumo de Zaragoza.

11,00 a 11,30 PAUSA

11,30 a 12,30 PONENCIA

Arbitraje y Administración

D. Javier Guillén Caramés

Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Juan Carlos I.

12,30 a 13,30 COMUNICACIONES

La resolución de contratos de Enseñanza a Distancia en el Arbitraje de Consumo

D. Fernando Zorrilla Ribot

Presidente de Colegio Arbitral. Gobierno de Aragón.

Mediación y Arbitraje de Consumo

D.^a Pilar Riera Sorolla

Secretaria de la Junta Arbitral de Consumo del Ayuntamiento de Barcelona.

14,00 COMIDA DE TRABAJO

16,00 a 19,00 MESA REDONDA

Las Juntas Arbitrales de Consumo en el sistema público de protección al consumidor

El fomento del Arbitraje de Consumo

D.^a Concepción Martín Benítez

Presidenta de la Junta Arbitral de Consumo Provincial de Huelva.

La cooperación de las OMIC en el Arbitraje de Consumo

D. Eduardo Mora Cabo

Secretario de la Junta Arbitral de Consumo de Castilla La Mancha.

Hacia la consolidación de un verdadero Sistema Arbitral de Consumo

D. Pablo Martínez Royo

Secretario de la Junta Arbitral de Consumo de Aragón.

Moderador: Abilio Ballester Marquina

Presidente de la Junta Arbitral de Consumo de Aragón.

19,15 a 20,15 PONENCIA

Arbitraje de Transportes. Las reclamaciones de los usuarios ante la Junta Arbitral del Transporte de Aragón

D. Jaime Angulo Sáinz de Varanda

Presidente de la Junta Arbitral del Transporte de Aragón.

Viernes 5 de noviembre

9,00 a 11,00 MESA REDONDA

El Arbitraje de Consumo y las TIC

Arbitraje en el comercio electrónico

D^a. Mercedes Zubiri de Salinas

Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Zaragoza.

La resolución de reclamaciones en materia de Telecomunicaciones

D. Eugenio Ribón Seisdedos

Abogado, CEACCU.

Moderador: Pablo Martínez Royo

Secretario de la Junta Arbitral de Consumo de Aragón.

11,00 a 11,30 PAUSA

11,30 a 12,30 PONENCIA

La mediación: alternativa en las reclamaciones en materia de servicios financieros

D^a. Piedad Larrañaga Hernaltes

Técnico de Consumo, especialista en Servicios Financieros. Gobierno Vasco.

12,30 a 13,30 PONENCIA

Hacia un nuevo reglamento del Sistema Arbitral de Consumo

D. Luis Abellán Tolosa

Presidente de la Junta Arbitral de Consumo de la Generalitat Valenciana.

13,30 CLAUSURA

Ilmo. Sr. D. Angel Luis Monge Gil

Director General de Consumo del Gobierno de Aragón.

APERITIVO DE DESPEDIDA

CURSO MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

**Nuevos retos del arbitraje
de consumo**



ACTO INAUGURAL

Zaragoza
3 de noviembre de 2004

ACTO INAUGURAL

Excma. Sra. D^a Luisa María Noeno Ceamanos
Consejera de Salud y Consumo del Gobierno de Aragón



El sistema arbitral de consumo es un mecanismo extrajudicial eficaz y resolutivo muy consolidado. De hecho, son ya 18 años de una trayectoria de servicio al consumidor que comenzó antes incluso de aprobarse la norma reglamentaria que amparó la realidad práctica y social que se había implantado el 20 de mayo de 1986, fecha en la que comenzaron a funcionar como experiencia piloto las primeras juntas arbitrales.

Esta nueva realidad social y legislativa han hecho necesario que los poderes públicos promuevan programas de formación en este ámbito. A estos efectos, y promulgada la Ley de Arbitraje, resulta oportuno exponer ideas y experiencias prácticas para actualizar el bagaje de conocimientos en materia de protección y de defensa de los consumidores y usuarios. Además, dado el carácter transversal que implica esta preparación y la permanente actualización de los temas que trata, hay que insistir en la necesidad de la formación permanente.

Agradezco sinceramente vuestra asistencia, pues es especialmente relevante el esfuerzo personal que implica dedicar vuestro tiempo a este curso de mediación y arbitraje. Estoy convencida de que no será estéril.

Y no lo será porque vamos a analizar y profundizar en temas como la intervención judicial, las ofertas públicas de sometimiento, el fomento del arbitraje, la mediación, el arbitraje y la Administración, y se abordarán el estudio y las posibilidades que ofrecen las nuevas normativas aplicadas al arbitraje de consumo, como la propia Ley de Arbitraje. En este curso vamos a considerar también la necesidad de elaborar un nuevo reglamento del Sistema Arbitral de Consumo.

Estos temas serán tratados por ponentes expertos y acreditados, lo cual es una garantía de la calidad del curso, y de una aproximación exhaustiva y real, a los problemas actuales del arbitraje.

Encuentros como el que hoy inauguramos están consolidando foros de opinión de gran nivel, y ello es el fruto del peso específico de este servicio en el Departamento de Salud y Consumo del Gobierno de Aragón, así como del impulso que esta teniendo en esta etapa, en la que crece en progresión casi geométrica.



La Junta Arbitral de Consumo de Aragón recibió en 2003, más de 1.500 solicitudes de arbitraje, lo que supuso un incremento superior al 23% respecto a 2002.

En 2003 se dieron 445 laudos arbitrales, decisiones que tienen carácter ejecutivo y fuerza de cosa juzgada, y 337 expedientes, un mecanismo de resolución que se está consolidando como acuerdo de voluntades satisfactorio para ambas partes; incrementándose en un 41% las resoluciones totales con respecto al año 2002.

Ya podemos avanzar que en 2004 las cifras de actividad arbitral van a seguir la misma línea ascendente. En el primer semestre ya se habían resuelto 519 solicitudes de arbitraje (un 26% más que en el primer semestre de 2003), 144 de ellas por mediación.

En los últimos meses, durante los cuales se han nombrado cinco presidentes y seis secretarios de Colegio Arbitral, el Departamento de Salud y Consumo ha mejorado la dotación de recursos con el propósito de aumentar la eficacia administrativa y se han modificado los modelos de las hojas de reclamaciones en lo que se refiere a la posibilidad de iniciación de la vía arbitral, para evitar disfunciones en la tramitación de las reclamaciones, que pudieran generar frustración en las expectativas de los consumidores y usuarios.

Para seguir avanzando habrá que coordinarse con la Administración estatal, en quien recae la competencia principal del arbitraje, pues es una materia en la que las Administraciones autonómicas están colaborando con empeño, dedicación y responsabilidad.

En definitiva, el Gobierno de Aragón apuesta por consolidar el arbitraje como vía alternativa a la jurisdicción ordinaria, tanto en el nivel autonómico como en los órganos de la Conferencia Sectorial de Consumo, y sin perjuicio de profundizar en las posibilidades de una futura reestructuración, se están poniendo los medios a nuestro alcance para agilizar y mejorar el funcionamiento de este recurso de resolución de conflictos y, para ello, es decisiva vuestra aportación.

Muchas gracias.

CURSO MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

**Nuevos retos del arbitraje
de consumo**



**MÉTODOS ALTERNATIVOS DE
SOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

D^a María Dolores Bañares Acedo
Subdirectora General de Normativa y Arbitraje.
Instituto Nacional del Consumo

MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

D^a María Dolores Bañares Acedo

Subdirectora General de Normativa y Arbitraje.
Instituto Nacional del Consumo

Uno de los pilares fundamentales en los que reposa la legitimidad de los estados de derecho, es sin duda la capacidad estatal de resolver los conflictos surgidos entre particulares.

Paralelamente, la finalidad primordial de cualquier sistema legal es el establecimiento de reglas claras para hallar soluciones justas y equitativas a las disputas. Sin lugar a dudas, la justicia íntegra y agrupa las principales aristas de legitimidad de la organización política, tales como la convivencia pacífica, la credibilidad institucional y los niveles de confianza y crecimiento económico.

Sin embargo el acceso de los ciudadanos a la justicia no siempre es fácil y el ciudadano en muchas ocasiones y por razones muy diferentes tiene que salvar escollos para hacer valer sus derechos.

Estas dificultades surgen en cualquier parte del mundo, aunque su dimensión y las razones que las originan son radicalmente diferentes dependiendo de donde situemos el problema, y no sólo geográficamente, sino en el sector o ámbito en el que se produce el conflicto.

Ésta generalización de las dificultades del acceso a los tribunales de justicia que encuentran los ciudadanos, ha determinado la búsqueda de soluciones que palien esas disfunciones.

Expertos, estudiosos y colectivos afectados han buscado una solución mediante la ampliación de las vías tradicionales de resolución de conflictos, surgiendo así los métodos alternativos de solución de conflictos. Estos métodos pasan a ser en muchos casos instituciones jurídicas que los ciudadanos tienen a su disposición para resolver sus

controversias, sin necesidad de fallo judicial. Por regla general las nuevas instituciones lo que hacen es desplazar hacia los particulares la solución de conflictos y de esa forma inciden en la descongestión de la Administración de Justicia.

Para afirmar la actualidad de estos métodos y su desarrollo imparable, basta un dato simple: si se introduce el termino “métodos alternativos de solución de conflictos” en un buscador de internet, por ejemplo google, sólo en idioma español, aparecen 12700 páginas dedicadas a ellos. Y no es precisamente en los países de habla hispana donde mas desarrollados están estos tipos de mecanismos y donde más se utilizan.

Otro dato, esta vez de carácter práctico y muy significativo: En Estados Unidos, sólo llegan a juicio entre el 5% y 10% de las demandas; el resto se resuelven por conciliación en la etapa preliminar.

La primera pregunta que nos podemos hacer es: ¿por qué motivo surgen estos métodos? ¿Qué hace que en Oriente y Occidente se vuelva la mirada a estos métodos. En Filipinas se acaba de aprobar una Ley de Métodos Extrajudiciales, con idea de regular su existencia.

Para satisfacer esta curiosidad pensaba, nada mejor que adentrarme en la “selva de la información”, es decir, internet. Y así en una de esas 12700 páginas, encuentro un artículo que me sorprende. Está escrito por un Profesor Universitario de Derecho y se refiere, ténganlo en cuenta para que no les sorprenda aún más a la Región Andina. El artículo comienza con esta afirmación tan dramática..., valiente..., demagógica..., mejor, añadan Uds el calificativo. Decía que el artículo comenzaba diciendo: “La Administración de justicia en todos los países se encuentra confiada a la responsabilidad de los Estados, constituyendo uno de los servicios de más difícil prestación por los inmanejables niveles de corrupción, morosidad, falta de independencia e inequidad que han demostrado”

Una cuando lee algo así sólo puede sobrecogerse, y cuando se repone lo primero que hace es felicitarse de ser ciudadano de un Estado y de una Comunidad Internacional, en el que el adjetivo más grave que se puede decir de la justicia es que a veces es un poco lenta.

Obviamente y afortunadamente, dentro de la Unión Europea, la búsqueda de métodos alternativos responde a motivos radicalmente diferentes. Pero sea por la razón que sea, a un lado del Atlántico y al otro, los métodos alternativos de solución de conflictos están proliferando y además están demostrando su eficacia, ya que sus resultados redundan en beneficio de los ciudadanos en general, cuyo acceso a la justicia ha mejorado gracias a ellos. Esto es ya un hecho indiscutible.

Estas modalidades de “justicia alternativa”, y no de “alternativa a la justicia” han empezado a designarse de forma generalizada bajo dos acrónimos que, tienden a imponerse universalmente: “ADR” por “Alternative Dispute Resolution”, en lengua inglesa o R.A.L por “Resolución Alternativa de Litigios” en lengua española.

Las A.D.R o R.A.L, no son una novedad, pero si es verdad que han experimentado un desarrollo acelerado desde hace algunos años y llaman cada vez más la atención de estudiosos y observadores. La multiplicidad de iniciativas en la práctica concreta y la

riqueza de los trabajos sobre la doctrina han de ser ayuda inestimable para las autoridades públicas en su misión de seguimiento y control de aquellas.

Una de las razones del desarrollo de éste tipo de órganos es como hemos dicho anteriormente de carácter práctico y coyuntural: las ADR constituyen una respuesta a las dificultades de acceso a la justicia a las que se enfrentan muchos países.

Las A.D.R se inscriben plenamente en el contexto de las políticas sobre la mejora del acceso a la justicia. En efecto, estas A.D.R desempeñan un papel complementario con relación a los procedimientos jurisdiccionales, en la medida en que, a menudo los métodos aplicados en ellas se adaptan mejor al carácter de algunos tipos litigios.



El caso más cercano y familiar a nosotros sería el de los conflictos de consumo. Todos recordamos las dificultades del acceso a la justicia de los consumidores, que se recogían en el Libro Verde de Acceso a la Justicia del año 1993. En él se recogían las dos características propias de este tipo de litigios: La escasa cuantía de las reclamaciones y el elevado coste y lentitud de los procesos judiciales. Pero este problema lo planteaba la Comisión Europea, que era quién había encargado el estudio, como un problema que sufrían los consumidores nacionales. En aquel momento, aunque reciente también lejano, las transacciones transfronterizas de consumo se efectuaban con motivo de un período de vacaciones, y los bienes objetos de conflictos solían ser souvenirs o si acaso ropa, o algún capricho.

El consumidor “medio” no se desplazaba normalmente al extranjero, ni compraba a distancia, ni mucho menos contrataba electrónicamente.

Pero los hábitos del consumidor han cambiado radicalmente y estos cambios no han hecho más que empeorar. Los factores que inciden son variados:

- La libre circulación de bienes y servicios en las comunidades internacionales.
- La venta y prestación de servicios a distancia.
- La mayor movilidad de los ciudadanos, facilitado por el avance de los medios de comunicación y por su abaratamiento. Lo que permiten largos desplazamientos en cortos periodos, haciendo así una utilización diferente de su ocio.
- El auge de internet y el desarrollo del comercio electrónico.

El movimiento transfronterizo de los bienes y servicios permite a los consumidores adoptar decisiones más ventajosas en lo que se refiere a adquisiciones o contratación de bienes y servicios.

Esta demanda transfronteriza, es desde el punto de vista económico beneficiosa para los consumidores porque aumenta la presión competitiva y favorece una oferta de bienes y servicios más eficaz y a precios más competitivos.

Pero esta nueva realidad, también acarrea algún problema: los conflictos de consumo de carácter transfronterizo se multiplican y a los problemas citados anteriormente para el acceso a la justicia hay que sumar a menudo cuestiones complejas de conflictos de leyes y de órganos jurisdiccionales así como dificultades prácticas de carácter lingüístico y financiero. La solución de conflictos de consumo transfronterizos, se torna mucho más compleja con nuevos problemas a añadir a los característicos de los procedimientos judiciales: la dilatación de los procesos, la presión económica y emocional etc.

Si nos referimos a las contrataciones electrónicas, el problema se vuelve aún más complejo. El fenómeno de los modos alternativos de solución de conflictos constituye un excelente ejemplo de modo normativo que, en el contexto de Internet, emprende ese camino en que el intérprete se inspira en el pasado y al mismo tiempo lo reinterpreta a la luz de los adelantos tecnológicos. El marco jurídico de las relaciones jurídicas que se entablan por internet plantea importantes dificultades exacerbadas por la distancia y la incertidumbre que rodean el derecho aplicable o la jurisdicción competente.

El recurso a los modos alternativos de solución de conflictos parece ser una vía particularmente prometedora, como lo prueba ya la práctica actual. Confinados durante largo tiempo al mundo físico, la mediación y el arbitraje pueden demostrar la flexibilidad, la maleabilidad, la rapidez, la facilidad y la economía que han justificado siempre su existencia y han propiciado a menudo sus aciertos. Resulta, pues, importante adaptar a los entornos electrónicos esas instituciones tan encomiadas a fin de que conserven todas las cualidades que hacen de ellas todavía los medios idóneos para solucionar los conflictos del comercio internacional.

Para estudiar los fundamentos teóricos de un despliegue de mecanismos alternativos de solución de conflictos en el ciberespacio, bastaría con examinar el fenómeno del comercio en la Edad Media. La Lex Mercatoria o ley de los mercaderes, que se elaboró en aquella época, constituye un excelente medio de describir el establecimiento de los intercambios en un marco histórico caracterizado por la fragmentación es este caso la de la Europa medieval. La Europa medieval está fragmentada en ducados, baronías y otros feudos. El poder parece entonces dividido entre varios órdenes, fruto del feudalismo. Por su parte los mercaderes emprenden largas travesías para poder dedicarse al negocio y se enfrentan además de la inseguridad física, a todo tipo de impuestos, derechos y pea-

jes “recaudados por un sin fin de señores, ciudades, comunidades, al paso de un puente, de un vado o por el simple tránsito por unas tierras”. Para paliar esto intervienen los príncipes que necesitan el comercio para llenar sus arcas y sustentar la vida económica de sus feudos y se les ocurre organizar grandes ferias comerciales donde comienzan a aparecer una serie de reglas. Los mercaderes se fijan reglas, la *lex mercatoria*, y los medios de garantizar el respeto de dichas reglas.

La analogía con los entornos electrónicos es atractiva, ciertamente. Se encuentra allí también esa fragmentación de los espacios virtuales donde la territorialidad ha perdido parte de su sentido. Ninguna autoridad estatal puede aspirar por sí sola a reglamentar un universo cuyos actores están dispersos. Sin embargo, “la necesidad de una estructura jurídica para organizar las relaciones en el ciberespacio, es tan fundamental como lo era en la época medieval. La creación de un mundo virtual, donde se pueden efectuar transacciones en un contexto transfronterizo, constituye un fenómeno singular en que los participantes han comenzado ya a elaborar sus propias reglas al margen de los legisladores nacionales. En este contexto se inscriben las distintas iniciativas que tienen por objetivo establecer mecanismos de solución de conflictos electrónicos. Esto será de forma rotunda el futuro de la justicia, o la justicia del futuro

Pero volviendo del mundo virtual al físico, y de la edad media a hoy, todos sabemos que estos anacronismos, R.A.L o de A.D.R, engloban a una gran diversidad de métodos extrajudiciales que con distintas metodologías tienen como fin resolver una disputa concreta.

Una clasificación básica podría ser subdividir los métodos extrajudiciales en tres categorías:

- De carácter vinculante
- Sin efectos vinculantes
- De naturaleza consultiva

Pero independientemente del método elegido, todos ellos participan de una serie de características comunes:

- Se inician cuando todos los implicados lo desean y lo hacen constar de forma expresa, generalmente por escrito.
- Tienen una normativa procesal clara y conocida de antemano por los implicados.
- Las partes eligen a los decisores (ya sean árbitros, mediadores, evaluadores etc.)
- Los decisores conocen a la perfección los mecanismos procesales del método.
- Los decisores deben acreditar su imparcialidad e independencia.
- Las instituciones administradoras de los métodos y los decisores deben guardar confidencialidad.
- Las instituciones y decisores deben observar un código deontológico propio.
- Las partes deben poder conocer los costes del procedimiento antes de que éste se inicie.
- Los costes nunca deben estar ligados al resultado final del proceso como condición previa para la prestación del servicio.

- Ni la entidad administradora ni ningún decisor participan voluntariamente en procesos judiciales relacionados con el método extrajudicial administrado.
- Y si se trata de decisiones que tienen carácter ejecutivo, como es el caso del arbitraje, la institución administradora no ejecuta el laudo en los tribunales a petición de parte o a favor de cualquiera de las partes bajo ninguna circunstancia.

En una enumeración, no exhaustiva de estos métodos, y englobando algunos de reciente aparición y con poca difusión en España, podemos mencionar: el arbitraje, la mediación, la conciliación, la evaluación neutral y los O.D.R.

Al primero de ellos, el arbitraje no me voy a referir, porque aquí están expertos de todas las Juntas Arbitrales.

Respecto a **la mediación**, tampoco nos es extraña y el propio Real Decreto 636/93, de 3 de mayo, que regula el Sistema Arbitral de Consumo la señala en su artículo 4 como función de las Juntas Arbitrales de Consumo. Y fueron precisamente los sectores sociales implicados en el mundo del consumo, uno de los primeros en utilizar este mecanismo. Hoy sin embargo, la mediación está alcanzando en nuestro país tanta relevancia social, que empieza a ser regulada legalmente. No existe aún una ley de mediación familiar de carácter nacional pero las Comunidades Autónomas están tomando la iniciativa, y ahí tenemos varios ejemplos de Leyes de Mediación Familiar:

Galicia, Cataluña, Valencia y Canarias.

El propio Anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio hace expresa referencia a la mediación como método extrajudicial para resolver las dificultades que surjan entre los cónyuges relativas al ejercicio de sus potestades. Las partes, dice el anteproyecto, habrán de tener en consideración que pueden optar, antes que por el recurso a la Autoridad judicial, por solucionar sus diferencias acudiendo a procedimientos extrajudiciales más adecuados para la resolución de estos conflictos, entre los que cabe señalar la mediación.

El concepto de mediación no es único ni tampoco pacífico y puede confundirse con otros métodos similares como la conciliación. Son métodos cuyas fronteras no están bien definidas.

La mediación es fundamentalmente un proceso mediante el que un tercero, experto y neutral, asiste a dos o más personas a buscar soluciones negociadas a su conflicto.

La mediación basa su fundamento en la voluntad de las partes de dialogar por muy distantes que san sus respectivas posturas.

Las personas que deciden acudir a la mediación, deben hacerlo de modo abierto y dispuestos al diálogo como paso previo imprescindible para alcanzar soluciones mutuamente satisfactorias. La mediación pretende, en definitiva, plantear aspectos comunes sobre los que puedan construirse un acuerdo que satisfaga a ambas partes.

Desde su obligada imparcialidad y experiencia profesional, el mediador ayuda a las personas que acuden a la mediación a entender sus propias motivaciones y las del otro.

La mediación no culmina en la obtención de una solución impuesta por el mediador, sino en un acuerdo negociado por las partes según su propio criterio y con la ayuda del mediador. Todo depende de los interesados que son en todo momento los protagonistas de la mediación.

Sus variantes son amplias: familiar, empresarial, (aquí se englobaría la de consumo), penal, escolar e intercultural.

No existe un único tipo de proceso de mediación, pero sí que los protocolos de mediación se ajustan a criterios similares:

El proceso de mediación se desarrolla mediante la combinación de reuniones conjuntas y, en su caso, por separado con objeto de que el mediador llegue a un mejor entendimiento de las diferencias entre las partes para poder ayudarles a resolverlas.

El número de sesiones depende de la complejidad del asunto y se efectuarán con la presencia de los interesados y del mediador. El mediador podrá reunirse individualmente con cada una de las partes cuando lo considere oportuno. Cualquier asunto tratado en reunión individual será confidencial, y su contenido no será compartido con la otra parte salvo permiso expreso.

Las partes podrán asesorarse por los profesionales que estimen oportuno.

La mediación concluye como resultado del acuerdo que alcancen las partes sobre la totalidad o sobre alguna de sus diferencias.

Del mismo modo, las partes de común acuerdo o individualmente pueden dar por finalizada la mediación en el momento que consideren oportuno.

También, el mediador podrá concluir la mediación si considera improbable que sesiones adicionales ayuden a las partes a resolver sus diferencias.

A menudo al hacer referencia a la conciliación se emplea como sinónimo de la mediación y sus conceptos no se diferencian. Sin embargo, la diferencia entre **conciliación** y mediación estriba en el que el conciliador si puede ofrecer una opinión a las partes respecto a las propuestas que cada una presenta para la consideración de la otra. De esta manera, el conciliador influye directamente en el resultado del acuerdo que en su caso alcancen las partes. El resto del proceso es idéntico en cuanto a metodología y valor del acuerdo. En muchas ocasiones el mediador adopta la postura del conciliador y ofrece su opinión.

Otro método alternativo poco conocido en nuestro país es la: **EVALUACIÓN NEUTRAL**

La evaluación neutral es un proceso mediante el que un tercero, experto e independiente de las partes (evaluador) emite un informe respecto a las posiciones y argumentos de hecho y /o de derecho de cada parte, así como un sumario de recomendaciones sobre las que las partes puedan construir su propio acuerdo y resolver sus desavenencias.

Desde su imparcialidad y experiencia profesional, el auditor que las partes elijan libremente ayuda a cada una de a valorar sus respectivas posturas y argumentos. Además, el evaluador plantea en su informe recomendaciones independientes sobre las que las partes puedan construir un acuerdo que satisfaga ambas.

La evaluación neutral no culmina en la obtención de una solución impuesta por el evaluador, sino en el posterior acuerdo que éstas puedan alcanzar como resultado de su análisis y recomendaciones. Todo depende de los interesados que son en todo momento los protagonistas del proceso.

La evolución neutral tiene su fundamento en la equidad, privacidad, en la libertad de las personas para solucionar sus propios asuntos, y en los legítimos intereses de todas las personas o empresas que de un modo u otro se vean afectadas por un conflicto.

El evaluador es elegido por las partes, entre una lista remitida por la entidad administradora. Una vez elegido de común acuerdo el evaluador, éste podrá requerir la presentación de la documentación o argumentos por escrito y los citará para mantener una reunión conjunta. El evaluador puede pedir a las partes que presenten un escrito de conclusiones. Finalizado el proceso de audiencia, y presentado, en su caso el escrito de conclusiones de las partes, el evaluador emitirá su informe.

Los evaluadores han de ser expertos en la disciplina que se les someta. La evaluación puede desarrollarse en derecho y equidad.

En todo caso el evaluador debe ser imparcial y comportarse en consonancia con la deontología profesional propia de su actividad.

La aparición de nuevas formas de comercialización de los productos utilizando para ello las nuevas tecnologías, hacen pensar en la transposición de los métodos extrajudiciales al mundo virtual. Directivas Europeas y alguna ley española, como la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico se refiere a ellos en términos generales. Son los denominados Online Dispute Resolution (ODR) que pondrán fin a cualquier limitación geográfica que pueda existir entre dos o más partes porque permite que todos los procesos extrajudiciales se desarrollen completamente online. Serán los mismos proceso que existen en el mundo real pero a través de la Red. Para ser considerados ODR necesitan plataforma tecnológicas completas y no sólo envío de correos electrónicos o ficheros a través de e-mail.

En definitiva, el fenómeno de los modos alternativos de solución de conflictos constituye un excelente ejemplo de modo normativo, que en el contexto de Internet, emprende ese camino en que el intérprete se inspira en el pasado y al mismo tiempo lo reinterpreta a la luz de los adelantos tecnológicos. Confinados durante largo tiempo al mundo físico, la mediación, el arbitraje y el resto de métodos alternativos de solución de conflictos deben demostrar la flexibilidad, la maleabilidad, la rapidez, la facilidad y la economía que han justificado siempre su existencia.

Me gustaría concluir con una felicitación a todos los representantes de las Juntas Arbitrales de Consumo, que hoy están aquí presentes por haber sido pioneros en estos métodos. Hoy el arbitraje de consumo tiene una amplia experiencia, pero el verdadero desarrollo de los métodos alternativos de solución de conflictos no ha hecho nada más que empezar, y de la responsabilidad y garantías con las que se administren depende su futuro. A este desarrollo no van a permanecer ajenas las Juntas Arbitrales.

CURSO MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

Nuevos retos del arbitraje de consumo

LA ACCIÓN DE ANULACIÓN CONTRA EL LAUDO ARBITRAL DE CONSUMO A LA LUZ DE LA LEY 60/2003, DE 23 DE DICIEMBRE, DE ARBITRAJE

Carmen Samanes Ara
Profesora Titular de Derecho Procesal, Universidad de Zaragoza

I. Introducción.

II. Motivos de anulación.

1. Inexistencia o invalidez del convenio arbitral.
2. Indebida notificación de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales.
3. Resolución por los árbitros de cuestiones no sometidas a su decisión.
4. Designación de los árbitros o del procedimiento arbitral sin ajustarse al acuerdo de las partes o, en su defecto, a la Ley.
5. Resolución sobre materias no susceptibles de arbitraje.
6. Laudo contrario al orden público.

III. El laudo dictado fuera de plazo: su omisión en la Ley de 2003 como causa de anulación.

IV. El ejercicio de la acción de anulación.

1. Competencia.
2. Plazo de interposición.
3. Procedimiento.

LA ACCIÓN DE ANULACIÓN CONTRA EL LAUDO ARBITRAL DE CONSUMO A LA LUZ DE LA LEY 60/2003, DE 23 DE DICIEMBRE, DE ARBITRAJE

Carmen Samanes Ara

Profesora Titular de Derecho Procesal, Universidad de Zaragoza

1. Introducción.

A través de la anulación se pretende que un órgano jurisdiccional declare la invalidez, y consiguientemente, deje sin efecto, un laudo arbitral. Esta cuestión no es objeto de regulación directa por el RDAC, sino que, como ocurre con otras materias, el art. 17.2 del RDAC reenvía, en lo relativo a la anulación del laudo, a la LA. Hasta hace pocos meses, la regulación aplicable era la contenida en la Ley de Arbitraje de 1988, pero en marzo de este año entró en vigor la nueva Ley. Ésta contiene preceptos que no comportan una variación respecto del régimen anterior, pero también introduce innovaciones de hondo calado que afectan, por lo que acabo de decir, a nuestro ámbito.

Los preceptos contenidos en los arts. 40 a 42 (Título VII), de la Vigente LA se dedican a este tema, y por tanto a ellos habrá que acudir para estudiar la anulación de laudos arbitrales de consumo, eventualidad que, hay que recordar ya desde ahora, se da con poca frecuencia en la práctica.¹

Conviene, con carácter previo, precisar mínimamente la esencia de la anulación. El laudo es firme desde que se dicta. Así ocurría bajo la vigencia de la anterior Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 y así es también ahora. Aunque dicha disposición legal utilizaba el término “recurso” para referirse a la posibilidad de anulación del laudo, no había duda de que, bajo esta denominación, no regulaba un verdadero recurso. Para que pudiera hablarse de recurso, haría falta que el órgano *a quo* y el órgano *ad quem* per-

¹ Hay que advertir que en la práctica son escasas las solicitudes de anulación de arbitrajes dictados en materia de consumo. De hecho, en el año 2002, de 13.915 laudos emitidos en España, únicamente se presentaron 57 solicitudes de anulación, de las cuales la mayoría no prosperó.

teneciesen a un mismo orden orgánico, y que ejerciesen la función del mismo modo. Pero los árbitros no ejercen jurisdicción oficial sino arbitral, y por eso la Audiencia Provincial no puede intervenir revisando la actuación del árbitro *more* recurso (BONET NAVARRO). No equivale a la apelación, pues no se permite un nuevo examen del asunto. Y está bien que no sea así; tal previsión legal está de acuerdo con la tesis jurisdiccionalista del arbitraje y con la esencia misma de la institución. En palabras de FENECH, si las partes han querido someterse a la decisión de un tercero, no parece lógico que la decisión de éste pueda ser sometida a revisión por los tribunales de instancia.

Como dice, entre otras muchas, la SAP de Valladolid de 24 de marzo de 1994, recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, no se trata de una instancia más, lo que iría contra la esencia del arbitraje, sino de un juicio externo, limitado a las meras garantías formales, pero no sirve para corregir deficiencias del laudo ni puede discutirse el mayor o menor fundamento de lo resuelto.

En efecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 288/1993 de 4 sentó una doctrina que es completamente aplicable a la legislación arbitral vigente: *... la Ley prevé unos mecanismos específicos de revisión judicial de los laudos arbitrales, de forma que como afirma el Ministerio Fiscal, sólo podrán ser anulados en los casos expresamente previstos en el artículo 45 cuando el recurso es presentado en el plazo preclusivo regulado en el artículo 46. En consecuencia, hay que concluir que cuando este efecto se produce por causa distinta a las taxativamente previstas o en virtud de recurso presentado fuera de plazo se está desconociendo el efecto de cosa juzgada que la Ley les otorga, vulnerando el principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes que les es de aplicación y, en última instancia, desconociendo la tutela judicial efectiva del beneficiado por él.*

Estamos, por tanto, ante algo enteramente diferente de una sentencia de apelación, pues la consecuencia de que ésta estime el recurso, es que la cuestión queda decidida, definitivamente juzgada², pero si la sentencia estima la pretensión de anulación, la cuestión queda imprejuzgada y las partes, si así lo desean, y si la naturaleza del motivo de nulidad estimado lo permite, pueden volver a plantear la cuestión ante árbitros o ante un juez.

En el Título VIII de la Exposición de Motivos de la LA se da cuenta de que la nueva regulación corrige ya esa deficiente terminología. Por tanto, insisto, hay que hablar de acción de anulación y no de recurso. Es muy llamativo que, pese a que se mantiene la naturaleza descrita, así como los motivos tasados, se expresa en el lugar citado que dichos motivos no han de permitir, *como regla general*, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros. Parece darse a entender, por tanto, que excepcionalmente es

2 Si bien, en determinados casos de nulidad de actuaciones, esa consecuencia no se deriva inmediatamente de la sentencia de apelación, pues ésta ordenará reponer las actuaciones al estado en que se hallasen cuando se cometió la infracción (art. 465.3 LEC).

posible revisar, en vía jurisdiccional, la decisión de fondo de los árbitros. Eso solo sería imaginable, con reservas, al amparo del motivo consignado en el art. 41.f) LA; a saber: laudo contrario al orden público.



II. Motivos de anulación.

Se encuentran indicados con carácter de *numerus clausus* en el art. 41.1 LA.

Si se examinan con detenimiento estos motivos, se aprecia enseguida que, mientras unos están directamente relacionados con problemas del convenio (los contenidos en las letras a) y e) del artículo 41.1: inexistencia o invalidez del convenio e inarbitrabilidad de la materia controvertida objeto del mismo) otros se basan en la existencia de una infracción de las reglas esenciales del procedimiento arbitral (los contenidos en las letras b, c y d: indebida notificación de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, resolución por los árbitros de cuestiones no sometidas a su decisión, designación de los árbitros o desarrollo del procedimiento arbitral sin ajustarse al acuerdo de las partes o, en su defecto, a la Ley). Y está, por último, el motivo consistente en la vulneración del orden público.

1. Inexistencia o invalidez del convenio arbitral

Las características especiales de la formalización del convenio en el arbitraje que me ocupa, por un lado, y la materia específica que constituye su objeto, por otro, forzo-

samente han de determinar una frecuencia en la práctica de la concurrencia de esta causa de anulación menor que en otros arbitrajes.

Conviene advertir, de antemano, que para que pueda prosperar una pretensión de anulación fundada en la falta de alguno de los requisitos esenciales del convenio, hace falta que el vicio haya sido denunciado en tiempo ante los árbitros (art. 6 LA) y que haya sido desestimado. Pero si la parte conoce la concurrencia del vicio y no la denuncia pierde la posibilidad de pedir eficazmente la anulación. Ahora bien, la norma del artículo 6 debe ser interpretada en el sentido de que ésta preclusión no operará en el caso de que el convenio verse sobre materia no arbitrable, pues de lo contrario se produciría una vulneración del orden público.

En el primer apartado del art. 41.1 de la vigente Ley de Arbitraje se contempla como causa específica de la nulidad del laudo, junto con la invalidez del convenio, la inexistencia de éste. La importancia de que el sometimiento al arbitraje sea voluntario se comprende si se piensa que, de no ser así, y puesto que el conflicto resuelto en el laudo no puede replantearse ante un Juez, se estaría privando al interesado de su derecho a la tutela judicial efectiva que le garantiza el art. 24 CE.

Es, pues, precisamente la nota de la voluntariedad de las partes de un conflicto que acuden al arbitraje, el elemento que permite justificar la constitucionalidad del citado mecanismo extrajudicial (GASPAR LERA). En este sentido, cabe citar la STC de 16 de marzo de 1988 en la que se declara que: *... por el principio de autonomía de voluntad de los particulares, la ley permite optar a éstos, renunciando a la jurisdicción estatal, por la del árbitro o árbitros particulares de equidad.* Por su parte, en la sentencia de 29 de marzo de 1990 se afirma: *... el acto voluntario de sumisión o sometimiento a la decisión de árbitros es inherente al método específico de heterocomposición dispositiva del conflicto en que consiste la institución arbitral.* Y en el pronunciamiento de 23 de noviembre de 1995 el Alto tribunal manifiesta: *... la autonomía de voluntad de las partes -de todas las partes- constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial.*

Esta trascendencia constitucional explica las exigencias legales en cuanto a la forma. Indica el apartado tercero del art. 9 de la Ley de 2003 que el convenio arbitral deberá constar por escrito. Significativo es que, en este mismo precepto se menciona ya -lo que no ocurría en la Ley anterior- el arbitraje telemático.

Al amparo de este primer motivo pueden denunciarse vicios que afectan a los requisitos esenciales del convenio; así, puede producirse nulidad cuando el convenio verse sobre materias o cuestiones de las contempladas en el art. 2.2 del RDAC. En tal caso, el motivo coincidirá con el indicado en la letra e) del art. 41.1 LA (resolver los árbitros sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje) al que después me referiré.

Y junto a los supuestos de nulidad, están también los casos de inexistencia de convenio. La Ley anterior no mencionaba ésta separadamente, pero ocurre que la categoría de invalidez incluye indudablemente los supuestos de inexistencia. Lo cierto es que, si examinamos las resoluciones de las Audiencias Provinciales, emitidas en relación con la Ley de 1988, encontramos algunos casos de anulaciones de laudos de consumo por este motivo. Resultan ilustrativas, en este orden de cosas, las sentencias que cito a continuación.

La SAP de Barcelona de 25 de julio de 1996 se pronunció sobre una pretensión de anulación en un caso en el que la recurrente había formulado una reclamación en la OMIC, pero no había solicitado realmente un arbitraje. La AP entendió que como esa falta de solicitud de arbitraje no aparecía suplida *ex post* de modo evidente en ningún momento del trámite, no cabía sino estimar el recurso de anulación.

La SAP de Barcelona de 24-4-1997, anuló un laudo por el mismo motivo; en el supuesto resuelto no se apreciaba la voluntad inequívoca, pues en el expediente remitido por la JAC solo constaba un escrito remitido a la OMIC, una hoja de reclamación, en la que el consumidor afirmaba que no estaba de acuerdo con la facturación de la empresa demandada, ni con su falta de rigor al informarle, y otro escrito dirigido al Delegado del Gobierno en Telefónica, en el que pedía la anulación de la reclamación que había hecho (a requerimiento de la JAC).

La SAP de Barcelona de 30 de enero de 2004 anuló un laudo que había condenado a Caja Madrid sin que ésta hubiese aceptado el arbitraje propuesto por la Junta y –según se expresaba en dicha sentencia– consecuentemente sin haber sido oída. En ese caso se alegó y se apreció infracción del orden público por no respetarse los principios de contradicción y defensa. Pero realmente el supuesto encajaba en el motivo primero, pues no existía convenio.

2. Indebida notificación de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales.

En el segundo de los motivos del art. 41.1 LA se transcribe literalmente el precepto correspondiente de la Ley Modelo³, que dice: (cuando la parte alegue y pruebe) *que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos*. Realmente me parecía más precisa la expresión de la Ley anterior, que se refería a la infracción de las formalidades y principios esenciales, aunque la mayor parte de supuestos de indefensión podrán reconducirse a la inobservancia de algún principio o bien, al choque con el orden público.

³ Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (aprobada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985).

Nótese, en cualquier caso, que lo esencial es que no debe colocarse a la parte en situación de indefensión. Es decir, *la parte no debe verse privada de la posibilidad de hacer valer sus derechos*, ya sea por no haberle sido debidamente comunicada la designación de un árbitro (y consiguientemente, no poder ejercitar su derecho a cuestionar su imparcialidad) o el desarrollo de las actuaciones arbitrales o de alguna de ellas, ya por cualquiera otra razón. En función de esta idea es como debe interpretarse la expresión *debidamente notificada*.

En la práctica habrá supuestos en los que podrá impugnarse el laudo tanto al amparo de esta causa (imposibilidad para la parte de hacer valer sus derechos) como en función del submotivo contenido en la letra d): procedimiento no ajustado a la Ley (es decir, no ajustado a una norma imperativa de la Ley). Me refiero a los casos en los que se vulnera el principio de audiencia. Esto puede ocurrir a su vez por las razones siguientes:

a) *Por defectuoso o ineficaz modo de notificación.*— En principio es suficiente para que se considere que una notificación está bien hecha, que se acredite que la parte ha tenido conocimiento del objeto de la comunicación, cualquiera que sea la vía por la que se le ha proporcionado dicho conocimiento. En este sentido la jurisprudencia de las Audiencias había entendido, ante el silencio al respecto de la Ley anterior, que la regla era la falta de formalismo. Así, la SAP Cantabria de 22 de enero de 1993 indica: ... *ninguna norma impone que las notificaciones y citaciones a las partes deban realizarse del modo previsto en las Leyes procesales civiles, ni siquiera por escrito, por lo que, como pone de relieve la doctrina, es incluso perfectamente admisible el procedimiento oral... Lo único decisivo es que en todo momento esté a salvo el derecho de las partes a ser oídas y a intervenir en la práctica de las pruebas, para lo que es preciso y exigible que medie la correspondiente citación...* Actualmente, el art. 5 LA establece unas disposiciones que permiten realizar las notificaciones de modo bastante flexible, pero siempre por escrito. Y el último párrafo del citado artículo contiene una suerte de notificación ficticia, para cuando no se logre *tras una indagación razonable*, averiguar el lugar donde puede hallarse al destinatario, en cuyo caso se considerará recibida enviándola al último domicilio, residencia o establecimiento conocidos. El uso inadecuado de esta última modalidad de comunicación podrá, por lo antes dicho, determinar la nulidad del laudo.

Y está claro, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, que en ningún caso podrá alegarse eficazmente la indefensión cuando la falta de conocimiento de la comunicación es debida precisamente a la desidia o falta de diligencia del interesado. En este sentido, la STC 26/1999, de 8 de marzo, declara: ... *la falta de emplazamiento personal es una infracción que solo deviene lesión constitucional cuando, pese a mantenerse por el ciudadano una actitud diligente, se ve colocado en una situación de indefensión (...), pues no es de recibo que mantenga una denuncia constitucional de indefensión quien, por su actitud pasiva y negligente, coadyuvó a su producción al no comparecer en el proceso, estando a tiempo de hacerlo pese a tener cono-*

cimiento de su existencia por cauces distintos al emplazamiento personal o haberlo podido tener si hubiera empleado una mínima diligencia (...).

b) Por imposibilidad de la parte para asistir a una audiencia o para presentar pruebas, siempre que justifique causa suficiente y ésta no sea atendida por los árbitros.— De acuerdo con lo dispuesto en el art. 31.c) LA, cuando sin alegar causa suficiente a juicio de los árbitros, una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas, los árbitros podrán continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas de que dispongan. Por tanto, si la parte que omite la actividad de que se trate, alega justa causa para ello, los árbitros deberán darle una nueva oportunidad de realizarla.

La SAP Toledo de 6 de julio de 1994 desestimó un recurso de nulidad basado en que la audiencia se celebró en ausencia del reclamado. Dicha sentencia expresó que éste no había justificado la ausencia, por tanto no había por qué suspenderla, teniendo en cuenta además que podía haber alegado por escrito o haber comparecido mediante representante.

Frente a esto, la SAP Gerona de 24 de marzo de 2004, anuló un laudo en un supuesto en el que, citada con sólo dos días de antelación la parte reclamada, ésta comunicó la imposibilidad de asistir su representante legal (por estar de viaje en Italia) que era la única persona conocedora de la problemática planteada, lo que acreditó documentalmente. No se retrasó, pese a todo, la celebración de la audiencia, con lo que se colocó al reclamado en situación de indefensión.

3 . Resolución por los árbitros de cuestiones no sometidas a su decisión.

El precepto equivalente a éste, en la Ley de Arbitraje de 1988 (art. 45.4) incluía, además de esta causa de nulidad, la de haber resuelto los árbitros sobre puntos que, aunque sometidos a su decisión, no pueden ser objeto de arbitraje. La actual Ley contempla este submotivo en la letra e) del art. 41, pero realmente no es sino una concreción de la causa primera, ya que si el convenio arbitral incluye materias excluidas será nulo (CORDÓN MORENO). Es algo, por tanto, innecesario, y de hecho no se menciona como motivo independiente en la Ley Modelo.

El motivo del art. 41.1.c se concreta a los supuestos de incongruencia por *ultra petitum* y por *extra petitum*. La delimitación de las cuestiones sometidas a la decisión de los árbitros es tarea que incumbe a las partes, y que cumplen al formular sus alegaciones iniciales, o bien con posterioridad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 29.2 LA.

Sobre este extremo existe una abundante jurisprudencia, ya en relación con la Ley de Arbitraje de 1953, conforme a la cual, los árbitros no están obligados a interpretar el principio de la congruencia tan restrictivamente que se coarte su libertad decisoria, ya que la naturaleza y finalidad del arbitraje permite una mayor elasticidad en la interpre-

tación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir, las que deben apreciarse no aisladamente, sino atendiendo a aquella finalidad y a sus antecedentes, pudiendo reputarse comprendidas en el compromiso, aquellas facetas de la cuestión a resolver íntimamente vinculadas a la misma, y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada (Cfr. STS de 15 de diciembre de 1987, y en el mismo sentido, las sentencias de 25 de octubre de 1982, 9 de octubre de 1984, 17 de septiembre de 1985, y 17 de marzo de 1988, todas ellas sobre arbitraje de equidad). Este criterio se ha seguido en las resoluciones emitidas por las Audiencias Provinciales. Así, SAP Valencia de 19-12-1996 afirmó que no puede entenderse que se conceda algo no pedido cuando se reclama una cantidad indeterminada haciéndose una solicitud precedida de la frase “al menos”.

Como ya se hacía en la Ley de 1988, y conforme al principio *utile per inutile non vitiatur*, se dispone (art. 41.3) que la parte del laudo no viciada debe conservar su validez, si esa parte de la controversia es independiente de la otra.

No se refiere la Ley a la falta de congruencia por defecto, si bien tal vicio sería denunciabile a través del motivo f) pues ello va contra el orden público procesal. En tal caso, sin embargo, no se salvaría la parte decidida, tal como se prevé para los otros casos de incongruencia (art. 41.3). Debe tenerse en cuenta, de todos modos, que el artículo 39 permite a las partes solicitar el complemento del laudo (no sólo la aclaración, que era lo que únicamente posibilitaba el art. 36 de la LA 1988).

4. Designación de los árbitros o del procedimiento arbitral sin ajustarse al acuerdo de las partes o, en su defecto, a la Ley.

Realmente en el procedimiento arbitral de consumo no tiene mucho sentido la referencia al acuerdo de las partes, pues en nuestro ámbito, tanto la designación de los árbitros como el procedimiento arbitral están legalmente preestablecidos, al ser un arbitraje institucional.

Cabalmente, la referencia a la Ley hay que entenderla hecha, para el arbitraje de consumo, tanto a las disposiciones de la LA en lo que resulten aplicables, como a las contenidas en el RDAC. Por otra parte, en este segundo motivo de anulación se comprenden dos órdenes de cuestiones: en primer lugar, la inobservancia de las disposiciones relativas al nombramiento de los árbitros, y en segundo, la inobservancia de los principios y formalidades legales previstas para la actuación de los árbitros.

Al amparo del primero de los aludidos submotivos, cabrá pedir la anulación del laudo en los casos siguientes:

a). Por actuación en el procedimiento de algún árbitro nombrado con incumplimiento de alguna de las normas contenidas en el art. 11 del RDAC sobre designación. Así, el nombrado sin ser abogado en ejercicio, habiendo las partes optado expresamen-

te por un arbitraje de derecho⁴; o el nombramiento recaído en persona no designada o no propuesta por la organización de consumidores o por los sectores empresariales en sus respectivos casos. La SAP Barcelona de 7 de octubre de 2003 anuló un laudo por esta causa. En el caso resuelto, la empresa reclamada formaba parte de una asociación de empresas adherida al sistema y, teniendo designados ante la Junta a determinados árbitros, aquella designó de oficio a quien tuvo a bien de otras asociaciones empresariales.

b). Por incumplimiento de los requisitos prescritos en los arts. 12 y ss. LA sobre el nombramiento de los árbitros.

El supuesto que puede plantear mayores problemas es aquél en el que no se respeten las exigencias de independencia e imparcialidad (art. 17.1 LA). Así, la SAP Madrid 4-2-1997 estimó la petición de anulación por concurrir causa de recusación en un árbitro (haber sido letrado de la parte); en aquel supuesto no se había producido la recusación oportunamente porque no se conocía en ese momento la causa.

El segundo de los submotivos que encierra el precepto contenido en la letra d) del art. 41.1 LA se refiere a que el procedimiento contravenga la Ley.

La SAP Valencia de 22 de junio de 2001 anuló un laudo porque la empresa reclamada había aportado pruebas fuera del plazo que se le concedió. La sentencia argumentó que, habiéndose concedido a ambas partes cinco días para prueba, la aportación documental posterior no debió admitirse, pues se contravinieron los principios de contradicción e igualdad.

Puesto que los árbitros desarrollan su actividad no sólo a lo largo del procedimiento, sino también, obviamente, al dictar el laudo con el que culmina aquel, podría pensarse en principio, que la vulneración de las normas de procedimiento previstas por la ley (art. 16 RDAC y 34 y ss LA) para la emisión del mismo pueden también constituir motivo de anulación. Sucede sin embargo, que algunas de las infracciones de las normas relativas a la decisión, contenido, y forma del laudo, se contemplan por la ley como motivos específicos de anulación en las letras e) y f) del art. 41 de la LA. Por otra parte, la infracción de lo dispuesto en la letra f) del nº 1 del art. 16 del RDAC (falta de decisión sobre alguno de los puntos controvertidos), sería atacable al amparo de lo dispuesto en la letra f) del art. 41, pues en tal casos se lesiona el orden público, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva impone que las resoluciones han de ser exhaustivas.

La falta de motivación sería el único supuesto susceptible de fundamentar una petición de anulación por infracción de las normas reguladoras del laudo (sin embargo, la SAP Zaragoza de 22 de noviembre de 2002 y la SAP Tarragona de 28 enero de 2003

⁴ Una novedad de la vigente LA es que su artículo 15.1 permite que las partes puedan, mediante acuerdo, posibilitar que el árbitro que resuelve con arreglo a derecho no sea abogado en ejercicio. En cualquier caso, debe entenderse que quien asume un arbitraje de derecho debe poseer la debida cualificación técnica para llevar a cabo su cometido.

anularon laudos por falta de motivación, siendo el arbitraje de derecho, entendiendo que resultaba vulnerado el orden público).

Conviene destacar, en este punto, que el art. 16.2 del RDAC establece que el laudo será motivado cuando se haya decidido en derecho. Sin embargo, el art. 37.4 LA exige la motivación con carácter general (salvo acuerdo de las partes o laudo convenido). Podría sostenerse que en el arbitraje de consumo el laudo dictado en equidad no precisa motivación, al ser el RDAC norma especial, y la LA de aplicación supletoria. Pero ocurre que esta última es posterior, y de rango superior. Y la motivación es una garantía que se encuentra en directa relación con el derecho a la tutela efectiva que proclama el art. 24 CE. Me inclino, por ello, a afirmar que la referida exigencia de la LA debe prevalecer. Y sin que ello signifique en modo alguno que el laudo debe motivarse en derecho; aunque sea de equidad, es preciso explicitar las razones por las que se ha resuelto en uno o en otro sentido. Lo habitual, por otra parte, es que los laudos arbitrales de consumo, aun los dictados en equidad, se motiven, práctica saludable que evita posibles anulaciones .

La exigencia de motivación se incumple tanto si se carece de ella, como si hay una incoherencia entre la motivación y la parte dispositiva del laudo. Así, la SAP Burgos de 24 de abril de 2001 anuló un laudo arbitral de consumo en el que, después de imputar un defecto de construcción a la promotora, condenó al pago de la indemnización a la constructora. El tribunal argumenta así: *...es irrelevante que en el juicio de equidad los árbitros estén dispensados de fundamentar jurídicamente su decisión, pues la falta de fundamentación jurídica no equivale a falta de motivación, la cual puede existir, no tanto por no decidir la cuestión litigiosa conforme a Derecho, sino por apartarse los árbitros en este punto del proceso deductivo con el que se debe resolver toda cuestión en la que hay opiniones encontradas, y que es exigible tanto en el arbitraje de derecho como en el de equidad.*

5. Resolución sobre materias no susceptibles de arbitraje.

En orden a la identificación de las cuestiones que pueden someterse a una decisión arbitral, la Ley, siguiendo la misma técnica que la regulación precedente de 1988, ha optado por utilizar -sin necesidad de proceder a una enumeración pormenorizada de materias- el criterio general de la disponibilidad. En este sentido establece el art. 2.1 de la Ley de 2003 que *... son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.*

Para nuestro ámbito, hace referencia este motivo a los supuestos en los que el pronunciamiento del laudo haya recaído sobre cuestiones incluidas en el art. 2.2 del RDAC. Es difícil que en un arbitraje de consumo se plantee una materia no disponible, aunque pueden desvelarse durante el procedimiento indicios de estafa u otro delito, y en ese caso no se podría resolver. En este punto, existen algunos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales, que entienden que para que pueda apreciarse el motivo, los indicios de

estafa tienen que concurrir precisamente en la relación entre reclamante y reclamado. Recientemente se ha aducido con alguna frecuencia esta causa de anulación; se trata de casos de llamadas a un 906 en los que el consumidor solicita (y obtiene) que se le anule la facturación de telefónica en el servicio de tarificación adicional. Los tribunales estiman que no puede apreciarse el motivo, pues la estafa es ahí una cuestión ajena a la relación entre la compañía de teléfonos y el abonado (así, SAP Murcia de 21 de mayo de 2004).

Particularmente interesante me parece la SAP Barcelona de 3 de noviembre de 2003. El laudo impugnado condenó a RENFE a que indicase en la impresión de los billetes de transporte de cercanías, que dichos títulos solo sirven para ese tipo de trenes. Se pidió la anulación al amparo del art. 45.4 de la Ley de 1988, con el argumento de que el laudo afectaba a todas las relaciones que RENFE tuviese con sus clientes (y no sólo al hecho puntual de que el viajero, al tomar un tren regional, tuviese que pagar un suplemento por usar un tren al que no tenía derecho con el billete adquirido). La Audiencia entendió que una acción colectiva no puede someterse a la decisión de los árbitros, puesto que ello solo es posible en materias de libre disposición, y el consumidor no puede disponer de derechos colectivos que pertenecen a un número indeterminado de personas.

Pero también sería nulo el laudo si resolviese un problema no concerniente a una relación de consumo.

Así, la SAP Santa Cruz de Tenerife de 26 de julio de 1999 anuló un laudo en el que la pretensión de la parte reclamante era de retirada de un cable de telefónica y reparación de la fachada. Se afirma ahí que la pretensión, concedida en el laudo, excede del ámbito del arbitraje de consumo, por cuanto a dicha parte no puede conceptuársele como consumidor o usuario respecto de lo interesado, ya que no tiene su fundamento en la adquisición, utilización o disfrute como destinatario final del servicio o actividad desplegado por la Compañía Telefónica, sino que su fundamento está en la invasión y daños causados en una propiedad privada que atribuye a la otra parte y cuya reparación insta, por lo que el ejercicio de las correspondientes acciones de defensa de la propiedad debe realizarse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

En el caso resuelto por la SAP Asturias de 20 de enero de 2004, el laudo había condenado a Telefónica a trasladar una línea de teléfono del usuario reclamante, pero se trataba del traslado de línea de una zona a otra donde no existía trazado de Telefónica. Era preciso, por tanto, la instalación de línea donde no existía, y la sentencia consideró que el caso entraba dentro de las obligaciones de prestación del servicio público, lo que es competencia del Ministerio de Ciencia y Tecnología. Lo solicitado por el reclamante, pues, estaba excluido del arbitraje.

6. Laudo contrario al orden público.

Esta causa, indicada en el art. 41.1.f) LA, se invoca con mucha frecuencia, dado lo amplio de su enunciado. Pero con la misma frecuencia se desestima. El concepto de orden público, al ser un concepto jurídico indeterminado, favorece que la parte vencida en el procedimiento arbitral pretenda que se revise el contenido del laudo. Si esto se aceptara, se desnaturalizaría la esencia misma de la institución pues ocurriría que la jurisdicción ordinaria entrase a conocer del fondo de las decisiones arbitrales, lo que no debería admitirse (GASPAR LERA).

Comúnmente se entiende que dicho concepto tiene dos manifestaciones: de un lado, hace referencia al conjunto de principios jurídicos, públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (orden público material); de otro lado, el orden público se concibe como el conjunto de formalidades y principios necesarios que integran nuestro ordenamiento jurídico procesal, reconocidos en términos de generalidad en el art. 24 de la Constitución (orden público procesal)⁵. Pero si partimos de esto, observamos que algunas de las infracciones que se relacionan en el art. 41.1 de la Ley de 2003 constituyen una vulneración del orden público: tal ocurre con las causas de nulidad referenciadas en las letras b) (indefensión de la parte) y e) (inarbitrabilidad de la materia). Es pues, una causa cuyo contenido sería residual en relación con lo especificado en esos otros motivos. En cualquier caso, si examinamos la jurisprudencia apreciamos que generalmente la invocación del orden público en las demandas de anulación de laudos suele ir acompañada de la alegación de otros motivos; es decir, se acude a este motivo no con el fin de denunciar algo distinto a aquéllas, sino precisamente como una forma de reforzar el argumento que proporcionan las mismas.

Es interesante destacar que la vulneración del orden público puede ser apreciada de oficio por el tribunal, lo que expresamente se dispone en el art. 41.2 LA.

Estos cinco motivos tasados impiden que cualquier otra causa pueda ser alegada con éxito para conseguir la anulación del laudo, incluida la de haber infringido el laudo (de derecho) las normas del ordenamiento aplicables para resolver la cuestión objeto de debate, pues, como se ha quedado dicho, el concepto de norma de orden público es mucho más restringido que el de norma de derecho cogente. En este sentido, la reciente SAP Zaragoza de 21 de julio de 2004 niega con toda rotundidad la procedencia de la acción de anulación para cuestionar la no adecuación a derecho del laudo impugnado.

⁵ Vid., entre otras, las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: 15/1987, de 11 de febrero; 116/1988, de 20 de junio; y 54/1989, de 23 de febrero.

III. El laudo dictado fuera de plazo: su omisión en la Ley de 2003 como causa de anulación

Al analizar los motivos de anulación, y al compararlos con los enunciados por la Ley de 1988, llama la atención un dato importante. La vigente Ley no contempla ya, frente a lo previsto por la regulación anterior, el incumplimiento del plazo como causa de anulación del laudo.

El Tribunal Supremo, ya en relación con la Ley de arbitraje de 1953⁶, recalcó en varias sentencias que el laudo debe dictarse dentro de tiempo, porque es el lapso durante el cual las partes voluntariamente, renuncian al ejercicio jurisdiccional de sus diferencias, y dotan de facultades decisorias a los árbitros, pasado el cual cesa la potestad de los mismos, por haber rebasado el límite, y vicia de nulidad cualquier actividad arbitral extemporánea (así, entre otras, la STS 12 de noviembre de 1992).

De acuerdo con esta doctrina jurisprudencial, la Ley de 1988 consideró el plazo para dictar el laudo como un requisito de tal trascendencia, que su inobservancia se configuraba como motivo autónomo de anulación.

A pesar de que la Ley actual ya no lo considera así, parece claro que trata de evitar que la controversia quede de modo indefinido pendiente de resolución, como se desprende de la lectura de las normas contenidas en el art. 37.2, que establece que el plazo para dictar el laudo es de seis meses a contar desde la fecha de presentación de la contestación, o de la expiración del plazo para presentarla (siempre salvo acuerdo en contrario). Y a continuación expresa: *salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada.*

Dispone el párrafo segundo del art. 37, que: *La expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo determinará la terminación de las actuaciones arbitrales y el cese de los árbitros. No obstante, no afectará a la eficacia del convenio arbitral, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros.*

Nótese que en este lugar no se hace entrar en juego a posibles previsiones de las partes disponiendo las cosas de otro modo. Las expresiones categóricas aquí utilizadas son coherentes con la aversión legal a la ausencia de límites temporales para laudar, y son coherentes también con el significado del arbitraje como equivalente jurisdiccional.

Por consiguiente, si los árbitros no se atienen al plazo, pierden su competencia -cesan como árbitros- pero el convenio queda vivo, lo que significa que, y puesto que la

⁶ El art. 30 de la Ley de 22 de diciembre de 1953 establecía: *Contra el fallo que dicten los árbitros en un procedimiento de equidad sólo cabrá recurso de nulidad ante la Sala Primera del Tribunal Supremo por los motivos señalados en el artículo 1733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.* Por su parte, el art. 1733 LEC de 1881 contemplaba como uno de los motivos de nulidad el incumplimiento del plazo señalado en el compromiso o, en su caso, en la prórroga.

controversia no ha sido decidida, deben procederse, en su caso, al nuevo nombramiento de árbitros. Salvo, claro está, que de común acuerdo las partes renuncien al convenio y utilicen la vía judicial.

La solución que da la actual Ley es bien distinta de la que ofrecía el art. 30.2 de la Ley anterior, que rezaba así: *Transcurrido el plazo sin que se hubiere dictado el laudo, quedará sin efecto el convenio arbitral y expedita la vía judicial para plantear la controversia.*

Sentado lo anterior, hay que plantearse qué eficacia tiene un laudo dictado fuera de plazo. No comparto la opinión mantenida por CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHÁN para quienes, no recogiendo la Ley como causa de anulación, queda en manos del árbitro dictarlo cuando estime conveniente sin limitación de tiempo. Creo más bien, que en esos casos podría pedirse la anulación del laudo al amparo del motivo d) del art. 41, y en concreto, por falta de adecuación del procedimiento arbitral a la Ley. La norma que fija el plazo para laudar es una norma imperativa de procedimiento, como lo es en el ámbito de la jurisdicción estatal la que fija el plazo para dictar sentencia (aunque, ciertamente, su emisión tardía no la vicia de nulidad). Como imperativa es, y también de procedimiento, la que establece la consecuencia de no laudar en tiempo: la pérdida de jurisdicción del árbitro.

IV. El ejercicio de la acción de anulación.

1. Competencia

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.5 de la Ley, y sin variar en este punto la situación anterior, para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Audiencia Provincial del lugar donde aquél se hubiese dictado.

Los criterios de atribución de competencia a las Audiencias, son eminentemente funcionales, de modo que su principal cometido es la resolución de recursos (véase el art. 82.4 y 5 de la LOPJ). En realidad, estamos ante el único supuesto en el que la Audiencia Provincial conoce en primera (y única instancia) de un proceso declarativo, que sólo se explica, a mi parecer, por el dato de que, tradicionalmente, el supuesto que nos ocupa se consideró un recurso. Pero ninguna objeción podría hacerse si se hubiesen dispuesto las cosas de otro modo, más bien al contrario, pues de haberse atribuido la competencia a los Juzgados de Primera Instancia, se hubiese ganado en rapidez. Y esto hubiese sido sumamente conveniente para los arbitrajes de consumo.

2. Plazo de interposición

Frente al brevísimo plazo (diez días) que fijaba el art. 46.2 de la Ley de 1988 para la interposición de la pretensión anulatoria, el art. 42.4 de la Ley vigente prevé el de dos meses. Esto se justifica, según la Exposición de Motivos (apdo. VIII) porque, dado que

el laudo tiene fuerza ejecutiva desde que se dicta, esa ampliación no es perjudicial para la parte que ha obtenido pronunciamientos de condena a su favor. Sin embargo, el nuevo plazo me parece de una longitud excesiva, (así lo creo en relación con los arbitrajes en general, pero especialmente por lo que hace al arbitraje de consumo).

3. Procedimiento.

La nueva Ley, en lugar de instaurar, como hizo su predecesora, un procedimiento *ad hoc* para la sustanciación de la pretensión de anulación, prevé que la misma se ventile a través de los cauces del juicio verbal, aun cuando en realidad es un juicio verbal *sui generis*. A mi juicio, y frente a lo que estiman algunos autores (CHILLÓN MEDINA Y MERINO MERCHÁN) esta disposición no desnaturaliza la acción de anulación. La pretensión anulatoria era, y sigue siendo, un medio de atacar la cosa juzgada, por las razones expuestas antes. Y esto es independiente del tipo procedimental o el trámite que el legislador disponga al efecto. Como tampoco se opone, por ejemplo, a la catalogación de un juicio como sumario, el que la Ley prescriba para ventilar la pretensión correspondiente, el trámite de un plenario, como es el verbal.

En relación con este proceso, y frente a lo que la LA 1988 preveía en su art. 51, exigiendo la intervención de abogado y procurador, no se contienen en la vigente Ley previsiones específicas en cuanto a postulación. En mi opinión, esto es un inconveniente. En primer lugar, porque es dudoso, teniendo en cuenta las razones que acabo de exponer (estamos ante un proceso especial) que sean de aplicación las reglas generales de la LEC, conforme a las que no es preceptiva la intervención de abogado y procurador en los juicios verbales de cuantía inferior a 900 euros (arts. 23 y 31 LEC). Doctrinalmente se ha sostenido (HERRERO PEREZAGUA) que esa excepción es aplicable únicamente a los casos en los que el objeto del proceso sea una reclamación de cantidad, que son los aludidos en el art. 437.2 LEC, pero no a los demás casos en los que legalmente se prevé el cauce del verbal en atención a la materia. En segundo lugar, porque, aunque se entendiera que la excepción opera en cualquier caso, habría que considerar que tal intervención es preceptiva siempre que el laudo no fije una cantidad determinada, y dado que en el arbitraje no existe la obligación, frente a lo que ocurre en los litigios ante la jurisdicción oficial, de expresar la cuantía en la demanda.

En cualquier caso, no se seguirán los trámites comunes del juicio verbal (arts. 437 y ss. LEC), pues, en primer lugar, se dispone que la demanda, en vez de ser sucinta, deberá presentarse conforme a lo establecido en el art. 399 LEC, es decir, con forma de demanda para juicio ordinario. A la misma deberán acompañarse los documentos justificativos del convenio arbitral y del laudo (art. 42.1).

La contestación a la demanda no se ajusta a la pauta habitual del juicio verbal (donde la misma se formula oralmente en la vista) sino que el demandado tiene un plazo de 20 días para contestar, obviamente por escrito, y hay que suponer que en la forma legalmente prevista para la contestación escrita a la demanda, es decir, conforme a lo

establecido en el art. 405 LEC. Esto no es algo nuevo en la regulación procesal, puesto que análogo trámite se establece para los procesos no dispositivos regulados en el Libro IV de la LEC, en los que se observa el cauce del verbal pero la contestación a la demanda se realiza por escrito en el plazo de veinte días.

Tampoco la proposición de prueba se acomoda a lo previsto para el juicio verbal en la LEC, cuyo art. 443.4 establece que las partes (una y otra) propondrán la prueba en el acto de la vista. En el procedimiento para la acción de anulación, el actor debe proponer la prueba en la demanda, y el demandado en la contestación, si bien el actor puede proponer nueva prueba en la vista, y en relación con lo alegado por el demandado en aquélla.

No se establece por la Ley plazo específico para la celebración de la vista, pero la remisión al trámite del verbal lleva a concluir que, en el día siguiente a la contestación o a la terminación del plazo para contestar, deberá el juez citar para la vista, debiendo mediar diez días al menos desde el siguiente a la citación, y sin que pueda exceder de veinte, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del art. 440.1 LEC.

En la citación, habrán de hacerse las prevenciones indicadas en el art. 440.1 párrafo segundo y tercero, de modo que ambos habrán de concurrir con los medios de prueba propuestos, y el actor, además, con los que proyecte proponer en ese acto.

Practicadas las pruebas, si se hubiesen propuesto y admitido, se dará por terminada la vista y el tribunal dictará sentencia dentro de los diez días siguientes, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 447.1.

Si la sentencia estima la pretensión de anulación, la cuestión queda imprejuzgada, no teniendo las partes otra vía que la de replantear la cuestión ante un juez, o, en su caso -si se trata de materia arbitrable- ante un árbitro. Esto -el efecto meramente rescindente de la sentencia de la Audiencia- es lo que ocurrirá cualquiera que sea la causa de nulidad, es decir, tanto si por ejemplo, el laudo resolvió sobre materia no arbitrable, como si estimó indebidamente una excepción procesal⁷, o si el laudo careciere de motivación, no habiendo acordado las partes lo contrario en el convenio. En supuestos como estos últimos, parecería muy preferible (por razones, sobre todo, de economía) que el tribunal, a petición de parte, pudiese ordenar el reenvío de las actuaciones a los efectos oportunos.

⁷ La vigente Ley no contiene precepto semejante al del art. 23.2 de la Ley de 1988, conforme al cual, no cabía recurso contra la decisión arbitral estimatoria de una alegación de falta de competencia, inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral. El art. 22 de la Ley 2003 hace referencia al laudo que decide sobre excepciones procesales (incompetencia, inexistencia o invalidez del convenio o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia). Y expresa (art. 22.3) que *la decisión de los árbitros sólo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en el que se haya adoptado*. Realmente, si tenemos en cuenta cuáles son los efectos de la anulación del laudo, no tiene ningún sentido atacar una decisión arbitral estimatoria de una excepción procesal, puesto que ésta, en definitiva, lo que hace es dejar la controversia imprejuzgada. Sí tendría, en cambio, sentido, si en este caso se ordenase el reenvío de las actuaciones.

Desafortunadamente, no se ha tenido en cuenta aquí el art. 34.4 de la Ley Modelo, cuyo texto permitiría atajar problemas de la índole referida ⁸.

La sentencia que desestime la demanda de anulación no altera la situación existente. Pero no es ella la que determina la firmeza del laudo, que, como quedó expuesto, se produce desde que se dicta. A pesar de que la ubicación del precepto del art. 43 (*el laudo firme produce efectos de cosa juzgada*) a continuación de las reglas sobre la anulación, pudiera sugerir otra cosa, debe recordarse que una resolución es firme cuando contra ella no cabe ningún recurso, y como ha quedado justificado, la anulación no lo es, como no lo es la revisión. Nótese que, coherentemente con lo que afirmo, en los arts. 44 y 45 de la Ley, dedicados a la ejecución forzosa del laudo, no se utiliza la expresión *ejecución provisional*, propia de las sentencias o resoluciones no firmes.

La Ley de 1988, guardaba silencio en el punto relativo a la imposición de las costas causadas en este proceso; ante esto, los criterios utilizados por la jurisprudencia de las Audiencias eran de lo más variado. Para HINOJOSA SEGOVIA, lo correcto es (de modo análogo a lo previsto en el art. 398 LEC para las costas de la segunda instancia) condenar al demandante al pago de las costas si la sentencia es desestimatoria, y no hacer condena en caso contrario. A mi juicio, es acertada esta opinión; no deben imponerse las costas al demandado en caso de estimación de la pretensión anulatoria, porque el vicio determinante de la anulación no le es imputable en la mayoría de los casos.

⁸ Art. 34.4 de la Ley Modelo Uncitral: *El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad.*

CURSO MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

**Nuevos retos del arbitraje
de consumo**

LA NUEVA LEY 60/2003, DE 23 DE DICIEMBRE, DE ARBITRAJE Y EL ARBITRAJE DE CONSUMO



Abilio Ballester Marquina

Presidente de la Junta Arbitral de Consumo de Aragón

LA NUEVA LEY 60/2003, DE 23 DE DICIEMBRE, DE ARBITRAJE Y EL ARBITRAJE DE CONSUMO

Abilio Ballester Marquina

Presidente de la Junta Arbitral de Consumo de Aragón

España necesitaba una nueva Ley de Arbitraje que supusiese un avance cualitativo respecto de la anterior Ley 36/1988, de 5 de diciembre, con el fin de configurar un nuevo marco legislativo que aunase, de un lado las tradiciones jurídicas europea y anglosajona que nos pusiese a la altura de la normativa del resto de estados y que, de otro, estableciese una nueva configuración para el arbitraje interno e internacional inspirado en la Ley Modelo sobre arbitraje internacional elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en base a la recomendación de la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985.

Se trata, pues, de homologar nuestra legislación a los países más activos y avanzados en el arbitraje internacional, introduciendo cambios relativos al convenio arbitral y a otros aspectos del arbitraje, como la posibilidad de dictar medidas cautelares, definir y regular el arbitraje internacional con la intención de atraer arbitrajes del área iberoamericana, tan vinculada a España por razones históricas, culturales y económicas.

La Ley ha sido valorada positivamente por el mundo jurídico y en opinión de la mayoría de los autores y tratadistas se entiende como un avance positivo de calado e importancia en el arbitraje español, teniendo en cuenta que aún a pesar de que ya han transcurrido 20 años desde la promulgación de la Ley 26/1984, General para la defensa de consumidores y usuarios, antesala de la ya derogada Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988, la tradición arbitral en España se encuentra en pleno desarrollo. No obstante a esta favorable acogida, se han señalado algunos defectos, sobre todo por omisión, que abordaremos a lo largo de la sesión.

En primer lugar, merece la pena destacar la Exposición de Motivos en la medida en que justifica y aclara la necesidad de la nueva Ley con vocación didáctica cumpliendo así el verdadero objetivo de las exposiciones de motivos o preámbulos que preceden a las distintas normativas, haciendo bueno el juicio que de las mismas tenía el Profesor Guaita Martorell para quien la lectura de la Exposición de Motivos debía bastar para tener un conocimiento exacto del contenido de la ley a la que precediese.

La Ley tiene un decidido propósito unificador y regula de forma unitaria el arbitraje interno y el internacional, optando por un ámbito de aplicación territorial puesto que se aplica a los arbitrajes que se producen dentro del territorio español, ya sean de carácter interno o internacional (art. 1º).

La Ley se define supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes y, por tanto, lo es del arbitraje de consumo, y excluye de su ámbito de aplicación a los arbitrajes laborales, lo que le ha acarreado más de una crítica por parte de algunos autores, como por ejemplo Chillón Medina y Merino Merchán.

Es un acierto de la Ley que se defina, entiendo que por primera vez en nuestro ordenamiento, que es o que se entiende por arbitraje internacional (art. 3), si bien cabría criticar por excesivamente generalista la circunstancia C) del nombrado artículo 3º, ya que hacer depender la internacionalidad de un arbitraje el hecho de que la controversia afecte a intereses del comercio internacional es mucho generalizar en un mundo tan globalizado como el que vivimos.

En línea con la Ley modelo y las legislaciones de otros estados, como el Reino Unido y Estados Unidos, la nueva Ley se acoge a la máxima libertad en cuanto a las materias que pueden ser objeto de arbitraje. No debiera extrañarnos tal libertad en una tierra que, como la aragonesa, es paradigma en cuanto a libertad de pacto y resolución de conflictos. Me refiero naturalmente a la institución *standum est chartae* tan propia de nuestro Derecho Foral.

Se eliminan incluso las listas ejemplificativas para así dar mayor libertad a las partes.

En cuanto a las reglas sobre notificaciones y plazos, en el artículo 5 se establece la novedad de contar los plazos por días naturales, más acorde con la finalidad del arbitraje. También se dice que será válida la notificación o comunicación realizada por fax o cualquier medio de comunicación electrónico, dando validez a la cláusula arbitral por referencia, es decir, la que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado, lo que es habitual en el foro arbitral como una consecuencia más de la autonomía del convenio arbitral. Se profundiza así en el carácter antiformalista del arbitraje.

En cuanto a la intervención de los Tribunales Judiciales debe decirse que la declaración del art. 7 es tajante: En los asuntos que se rijan por esta Ley no intervendrá nin-

gún Tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga. La intervención de los jueces y tribunales se circunscribe al simple nombramiento del árbitro, superando lo que la anterior Ley denominaba "formalización judicial del arbitraje", así como a la administración de las pruebas que los árbitros no pueden llevar a cabo y a la anulación o ejecución de la sentencia. También intervendrán en la llamada acción de nulidad del laudo. En todo caso, las competencias de los Tribunales en la materia arbitral se distribuyen entre el Juzgado de 1ª Instancia y la Audiencia Provincial, sin perjuicio de que el exequátur de laudos extranjeros se tramite ante el órgano jurisdiccional al que el ordenamiento procesal civil atribuya la ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros.



En cuanto al convenio arbitral, básico en el procedimiento de arbitraje, la ley, de conformidad con el antiformalismo al que ya nos hemos referido, flexibiliza enormemente la forma del mismo más allá de la forma escrita y así podrá establecerse mediante cartas, telegramas, fax, soporte electrónico, óptico, o de otro tipo. También podrá concertarse un convenio en forma oral siempre que quede constancia de su contenido y sea accesible.

Se viene a introducir definitivamente al arbitraje por medios electrónicos (on line) y que se realiza a través de internet y que en este momento se administra por la Junta Arbitral Nacional y, según mis noticias, por las Juntas Arbitrales de Murcia, León y Melilla, esperando que el resto de las Juntas se incorporen poco a poco al sistema.

Dando un giro de 180 grados en relación con la Ley 36/1988, en defecto de acuerdo de las partes, se da preferencia al arbitraje de derecho, lo que implica en relación con los arbitrajes internos que los árbitros deberán ser Abogados en ejercicio, medida ésta tachada de corporativa por otros profesionales del derecho; si bien por lo que respecta a la legislación internacional aún cuando el arbitraje sea de derecho podrá ser árbitro cualquier persona, aún sin cualificación jurídica.

Se abre la posibilidad de laudar por consenso así como la de dictar laudos de carácter parcial, y se establece el plazo de seis meses, salvo acuerdo de las partes, para dictar el laudo. Este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros hasta dos meses mediante decisión motivada.

El laudo es ejecutivo aún cuando contra él se haya ejercitado la acción de anulación del art. 45, si bien podrá suspenderse la ejecución si se ofrece caución por el valor

de la condena más los daños y perjuicios por la demora. Se trata de evitar con esta medida actividades tendentes a retrasar la eficacia del laudo, pero cabe preguntarse si todos aquellos laudos que consistan en una ejecución monetaria no serán susceptibles de quedar en suspenso conforme la tendencia de los Tribunales, sobre todos los Administrativos, e incluso para el caso de que la ejecución del laudo produjese un daño irreparable o de difícil reparación.

Respecto de la acción de anulación del laudo debe decirse que nos encontramos ante una auténtica novedad respecto de la anterior Ley, ya que suprime el llamado "recurso de anulación" lo que parece bien a gran parte de la doctrina por cuanto ni siquiera semánticamente parecía apropiado que apareciese en un sistema arbitral la palabra recurso, sustituida por la de acción. Sin que quede aquí la novedad, que también se refiere al fondo de la cuestión, ya que el laudo sólo podrá ser anulado por cuestiones tasadas que no afecten al fondo de la controversia.

Finalmente desaparece por excesiva la exigencia de la protocolización del laudo, que será válido y eficaz desde que sea dictado por el árbitro sin ninguna otra solemnidad.

La nueva Ley otorga especial importancia a regular la figura y nombramiento de los árbitros. La Exposición de Motivos aclara que la decisión de designar un solo árbitro se toma por razones de economía, adoptándose el criterio de máxima libertad de las partes a fin de que pueda ser árbitro cualquier persona que se halle en plena facultad de sus derechos civiles, teniendo en cuenta lo que ya se ha dicho en relación con los arbitrajes de derecho. La designación del árbitro le corresponde al juez y, como valores esenciales del arbitraje, se exige independencia e imparcialidad, confidencialidad y respecto a los principios de igualdad, audiencia y contradicción. A partir de esta Ley, los árbitros pueden cesar o ser cesados y pueden decidir lo que en derecho alemán se conoce por la voz "kompetenz-kompetenz" lo que traduciremos como competencia para examinar su propia competencia. La nacionalidad no será obstáculo para ser árbitro y se produce un cambio sustancial por lo que respecta a la responsabilidad de los mismos, ya que la Ley ha suprimido la culpa como causa de responsabilidad de los árbitros que sólo responderán en caso de dolo, temeridad o mala fe.

En cuanto a la ejecución de los laudos extranjeros, la Ley establece un solo régimen de reconocimiento de los mismos, el contenido en la Convención de Nueva York, tal y como reconoce el punto segundo del artículo 46, a salvo de la aplicación del llamado sistema más favorable que puede amparar un tratado vigente de los suscritos por España, como la propia Convención permite.

Otras legislaciones como la francesa, la suiza o la llamada "ley Panamá" han reconocido la posibilidad de que se desarrollen arbitrajes internacionales, con laudos no nacionales, dentro del territorio nacional y bajo el amparo de la Convención. Sin embargo la Ley ha dejado pasar esta oportunidad.

Finalmente decir que esta Ley hará más atractivo y facilitará el arbitraje nacional e internacional en España, si bien no me resisto, siguiendo a Merino Merchán, a enumerar algunas de las carencias (no con todas estoy de acuerdo) que los autores han detectado en el nuevo texto arbitral. Son las siguientes:

- Falta de referencia del arbitraje como un equivalente jurisdiccional de los jueces y tribunales del Estado
- Omisión de la cuestión de inconstitucionalidad en sede arbitral
- Insuficiente regulación de la cuestión de protección de datos y confidencialidad
- La cuestión de prejudicialidad en sede arbitral
- No justificación de la exclusión del arbitraje laboral del ámbito de aplicación de la Ley
- No existe referencia ni de inclusión ni de exclusión al arbitraje de Derecho Administrativo, al que se refiere el artículo 107.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo.
- No obstante haberse establecido un plazo determinado para dictar el laudo, el artículo 41 no recoge, entre los motivos de anulación del laudo, el dictado fuera de plazo, lo que supone un serio motivo de inquietud para las partes sometidas a arbitraje que en un momento determinado podrían quedar en manos de los árbitros, si bien es cierto que se podría intentar su cesación o remoción, de conformidad con lo establecido en el artículo 19, o bien a través del artículo 21, establecer temeridad o mala fe. En todo caso este olvido del legislador puede provocar graves perjuicios en las partes sometidas a arbitraje y un cierto deterioro, en consecuencia, de la institución arbitral.

Trabajos y autores consultados:

- **Ramon Mullerat. Miembro de la London Court of International Arbitration (LCIA)**
Tribuna La Ley, de fecha 19 de abril de 2004, pág. 15
- **María Marcos González Lecuona.**
Tribuna La Ley, de fecha 26 de marzo de 2004, pág. 6
- **José María Chillón Medina**
Consultor de las Naciones Unidas
Valoración crítica de la nueva Ley de Arbitraje
- **José Merino Merchán**
Letrado de las Cortes Generales
Valoración crítica de la nueva Ley de Arbitraje

CURSO MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

**Nuevos retos del arbitraje
de consumo**

**LA ASISTENCIA JUDICIAL EN EL
ARBITRAJE DE CONSUMO**



Rosa Gutiérrez Sanz

Profesora Titular de Derecho Procesal, Universidad de Zaragoza

LA ASISTENCIA JUDICIAL EN EL ARBITRAJE EN MATERIA PROBATORIA

Rosa Gutiérrez Sanz

Profesora Titular de Derecho Procesal, Universidad de Zaragoza

1. LA ASISTENCIA JUDICIAL EN EL ARBITRAJE: JUSTIFICACION

Es posible observar como en la nueva LA se atenúa la intervención judicial.

El art. 7 LA proclama de forma expresa que “en los asuntos que se rijan por la presente ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga”.

Se establece por tanto, un sistema de *numerus clausus*, para los asuntos en los que, los órganos jurisdiccionales pueden intervenir. Como la propia Exposición de Motivos determina, “se trata de un corolario del denominado efecto negativo del convenio arbitral que impide que los tribunales conozcan de las controversias sometidas a arbitraje. De este modo, la intervención judicial en los asuntos sometidos a arbitraje ha de limitarse a los procedimientos de apoyo y control, expresamente previstos por la ley”.

Los casos en que la ley prevé la intervención judicial, que ahora denomina de “apoyo y control del arbitraje”, ponen de relieve una clara tendencia de autonomía del arbitraje respecto de la intervención judicial.

No obstante, ninguna ley de arbitraje puede suprimir totalmente la intervención judicial porque las circunstancias que la motivan- el defecto de acuerdo entre las partes, la ausencia de *imperium* del árbitro, o el derecho de acudir a la vía judicial para solicitar la anulación de un laudo viciado- se derivan de la propia naturaleza del arbitraje.

Sin ser nuestra finalidad entrar en el complejo y controvertido tema de la naturaleza del arbitraje ¹, debemos hacer aquí una exigua reseña al respecto.

Tal vez debamos partir de abandonar los argumentos que explican la jurisdiccionalidad del arbitraje como si de una delegación de la potestad del Estado se tratara. Podríamos afirmar que la actuación de los árbitros es jurisdiccional por su contenido. Se sitúa por tanto, en un plano distinto a la potestad del Estado y, lo único que toma de él por mandato legal, es el cauce, esto es el procedimiento que se haya de seguir ².

De forma tradicional se ha intentado incardinar esa relación en alguna de las categorías preexistentes. Aquellos que concebían el arbitraje desde una perspectiva absolutamente privatista consideraban que el *receptum arbitrii* era un contrato más dentro de la cadena contractual de índole privada que se desencadenaba en el proceso arbitral, decantándose la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria por considerar que nos encontramos ante un contrato de mandato ³.

Parte de la doctrina ⁴ considera que en el contrato de dación y recepción del arbitraje la función del mandatario, esto es del árbitro, no sustituye a su mandante, esto es, a las partes, sino que a quien sustituye es al propio Estado en su potestad jurisdiccional y esto, no es una función que puedan realizar por sí mismos los mandantes. Las partes no pueden otorgar a los árbitros la función jurisdiccional porque tal función, propia del Estado, sólo este puede delegarla en determinados órganos.

La oferta y recepción del poder para dictar laudos con eficacia de cosa juzgada, no puede responder a un encargo personal, pues esto implicaría tanto como decir que cabe la posibilidad de revocarlo sin que exista una justa causa. La relación no puede, por tanto, considerarse una pura relación contractual. El árbitro, una vez que ha aceptado la designación realizada por las partes, se independiza de la voluntad de éstas, siendo el momento en el que se erige *supra* partes, y nace la heterocomposición. ⁵

No obstante, como en el artículo 19 LA cabe apreciar, tampoco se puede afirmar que a los árbitros se pueda aplicar exclusivamente los derechos y deberes que se encuentran regulados en el Derecho Público y en parangón con la relación entre juez y parte en los procesos judiciales ⁶.

1 FENECH NAVARRO (CARRERAS LLANSANA), "El arbitraje en el derecho español". en *Estudios de Derecho Procesal*. Bosch, Barcelona 1962, p. 421.

2 CABALLOL ANGELATS, *Tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*, Barcelona 1997, p.25. MARTINEZ GARCIA, *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000*, Tirant lo blanc, Valencia, 2002, p. 87.

3 En tal sentido vid RIVERO HERNANDEZ, "Naturaleza eminentemente privada del arbitraje en la Ley de 1988", en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Lacruz*, Bosch, Barcelona, 1992, vol 1º, p.720.

4 LLEDO YAGUE, "Comentario al artículo 15", en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (Coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 263.

5 MARTINEZ GARCIA, *El arbitraje*.cit.,p.177.

6 En este sentido SERRA DOMINGUEZ, "El proceso arbitral", en *Estudios de Derecho procesal*., Barcelona, 1969, p. 591.

La dificultad de precisar la naturaleza de esta institución surge a partir del momento en que esta fórmula heterocompositiva nace a partir de un contrato, el convenio, pero desemboca en un laudo, que es cosa juzgada y además título ejecutivo, y se desarrolla a través de un procedimiento en el que deben respetarse los principios esenciales de la actividad jurisdiccional⁷.

La mezcla de elementos de naturaleza contractual y de elementos de naturaleza jurisdiccional es clara, y por esto encontramos algunas instituciones más propias del ámbito contractualista que del jurisdiccional, como por ejemplo la renuncia o la remoción de los árbitros.

No obstante, el art 43 LA y el art. 17.1 RDAC, al conceder al laudo carácter vinculante y efectos idénticos a los de cosa juzgada, supone el más claro exponente de esa naturaleza jurisdiccional.



2. LA REGULACION DE LA ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PROBATORIA EN EL RDAC Y EN LA LEY DE ARBITRAJE

Ante la ausencia de regulación específica sobre el tema en el RDAC debemos hacer una referencia genérica a la LA.

¿Por qué la intervención del juez en esta fase procedimental?

Cuando hacemos referencia a la jurisdicción, decimos que la función jurisdiccional posee dos atribuciones que son, por un lado, la declaración de los derechos y, por otro, la ejecución de lo declarado, tal y como establece el art. 117.3 de nuestra Constitución. Tales facultades se corresponden con dos vertientes: autoridad y potestad.

Si repasamos el contenido de los arts. 24.1, 117.3, y 118 CE., nos daremos cuenta de que sólo a los jueces y tribunales atribuye el legislador la función de juzgar y hacer

⁷ MONTERO AROCA, "Disposiciones Generales", en MONTERO AROCA (Dir.), *Comentario Breve a la Ley de Arbitraje*. Civitas, Madrid, 1990, p. 24.

ejecutar lo juzgado. Si a ello unimos lo previsto en la LA, queda claro que, sólo la autoridad es característica de los árbitros, quedando la *potestas* en manos exclusivas de los jueces y tribunales.

La autoridad no permite el uso de la fuerza para dar efectividad a lo decidido por el órgano. Para ello el Estado, que detenta en la actualidad el ejercicio de la función jurisdiccional, otorga a los órganos judiciales la “potestad”, que es aquella derivación de la soberanía que atribuye a su titular una posición de supremacía o superioridad sobre los sujetos que con él se relacionan- el *imperium*-, lo que le permite vincular el comportamiento de los mismos, acudiendo en caso necesario al “uso de la fuerza”

La autoridad representa la razón y la imparcialidad del juicio; la potestad la coerción material⁸. La potestad, en cuanto actividad de coerción, hay que referirla fundamentalmente a la ejecución, pero también a otros actos que se desarrollan dentro del proceso.

Precisamente, tal hecho determina que en el procedimiento de arbitraje en general y en el de consumo en particular, sea necesaria la intervención jurisdiccional que, en realidad y acorde con lo apuntado, esto es, que tan jurisdiccional es la actividad del arbitro como la del juez, debería denominarse, y así lo haremos de aquí en adelante, judicial.

La falta de esa potestad no significa que el árbitro carezca de jurisdicción, pero en determinadas situaciones el árbitro precisa del auxilio del juez para poder proseguir con la sustanciación del proceso, o bien para poder hacer efectivo aquello que en su momento declara como lo justo⁹.

Ahora bien, la intervención judicial debe ser utilizada de forma ponderada, ya que convertirla en algo habitual, sería tanto como estar reconociendo, en primer lugar, que el proceso arbitral no puede funcionar por si solo si no tiene el auxilio del juez y, en segundo lugar, supondría una rémora tal que dilataría y entorpecería el procedimiento arbitral hasta hacerlo inútil.

Como la propia Exposición de Motivos mantiene, la fase probatoria dentro del proceso arbitral está presidida por la máxima libertad de las partes y de los árbitros y por la máxima flexibilidad.

En el arbitraje de consumo, según prevé el art. 13.1 del RDAC, las pruebas habrán sido acordadas de oficio, o bien a petición de parte, y en este segundo caso, el Colegio se habrá pronunciado por mayoría sobre su pertinencia.

8 D'ORS. *Una introducción al estudio del Derecho*. Madrid 1963, p. 19

9 GUTIERREZ SANZ. *La independencia e imparcialidad de los árbitros en el arbitraje de consumo*. Revista Estudios sobre el consumo . Vol. 2000-55, p. 60

Dado el vacío legal del que hace gala el RDAC, en lo concerniente a la intervención judicial en materia de prueba, habremos de hacer referencia a lo previsto en el art 33 de la LA donde se indica

1. Los árbitros o cualquiera de las partes con su aprobación podrán solicitar del tribunal competente asistencia para la práctica de pruebas, de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba. Esta asistencia podrá consistir en la práctica de la prueba ante el tribunal competente o en la adopción por éste de las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros.

2. Si así se le solicitare, el tribunal practicará la prueba bajo su exclusiva dirección. En otro caso, el tribunal se limitará a acordar las medidas pertinentes. En ambos supuestos el tribunal entregará al solicitante testimonio de las actuaciones.

Lo primero que nos llama la atención es que el legislador ha sustituido la tradicional terminología de “auxilio judicial”, utilizada en el art 43 de la antigua LA, por la de “asistencia judicial”, reservando el termino anterior para la colaboración prestada entre tribunales mediante el instrumento del exhorto¹⁰. Tampoco el legislador utiliza el termino “intervención” sino que, se decanta por el de “asistencia”, concepto este que entendemos más cercano al sentido de “apoyo”, que se menciona en la Exposición de Motivos.

La asistencia judicial la podrán solicitar tanto los árbitros de oficio como a instancia de parte, de tal forma que, con esta nueva ley claramente, a las partes se les concede el derecho a solicitar la intervención del juez para la práctica de determinados actos probatorios.

La propia LA no obstante, no prevé una vía directa entre las partes y el tribunal sino que será a través del Colegio arbitral, el cual, si rechaza la petición de las partes habrá de hacerlo en forma razonada y podrá propiciar la protesta de la parte. No está previsto recurso alguno contra las resoluciones interlocutorias de esta clase¹¹. La denegación no motivada de ciertos medios probatorios, nos llevaría a contemplar la posible indefensión de la parte y la consiguiente posibilidad de pedir por este motivo la anulación de laudo con base en el art 41.1.b, además de la responsabilidad del Colegio, prevista en el art 21 LA.

3. SITUACIONES EN QUE SE REPUTA NECESARIA LA ASISTENCIA DEL JUEZ EN MATERIA PROBATORIA.

Por tanto, aunque la nueva ley mantiene la expresión podrá, al igual que lo hacia la ley anterior, no nos encontramos ante una cuestión que quede a la discrecionalidad

¹⁰ En este sentido CUBILLO LOPEZ. “Comentario al art 33” en *Comentario a la Nueva Ley de Arbitraje* (dir. HINOJOSA SEGOVIA), GRUPO DIFUSION, Barcelona 2004, p 162

¹¹ CUBILLO LOPEZ. “Comentario al art 33” ...cit, p, 162

arbitral¹². El juicio de valor previo a la solicitud, ya sea de oficio, o como consecuencia de la petición de las partes, vendrá determinado por la necesidad y la utilidad de la prueba¹³, en ningún caso por la mera conveniencia¹⁴. No debemos olvidar que, en algunos casos, con la asistencia judicial se esta quebrando o atenuando al menos, el principio de intermediación de actuaciones, impidiendo que sea el propio Colegio el que perciba de forma directa el medio de prueba¹⁵.

Y ¿cuándo aparece esa obligación? Creo que en dos situaciones se revela necesaria la asistencia del juez.

Un primer bloque, lo integrarían aquellos supuestos en que el objeto de la prueba se halle fuera del dominio físico o jurídico del solicitante. Nos encontramos con el obstáculo de la falta de *imperium* del árbitro para poder realizar diligencias que precisan de actos coercitivos.

Tal supuesto se presenta realmente en muy pocas ocasiones. Debemos reconocer que la práctica del procedimiento arbitral de consumo refleja que son escasas las veces en que se presenta la renuencia de las partes a facilitar la práctica probatoria.

Un segundo bloque, lo integrarían aquellas diligencias de práctica de la prueba que deban llevarse a cabo fuera del lugar previsto para desarrollar la actividad arbitral.

Con respecto al primer caso esto es, cuando el objeto de la prueba se halle fuera del dominio físico o jurídico del solicitante, tal contingencia pueden presentarse en los distintos medios de prueba.

Comenzaremos por la incidencia que puede tener en la práctica de la prueba documental.

En la prueba documental, el legislador regula unas disposiciones comunes aplicables tanto a documentos públicos como privados en los arts 328 y ss LEC, previendo aquellos supuestos en que la parte no dispone de los documentos que pretende aportar al proceso y estos están en manos de la otra parte, de terceros o de la Administración, en estos casos el auxilio del juzgado se hace necesario para que la práctica de la prueba sea posible.

Tales normas serían de aplicación cuando ante el Colegio, una de las partes pretenda exhibir un documento que no está en su poder y que no puede conseguir. Los

12 En este mismo sentido ORTELLS RAMOS, "Comentario al artículo 27" en *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, (dir.: MONTERO AROCA), Madrid, 1990, p. 149.

13 SAMANES ARA. *El sistema arbitral de Consumo*.(dir. QUINTANA CARLO Y BONET NAVARRO). Ed.. Aranzadi 1997. p.217

14 CUBILLO LOPEZ. "Comentario al art 33" ...cit, p, 163

15 Afirma GOMEZ DE LIAÑO "Comentario al artículo 43", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, (coord.: Bercovitz), Madrid, 1991, p. 684.

árbitros, carentes de *potestas*, tendrán que recurrir al juez para que este adopte las medidas oportunas para que la prueba pueda practicarse.

Puede ser que ese documento este en poder de la otra parte, contraria al solicitante. En la LEC/2000 el legislador prevé que cada parte podrá solicitar de la otra, la exhibición de documentos que no se hallen a disposición de ella, es decir, aquellos que la parte no pueda obtener por si, siempre que acredite que el documento se encuentra en poder de aquel a quien designa (carga del solicitante) y que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba (art 328 y ss).

Pero ante este requerimiento la parte puede negarse injustificadamente a la exhibición del documento.

¿Qué sucede entonces?:

Lo primero, ¿cuándo se debe considerar injustificada?. Cuando no existen motivos que excluyan jurídicamente el deber de exhibición, pero también cuando, habiendo accedido a su exhibición no cumple el plazo fijado por el tribunal para exhibirlos ¹⁶. Parece lógico admitir que no puede considerarse negativa justificada el supuesto en que la exhibición del documento perjudique a quien lo posee. No puede tal actitud ampararse en el derecho a no declarar contra si mismo, que tiene su ámbito de aplicación en el proceso penal ¹⁷.

El legislador, ante esa actitud, prevé en el art 329 una doble alternativa ¹⁸:

La primera consiste en atribuir valor probatorio a la copia simple que haya presentado el solicitante de la exhibición o si no existiese esa copia simple, a la versión que del contenido del documento ofrezca el solicitante (todos los datos que conozca del documento)

Debamos puntualizar una serie de aspectos:

-el valor probatorio al que se alude se circunscribe a la copia simple o a la versión que del documento se pretendía aportar y no a los hechos que en el mismo se vierten y que pueden ser objeto de contraprueba.

-la atribución de esa veracidad no se produce de forma automática, sino en conjunto con el resto de las pruebas. La especialidad consiste en crear una presunción que

16 ORMAZÁBAL SANCHEZ, *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, Madrid 2000, p. 123.

17 CORDON MORENO . “Comentario al art 328 LEC” en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coord.: Córdon Moreno, Armenta Deu, Muerza Esparza, Tapia Fernandez), Pamplona, 2001, p. 1138.

18 Seguimos a ORMAZÁBAL SANCHEZ, *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes...*cit, p. 123 y ss

otorga valor probatorio a una copia simple o versión de un documento, del que carecería según las normas de valoración de la prueba documental. Esa presunción podrá ser desvirtuada por la parte perjudicada a través de otros medios probatorios.

-la creación de esa presunción puede servir como estímulo para que el litigante reconsidere su negativa a exhibir el documento. Si no lo hace, parece lógico inferir que el contenido del mismo le perjudica aun más que la propia presunción creada a partir de su negativa.

La segunda alternativa es formular requerimiento, mediante providencia, para que los documentos cuya exhibición se solicitó sean aportados al proceso.

Puede suceder que el requerido se niegue igualmente a comparecer. No existe previsión legal expresa para considerar la negativa a atender el requerimiento de aportación como motivo suficiente para proceder contra la parte por delito de desobediencia¹⁹, pero de no considerar tal posibilidad, la eficacia del precepto se revela nula y siempre se acabará optando por la alternativa antes contemplada. Así pues ante el silencio podemos considerar que no hay inconveniente para que el Tribunal pueda decretar la entrada y registro, como ejecución de la resolución judicial requiriendo la exhibición.²⁰

De las dos alternativas parece claro que solo si acogemos la segunda, esto es, el requerimiento, tiene sentido pensar en que el Colegio arbitral solicite la intervención del órgano jurisdiccional. En caso contrario, la valoración que se pueda llevar a cabo ante la negativa injustificada debe llevarla a cabo el árbitro, que es además el que, incurso en el procedimiento, podrá valorar conjuntamente todos los medios probatorios.

Pero entonces ¿es una opción para el arbitro solicitar la intervención o no?

Creemos que no. La razón es la siguiente: adoptar la segunda de las opciones, única que justifica la intervención del juez, debe quedar limitado a aquellas ocasiones en que por alguna razón no cabe adoptar la primera ya que, si bien es cierto que el litigante que se niegue a exhibir el documento podría verse incurso en un delito, para el litigante solicitante de la exhibición, si esta no es atendida, no le reporta ningún beneficio (más allá del amor propio), cosa esta que si ocurre cuando se adopta la presunción del primer supuesto.

Por tanto la intervención judicial debería quedar reducida a dos supuestos:

-cuando se revela imposible aportar copia alguna del documento, y por la dificultad del contenido tampoco cabe que el solicitante aporte una versión del mismo(múltiples datos, fechas, asientos contables, cifras etc)

¹⁹ CORDON MORENO . "Comentario al art 328 LEC" e..cit, p. 1138.

²⁰ Análogicamente art 261.2 LEC

-cuando el árbitro dude de forma fundada de la exactitud de la versión que esta aportando el litigante solicitante.

En estos casos, el solicitante saldrá beneficiado intentado forzar la exhibición del documento, puesto que la presunción no se puede aplicar al faltar uno de los elementos de la presunción, el hecho base.

Puede ser que el documento se halle en poder de terceros. Para este supuesto el legislador preve que sólo se requerirá a los terceros no litigantes la exhibición de documentos cuando sean de su propiedad y pedida por una de las partes, el tribunal entienda que su conocimiento resulta trascendente a los fines de dictar sentencia. No se considerarán terceros los titulares de la relación jurídica controvertida o de las que sean causa de ella, aunque no figuren como partes en el juicio.

Los problemas que surgen ante este art.330 LEC son varios. En primer lugar determinar si solo cuando el documento sea propiedad de ese tercero estará obligado a exhibirlo. En segundo lugar, que ha de entenderse por trascendentes.

Respecto al primer punto, la interpretación literal es clara. Si el documento no es de la propiedad del tercero no se puede aplicar lo previsto en el precepto, pero si aplicamos una interpretación más amplia, tanto del deber de colaboración con la Administración de justicia (118 y 24 CE) , como de lo previsto para las diligencias preliminares (art. 256.1.6º) como del hecho de que no siempre la propiedad del documento será absolutamente cierta en el momento de requerir su exhibición, nos llevaría a concluir que el deber alcanza también al tercero que detenta la tenencia del documento, aunque no lo haga con título de propietario.

Respecto del segundo punto, esto es, la trascendencia de ese documento a los fines de dictar la resolución que pondrá fin al proceso, resulta a todas luces excesivo identificar trascendente y determinante para dictar el fallo. La interpretación más convincente sería considerar que trascendente sería aquello que fuera relevante para que el juez, o en este caso el arbitro, pueda dictar la resolución final.

Cuando el Colegio arbitral se encuentre con que el solicitante quiere aportar un documento que se encuentra en manos de un tercero y éste voluntariamente no exhibe el documento ¿ qué puede hacer ? Creemos que lo primero sería que el Colegio citara a ese tercero para que ante él mismo explique las razones que le llevan a negar la exhibición del documento y, solo si el Colegio entiende que su negativa no es justificada, o ni siquiera comparece ante el Colegio, pediría el auxilio del tribunal.

En tales casos el tribunal ordenará, mediante providencia, la comparecencia personal de aquél en cuyo poder se hallen y, tras oírle, resolverá lo procedente. Si el tribunal resuelve solicitar la exhibición, el tercero puede mantener su renuencia.

La LEC no prevé ningún tipo de sanción para el tercero que, una vez admitida la solicitud del litigante, se niegue injustificadamente a exhibir el documento. En la LEC, y tras analizar las medidas que el legislador adopta en el art 261.5º en caso de negativa a la realización de la diligencia preliminar prevista en el 256.1.6º, creemos que no sería descabellada la idea de la entrada y registro. Naturalmente la adopción de tal medida quedaría al arbitrio del tribunal atendiendo a las características de los documentos solicitados, a las restantes pruebas aportadas, al contenido de las pretensiones formuladas por la parte solicitante y a lo alegado para fundamentarlas.

Por último puede suceder que el documento que la parte solicita se encuentre en poder de entidades oficiales

El art 332 establece que las dependencias del Estado, Comunidades Autónomas, Provincias, Entidades Locales y demás entidades de Derecho público no podrán negarse a expedir las certificaciones y testimonios que sean solicitados por los tribunales ni oponerse a exhibir los documentos que obren en sus dependencias y archivos, excepto cuando se trate de documentación legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto. En este caso, se dirigirá al tribunal exposición razonada sobre dicho carácter.

Salvo que exista un especial deber legal de secreto o reserva, las entidades y empresas que realicen servicios públicos o estén encargadas de actividades del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Provincias, de los Municipios y demás Entidades locales, estarán también sujetas a la obligación de exhibición, así como a expedir certificaciones y testimonios.

Otros medios probatorios en los que nos podemos encontrar con la necesidad de que el juez supla la falta de *imperium* del árbitro, son la prueba la reconocimiento judicial y la prueba pericial.

Tanto en uno como en otro, es absolutamente imprescindible para que pueda ser practicado, que el objeto sea puesto a la presencia y a la disposición de aquel que debe reconocer o evacuar el dictamen correspondiente ²¹.

Esto exige que la parte solicitante tenga la posibilidad de poner a presencia del árbitro, en este caso, o del perito lo que deba ser reconocido, bien porque esté en su posesión o bien porque pueda facilitar que aquel que lo tiene permita ese reconocimiento.

El problema aparece cuando lo que deba ser objeto de reconocimiento o pericia no esté a disposición del interesado sino de la parte contraria o de un tercero.

21 FONT SERRA. *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil* Madrid 2000,p 221 y ss

Tal es el supuesto del reconocimiento que se haya de realizar sobre un bien mueble o inmueble en poder de persona que no facilite el acceso al mismo. A diferencia de lo que ocurría con la antigua ley en la actual el art. 354 de la LEC, prevé que el tribunal podrá acordar las medidas que estime necesarias para lograr la efectividad del reconocimiento, incluida la de ordenar la entrada en el lugar que deba reconocerse o en el que se halle el objeto o la persona que se deba reconocer.

Hay que distinguir dos supuestos:

En primer lugar cuando el objeto del reconocimiento sea un lugar, un objeto inmueble o un objeto mueble que no pueda ser trasladado a la sede del Colegio arbitral. En este caso lo que el tribunal deber procurar es que el Colegio arbitral pueda proceder al reconocimiento del bien, advirtiendo que en caso de que no se facilite el mismo se ordenara la entrada o el registro por parte del tribunal.

En caso de que ni aun así se pudiera llevar a cabo bien por haber cambiado las circunstancias del lugar, del inmueble, o por no poder hallar el bien mueble en el patrimonio de aquel que lo debería tener a disposición del Colegio arbitral, se aplicaran las normas de la carga de la prueba y se podrán tener por probados los hechos que se pretendían probar, siempre que la imposibilidad de realización de la prueba pueda atribuirse a la parte que tenía la disponibilidad del objeto que había de ser reconocido (art 217.6 LEC)

En el otro caso, esto es, cuando el objeto sea un bien mueble que pueda trasladarse al Colegio, el Colegio debería advertir a aquel que dispone del objeto que lo ponga a disposición del Colegio arbitral, y que en caso contrario se solicitará el auxilio judicial para que el tribunal ordene la entrada en el lugar en que se halle el objeto.

Si a pesar de todo esto no se puede practicar por causa imputable a la parte que tenía la disponibilidad del objeto que había de ser reconocido, se aplicara la misma presunción que en el supuesto anterior.

Otro medio de prueba en el que puede ponerse de relieve la necesidad de asistencia judicial es en la prueba testifical, en el supuesto en que el testigo se muestra renuente a su comparecencia.

El art. 292 LEC prevé, como mecanismo para lograr que el testigo comparezca, en primer lugar la multa si no acude al primer llamamiento, y en segundo lugar el apercibimiento de proceder contra él por desobediencia si tampoco comparece a la segunda citación, que se le hace cuando se le impone la multa. En nuestro caso, si el testigo no acude, los árbitros no pueden imponerle una multa. Entonces lo que han de hacer es dirigirse al juez para que les requiera a fin de que acudan a la nueva citación y haga el oportuno apercibimiento.

El art. 292 LEC impone el deber de comparecer, tanto a los testigos como a los peritos citados en el juicio o vista que finalmente se hubiese señalado.

Dado que estamos ante un deber, el legislador sanciona su incumplimiento con una multa de treinta mil a cien mil pesetas. Previamente se da audiencia al testigo para que este puede poner de relieve la excusa que considere oportuna, y se le apercibe de que, si cuando se le cite de nuevo, no comparece se podrá proceder contra él por desobediencia a la autoridad.

Por su parte el art. 365 LEC establece el deber de decir la verdad, con la conminación de las penas establecidas para el delito de falso testimonio en causa civil, de las que le instruirá el tribunal al testigo si manifestare ignorarlas.

En todos los casos, observamos que el legislador crea una verdadera obligación, a cuyo incumplimiento, apareja la sanción correspondiente. Sin embargo, ante la negativa a responder el silencio del legislador determina que sólo el juez, al valorar la prueba practicada, otorgue un valor u otro a la conducta renuente del testigo.

Cabe considerar que, cuando el testigo mantenga su postura de no responder, sin mediar causa justificada, a una pregunta formulada de forma reiterada por el juez, se pueda entender que incurre en un delito de desobediencia al tribunal (art 556 CP).

La única cobertura legal de ese “deber de responder” del testigo, hemos de buscarla, y siempre de forma indirecta, en los arts 118 CE y 17.1 LOPJ, en ese deber general de colaboración de los ciudadanos con la Administración de justicia²².

El segundo bloque al que hicimos referencia, también con relación a la actividad probatoria, se centra en aquellos supuestos en que la práctica de la prueba deba llevarse a cabo fuera del lugar previsto para desarrollar la actividad arbitral.

El art 26 LA dispone que las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. A falta de acuerdo, lo determinarán los árbitros, atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes. El art. 3 del RDAC se determina el lugar de celebración del arbitraje otorgando una serie de fueros alternativos, y salvaguardando en todo caso la libertad de elección de la Junta por las partes.

La determinación del lugar del arbitraje incide directamente en la fijación del juez competente para prestar la asistencia judicial en materia probatoria. El art. 8.2 LA prevé que será competente para la intervención judicial en la práctica de las pruebas el juzgado de primera instancia del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia.

²² GUTIERREZ SANZ. “Del interrogatorio de testigos en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coord.: Cordón Moreno, Armenta Deu, Muerza Esparza, Tapia Fernandez), Pamplona, 2001, p p.1214 y ss

¿Qué sucede cuando alguna diligencia probatoria ha de ser realizada en lugar distinto del que se ha fijado en inicio para el arbitraje? Por ejemplo cuando el objeto a reconocer se encuentra en otra provincia o cuando el testigo no puede desplazarse y tiene su domicilio en otra ciudad.

El art. 26 LA es muy claro cuando dice en su apartado segundo que “los árbitros podrán, previa consulta a las partes y salvo acuerdo en contrario de éstas, reunirse en cualquier lugar que estimen apropiado para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar o reconocer objetos, documentos o personas. Los árbitros podrán celebrar deliberaciones en cualquier lugar que estimen apropiado”.

La duda que surge es si el legislador está haciendo referencia sólo a la sede física, dentro del mismo ámbito geográfico o lo que está considerando es el traslado del Colegio arbitral a aquel lugar en donde se encuentren los elementos sobre los que se ha de realizar la prueba.

Supongamos que un consumidor sevillano durante su estancia en Zaragoza adquiere una cómoda en un establecimiento adherido al sistema arbitral y sometido a la Junta arbitral de Zaragoza.

El consumidor puede pedir, y de hecho lo hace, que el Colegio se desplace a su domicilio para reconocer el estado de la cómoda.

El Colegio entonces ¿qué puede hacer?. Las posibilidades son: Una, desplazarse a Sevilla para practicar el reconocimiento, dos llegar a un acuerdo con las partes para que mediante una especie de auxilio judicial entre Colegios Arbitrales se practique el reconocimiento o bien realizar la prueba mediante auxilio judicial.

En el primer caso, el problema sería que la practica de la prueba sería muy cara y esto no estaría cubierto por la Junta Arbitral, sino que debería cubrirlo la parte propo- nente como prevé el art. 13.3 RDAC

En el segundo caso, el más utilizado en la práctica, a pesar de que entonces falta intermediación, el Colegio arbitral receptor de la solicitud deberá levantar un acta, lo más exhaustiva posible que permita valorar la prueba.

La tercera posibilidad supondría acudir al Juez de primera instancia competente para el auxilio judicial que podría ser el del lugar donde debe celebrarse la diligencia probatoria, o bien solicitar la practica al juez de primera instancia del lugar en que se está llevando a cabo el procedimiento arbitral y que este mediante exhorto solicite la practica al del lugar donde deba ser practicada la diligencia probatoria. Esta a nuestro juicio es la alternativa menos rápida y práctica.

4. DETERMINACIÓN DEL ÓRGANO COMPETENTE PARA LA ASISTENCIA JUDICIAL

Otra cuestión a considerar la competencia, esto es, cual es el órgano competente para prestar el auxilio. Ante el silencio del RDAC, debemos acudir a la LA y en concreto a sus artículos 8.2 y 26

La petición de intervención judicial la dirigirán los árbitros, ya de oficio, ya a petición de parte, al tribunal competente que será el juzgado de primera instancia del lugar del arbitraje, o bien, el del lugar donde hubiera de prestarse la asistencia .

Con el art 8.2 LA se acaba con la anterior polémica doctrinal que observaba una cierta antinomia entre lo previsto en los arts. 27 y 43 de la LA de 1988, ya que el primero aludía al “lugar donde se desarrolle el arbitraje”, y el segundo al “lugar donde deba efectuarse la citación judicial u ordenarse la diligencia probatoria”.

En la actualidad, nos encontramos ante dos fueros alternativos. Desde un punto de vista práctico parece que lo más oportuno sería dirigirse al juzgado de primera instancia del lugar donde hayan de practicarse las pruebas, ya que así evitaríamos mayores dilaciones.

5. PROCEDIMIENTO PARA LA SOLICITUD DE LA ASISTENCIA JUDICIAL.

El RDAC, al no contemplar expresamente la posibilidad de acudir a los órganos judiciales, nada dispone, en consecuencia, respecto de los requisitos para pedir y otorgar el auxilio que pueda resultar necesario.

Con la antigua LA el único requisito que se preveía de forma expresa era que debía revestir la forma escrita. Hoy tal previsión ha desaparecido y el art 33 no impone ninguna forma con lo cual, queda expedita la vía de que el auxilio pueda solicitarse tanto por escrito como por vía telefónica, fax, email o realizarlo verbalmente por el presidente del Colegio en comparecencia ante el juez.

En todo caso, en la solicitud deberán incluirse los datos necesarios para poder llevar a cabo la diligencia probatoria²³, y sobre todo, el plazo para su realización.

Quizás estemos ante la cuestión que más pueda preocupar a los árbitros, ya que estos se ven limitados por el plazo de los cuatro meses que el RDAC establece. ¿Que ocurre si pasado el plazo otorgado al juez para realizar la diligencia este no la cumplimenta?

²³ Sugiere ORTELLS RAMOS, “Comentario al artículo 43” en *Comentario breve...*(dir.: MONTERO), cit., p.224, que el contenido del acto escrito habrá de ser el siguiente: 1º, Identificación del árbitro o presidente del Colegio arbitral y procedimiento arbitral en que se formula la solicitud; 2º, Indicación de la prueba que ha sido admitida y para cuya práctica se solicita el auxilio; 3º, Exposición de la actividad que se pide al órgano jurisdiccional y de los datos necesarios para que la desarrolle, acompañando, en su caso, anexos documentales.

A mi parecer se puede optar por pedir una prórroga a las partes, y si no la conceden, deberá dictarse el laudo sin valorar la prueba. En este caso creo que nacería responsabilidad para el juez si ha obrado negligentemente al no practicar la prueba solicitada o acordar las medidas solicitadas.

5. PRESTACION DE LA ASISTENCIA JUDICIAL.

Desaparece de esta LA un precepto similar al art. 44 de la anterior en donde se preveía que una vez recibida la solicitud de auxilio judicial, el juez debía rechazarla fundadamente, cuando se tratara de “práctica de pruebas contrarias a las leyes”.

Nos mantenemos en la idea de que los jueces no pueden entrar a ponderar la pertinencia o la utilidad de las actividades probatorias solicitadas por los árbitros²⁴. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 13 del RDAC es el Colegio arbitral el único que determinará su pertinencia y utilidad.

Exclusivamente podrán denegar la diligencia solicitada cuando consideren que es ilícita. El juez por tanto no se halla vinculado en este punto por la admisión de la prueba que hubiere realizado el arbitro.

Hasta la promulgación de la LEC/2000, el tema de la ilicitud se recogía exclusivamente en la LOPJ quedando fuera de lo que era la propia ley procesal. El legislador ha querido ubicarlo en su lugar natural y complementar así su regulación con el precepto de la LOPJ

La LOPJ regula por tanto el efecto de las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales y que será la inadmisión de dichas pruebas. Hasta ahora lo que no se regulaba era el cauce mediante el cual tal inadmisibilidad se materializaría en el proceso, y precisamente a llenar esa laguna ha llegado lo visto en el art. 287.

Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes.²⁵

El juez de Primera Instancia deberá por tanto, rechazar el auxilio solicitado cuando esté ante un supuesto de prueba ilícita. Si por el contrario la prueba es lícita el juez accederá a lo solicitado que puede consistir:

-o bien en practicar bajo su exclusiva dirección, si se lo pide el árbitro, la prueba solicitada (art. 33.2)

²⁴ HINOJOSA SEGOVIA, El recurso de anulación contra los laudos arbitrales. Madrid 1991, p. 315
²⁵ GUTIÉRREZ SANZ en ARROYO GARCIA, FONT SERRA, GARCIA PAREDES, GUTIÉRREZ SANZ, ROBLES GARCÓN y UREÑA GUTIERREZ. *Comentarios prácticos de la nueva LEC.*, Madrid 2000, p. 327 y ss

- o bien en acordar las medidas pertinentes (art. 33.2)

En el primer caso el juez deberá practicar la prueba acomodándose a las normas procesales de los distintos medios de prueba (art. 299 a 386 LEC). La ley de forma clara diferencia las pruebas practicadas “bajo su exclusiva dirección” de las otras, en las que el juez, sólo debe poner a disposición del árbitro la fuente de prueba para que éste la practique supliendo solamente la falta de potestad, esto es, los actos de coerción, dejando que el árbitro realice el resto de los actos de instrucción para los que sí tiene capacidad. Tal actividad será realizada por el arbitro observando todas las garantías previstas pero sin mermar, la libertad de formas que preside el procedimiento arbitral de consumo.²⁶

Lo que en ningún caso parece contrario a la ley es que incluso cuando sea el juez el que practique la prueba los árbitros puedan estar presentes en aras de facilitar la posterior valoración de la prueba.

La LA en su art. 33.2 in fine señala que en ambos supuestos entregara testimonio de actuaciones a los árbitros.

Creo que si no es frecuente la solicitud de auxilio judicial en materia probatoria, menos lo es que el Colegio Arbitral solicite al juez la practica de la prueba. En las ocasiones en que sea de absoluta necesidad, el Colegio pedirá en todo caso al juez la adopción de aquellas medidas coactivas indispensables para poder llevar a cabo la practica del medio probatorio con la intermediación necesaria y eficaz para el procedimiento arbitral.

²⁶ En contra de esta postura ORTELLS RAMOS. “Comentario al art. 43” en *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, p. 225. y SAMANES ARA, *El sistema arbitral de Consumo...*cit. . p.220

CURSO MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

Nuevos retos del arbitraje de consumo



PONENCIA

Javier Seoane Prado
Magistrado de la Audiencia Provincial de Zaragoza

PONENCIA

Javier Seoane Prado

Magistrado de la Audiencia Provincial de Zaragoza

INTRODUCCIÓN

La protección de los consumidores es mandato general dirigido a los poderes públicos.

Así el art... 51.1 CE:

Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

Y en igual sentido el art. 153 TCE que integra su Título XIV (antiguo título XI):

Protección DE LOS CONSUMIDORES

1. Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Comunidad contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses.

Tal mandato es desarrollado en la legislación ordinaria, cual ocurre especialmente con la L 26/1984, de 19 de junio LGDCU de marcado carácter imperativo como lo muestra su art. 10.4.

Pues bien, uno de los objetivos a perseguir para dar cumplimiento a tal mandato es la puesta a disposición de los consumidores de procedimientos que faciliten y simplifiquen la solución de los litigios en que puedan verse inmersos quienes acuden al mercado como destinatarios finales de bienes y servicios, en general de poco valor económico en relación con los costes derivados de los cauces ordinarios y que no justifican el esfuerzo que supone la formulación de una reclamación judicial.

Para conseguir tal objetivo caben tres vías de carácter complementario.

El primero, la simplificación y la mejora de los procedimientos judiciales, en especial de los pequeña cuantía, cual ocurre con el procedimiento de *small claim* inglés o de juicio verbal de ínfima cuantía –inferior a 900 Å- que establece la LEC 2000 en que no se requiere postulación procesal y se puede acudir a formularios facilitados por los poderes públicos.

El segundo, la promoción y mejora de los canales de comunicación entre los profesionales con el fin de lograr un mutuo acuerdo entre los contendientes a modo de auto-composición.

El tercero, y es el que nos ocupa ahora es poner a disposición de los consumidores un sistema heterocompositivo, rápido, de bajo coste y eficaz, cual es el sistema arbitral del consumo que preconizan la Recomendación 98/257/CE de Comisión y la posterior Recomendación de 4 de abril de 2001.

Según dichas recomendaciones dicho sistema debe responder a 7 principios

• El **principio de independencia** que cuando la decisión corresponda a un órgano unipersonal estará especialmente garantizado cuando la persona designada:

- posea la capacidad y las competencias necesarias para la función;
- disponga de un mandato con una duración suficiente para garantizar la independencia de su acción, sin que pueda producirse un despido injustificado;
- no haya trabajado en los tres años precedentes a su entrada en funciones para la asociación profesional o la empresa que le paga o que la haya nombrado para esta función.

Cuando la decisión se adopte de forma colegial, el principio de independencia estará garantizado mediante la representación paritaria de los consumidores y de los profesionales o mediante el respeto de los criterios mencionados anteriormente.

- El **principio de transparencia** estará garantizado por distintas medidas:

A) La comunicación a toda persona que lo solicite:

- de una descripción de los tipos de litigio que pueden someterse al órgano;
- de las normas relativas a la consulta del órgano;
- del posible coste del procedimiento para las partes;
- de las normas en las que se basan las decisiones del órgano (códigos de conducta, disposiciones legales, etc.)
- de las modalidades de toma de decisión;
- del valor jurídico de la decisión.

B) La publicación de un informe anual relativo a las decisiones dictadas.

- El **principio** de la eficacia implica:

1. el acceso del consumidor al procedimiento, sin estar obligado a utilizar un representante legal;
2. la gratuidad o el coste moderado del procedimiento;
3. la fijación de plazos cortos entre la consulta presentada ante el órgano y la toma de decisión;
4. la atribución de un papel activo al órgano competente.



• El **principio de legalidad**, según el cual el órgano extrajudicial no puede tomar una decisión que tenga como resultado privar al consumidor de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley del Estado en el territorio en el cual está establecido el órgano. Además las otras decisiones deben estar motivadas.

• El **principio de contradicción** que supone la posibilidad para todas las partes interesadas de dar a conocer su punto de vista y de tener conocimiento del de la otra parte).

• El **principio de libertad** que implica la libre opción del consumidor a adherirse o no a un procedimiento extrajudicial

- Y, finalmente, el **principio de representación**.

DERECHO ESPAÑOL SOBRE ARBITRAJE DE CONSUMO

En nuestro derecho el sistema arbitral de consumo se halla regido por el art. 31 L 26/1984 conforme al cual:

1. Previa audiencia de los sectores interesados y de las Asociaciones de consumidores y usuarios, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución.
2. El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito.
3. 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.

El sistema tiene su desarrollo específico en el RD 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

Todo este entramado legislativo se halla conservado tras la publicación de la nueva ley de arbitraje, L 60/2003, de 23 de diciembre, cuya Disposición Adicional única dispone:

Esta ley será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio, general de defensa de consumidores y usuarios, que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho.

INTERVENCIÓN JUDICIAL EN EL ARBITRAJE DE CONSUMO

El anclaje del arbitraje privado en la autonomía de la voluntad y en la libertad contractual, ha servido de justificación para quienes se oponen a todo tipo intervención judicial en el desarrollo del procedimiento arbitral.

No obstante, es generalmente admitido que no se puede prescindir totalmente de ella. Unas veces será necesaria para contrarrestar la pasividad, o en ocasiones la abierta rebeldía, que puede presentar uno de los contendientes -en tal caso, la actuación judicial servirá precisamente para asegurar el desarrollo del procedimiento arbitral-. Otras veces la actuación judicial responderá al interés público en la necesaria salvaguarda de valores o principios esenciales cuya observancia no puede ser abandonada totalmente en manos de particulares.

Lo que ocurre es que existe una fuerte tendencia a su limitación. Valga como ejemplo la nota explicativa de la Secretaria de la CNUDMI sobre la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional cuando dice “Como lo prueban recientes modificaciones en las leyes de arbitraje, existe una tendencia a limitar la intervención judicial internacional. Al parecer, esta tendencia se justifica porque las partes en un acuerdo de arbitraje adoptan deliberadamente la decisión de excluir la competencia judicial y, en particular en los casos comerciales, prefieren la conveniencia práctica y la irrevocabilidad a prolongadas batallas jurídicas”.

De esta tendencia no es ajena la legislación española. Para respaldar tal afirmación baste reparar cómo ya tras la Ley de arbitraje de 1988 se suprime el régimen impugnatorio de los laudos hasta entonces vigente, constituido por los recursos de nulidad y casación que permitían el examen del contenido decisorio, y establece el recurso de nulidad, sometido a la escueta y cerrada lista de motivos que contenía el art. 45 LA y que se suponían relegar el recurso de anulación de una revisión externa o formal de carácter procedimental con un marcado fin garantista, como único medio de control de toda clase de laudos arbitrales.

En la actualidad la materia está regida por el art. 7 L 60/2003, que establece un principio general y por el Art. 8 L 60/2003 que enumera los supuestos concretos de intervención judicial:

Artículo 7. Intervención judicial.

En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga.

Artículo 8. Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje.

1. Para el nombramiento judicial de árbitros será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje; de no estar éste aún determinado, el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, el del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, el de su elección.

2. Para la asistencia judicial en la práctica de pruebas será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia.

3. Para la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4. Para la ejecución forzosa del laudo será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado, de acuerdo con lo previsto en el apartado

2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en su caso, el previsto en el artículo 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

5. Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Audiencia Provincial del lugar donde aquél se hubiere dictado.

6. Para el exequátur de laudos extranjeros será competente el órgano jurisdiccional al que el ordenamiento procesal civil atribuya la ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

De los supuestos de mención, nos ocuparemos aquí del que recoge el nº 5 del Art., 8 L 60/2003, esto es, la función de control consistente en el conocimiento de la acción de anulación del laudo arbitral, que continúa correspondiendo a la Audiencia Provincial, y que se regula con detalle en los arts. 40 L 60/2003 y ss.

En concreto, y por lo que se refiere a los motivos de anulación, el art. 41 L 60/2003 dispone:

Artículo 41. Motivos.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido.

b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.

d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.

e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

f) Que el laudo es contrario al orden público.

Es interesante destacar que el nº 2 del precepto transcrito establece un refuerzo de la intervención judicial en la salvaguarda de los principios esenciales del arbitraje que afectan al interés público excluyendo el principio de rogación en lo que se refiere a alguno de los motivos de anulación al disponer:

2. Los motivos contenidos en los párrafos b), e) y f) del apartado anterior podrán ser apreciados por el tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida.

De los supuestos de nulidad antes señalados vamos a hacer un especial examen de los que afectan a la existencia del pacto arbitral, a la designación de árbitros y a la

contrariedad al orden público, por contener importantes especialidades en el arbitraje de consumo.

INEXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL

En la doctrina se estudian como tales supuestos:

- cuando el convenio se refiere a materias excluidas del arbitraje (art. 2 LA)
- cuando no conste expresamente en el convenio la voluntad inequívoca de las partes de sometimiento a arbitraje o la de cumplir la decisión.
- cuando el convenio haya sido incorporado a un contrato de adhesión como condición general de contratación (DA 1ª.26ª LGDCOU, tras su reforma por la L/7/1998)
- cuando no reúna las exigencias de claridad y explicitud que exige la LGDCU (art. 10.1).
- cuando el convenio no se haya formalizado por escrito. (art. 6 LA)
- cuando el convenio coloque a una de las partes en cualquier situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros (art. 9.3 LA).

La especial configuración del Arbitraje de Consumo incide directamente en esta causa de nulidad.

En la generalidad de los casos no existe propiamente un pacto de arbitraje entre dos partes entendido a la manera tradicional que haya de ser objeto de revisión acerca de su validez. Al contrario, lo normal es que la formalización del convenio se lleve a cabo a través y con la intervención activa de las juntas arbitrales en el modo previsto en el capítulo III del RD 636/1993.

Conforme al mismo, son ellas las que reciben la sencilla solicitud del reclamante que se prevé en el art. 5 del RD 636/1993; la oferta pública de sometimiento a dicho sistema por parte de los empresarios a que se refiere el art. 6; y, finalmente la aceptación de aquella solicitud por parte de los reclamados que no hubieren hecho aquella oferta pública (art. 9). Así mismo, a ellas corresponden la aprobación de los formularios a través de los cuales tales manifestaciones han de ser dirigidas (art. 4.d).

Esta directa intervención de un órgano como la juntas arbitrales de consumo, enmarcados dentro de la administración y regidas por personas dependientes de ella con

formación específica al efecto, hace muy difícil la existencia de un supuesto de nulidad del convenio arbitral de consumo.

Sin embargo si podría darse tal nulidad los siguientes casos:

- inobservancia de los requisitos de la solicitud que se contienen en el art. 5,
- cuando el reclamado no figure en el censo a que se refiere el art. 4, tras la comunicación dirigida al efecto a la junta correspondiente con los requisitos del art. 6 RD 636/1993, o
- cuando no manifieste su aceptación a la solicitud del consumidor en los términos del art. 9 del RD

Con ser cierto todo lo dicho, existe una importante excepción. Me refiero a las cláusulas de sumisión a arbitraje incluidas dentro de las condiciones generales de contratación. En tal caso el pacto de sumisión a arbitraje es concertado directamente por los interesados no en atención a un concreto supuesto litigioso sino para la totalidad de los que puedan surgir con ocasión de un contrato de los llamados de adhesión.

En principio, la legislación tuitiva de los derechos de los consumidores y usuarios tacha de abusivas este tipo de cláusulas, lo que determina su nulidad. Sin embargo, el favor que el legislador dispensa al arbitraje de consumo hace que excluya expresamente tales cláusulas de la calificación como abusivas cuando el arbitraje sea conferido a este sistema arbitral, por lo que han de ser tenidas por válidas a todos los efectos.

Así ha de concluirse a la vista de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores en cuyo Anexo letra q) considera como tal aquellas que tengan por objeto

Suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje *no cubierta por las disposiciones jurídicas.*

Y en igual sentido la LGDCU en su redacción por la Ley 7/1998 sobre Condiciones generales de la Contratación, dispone en su adicional letra A apartado 26ª que

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.

Sin embargo, el nº VI de los principios enunciados en la Recomendación de la Comisión de 98/257/CE, de 30-3-1998 sobre los principio aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo es del siguiente tenor

Principio de libertad

La decisión del órgano sólo podrá ser obligatoria para las partes cuando éstas hayan sido previamente informadas y la hayan aceptado expresamente.

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.

Principio que parece ir en contra de los criterios sustentados por la directiva comunitaria y la norma española de trasposición.

La problemática que estudiamos es notoriamente aclarada en la actualidad por el art. 9 L 60/2003 que se ocupa de especificar cuando ha de entenderse concluido válidamente un convenio arbitral:

Del convenio arbitral y sus efectos

Artículo 9. Forma y contenido del convenio arbitral.

1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

2. Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato.

3. 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.

Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

4. Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior.

5. 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.

6. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español.

El transcrito precepto permite ya una solución clara a los supuestos de cláusulas de sumisión al arbitraje de consumo insertas en un contrato de adhesión como dentro del

condicionado general, al remitirse expresamente a la legislación específica, que, como hemos visto más arriba, es favorable en general a la admisión a este tipo de cláusulas, en contra de lo que ocurre con la sumisión a otros sistemas de solución extrajudicial.

Pese a la aparente claridad de todo lo dicho, no han faltado supuestos en que se ha pretendido impugnar laudos arbitrales de consumo por nulidad o inexistencia de convenio arbitral.

Así ha ocurrido en el caso resuelto por la SAP Zaragoza 600/2004.

Los términos en que la impugnación era formulada son elocuentes; decía la impugnante:

“En dicho contrato, cuya copia acompañamos como documento tres, y en concreto, en el pinto 13 del reverso, se hace una simple mención al Sistema Arbitral de Consumo. En concreto, los términos exactos que se leen son los siguientes:

‘23. Master D está adherido al Sistema Arbitral de Consumo administrado por la Junta Arbitral de Aragón. Tiene por misión la preparación de cursos y oposiciones, en ningún caso garantiza un puesto de trabajo ni plaza de funcionario’

Tales términos, desde luego, no expresan un acuerdo de voluntades, sino tan solo una declaración o manifestación de la empresa de la decisión unilateral de la misma de haberse adherido al sistema arbitral. Tras esa manifestación de la empresa plasmada en una cláusula del contrato, debería haberse suscrito por ambas partes el correspondiente convenio arbitral para someter las divergencias a arbitraje, lo que nunca ocurrió.

Lo cierto es que, erróneamente asesorada, D^a Alicia... acudió a la Junta Arbitral de Consumo de Aragón en la creencia equivocada de que era la única vía posible para dirimir sus diferencias con Master D”

El contraste de lo hasta ahora expuesto con la argumentación impugnatoria transcrita evidencia la inconsistencia de aquella, lo que dio lugar a la desestimación de la anulación pretendida por la sentencia antes referida en la que se recordaba que el sistema arbitral de consumo prescinde del pacto arbitral en los términos que se hacía referencia en la demanda de anulación, pues respecto a los empresarios adheridos basta la simple reclamación del consumidor ante la junta que corresponda para que pueda ponerse en marcha el procedimiento arbitral.

También se ha pretendido la nulidad del laudo por inexistencia del pacto arbitral en el caso resuelto por la SAP de Asturias de 19-1-1999, en esta ocasión a instancia de la parte empresarial –una tintorería–, que alegaba no hallarse adherida al sistema, pese a lo cual se había sometido al proceso arbitral promovido por el consumidor.

En tal caso, la SAP razona que:

Sostuvo en primer lugar la parte recurrente que concurría violación del art. 45 punto 1 de la Ley de Arbitraje, porque no existía un compromiso de adhesión al sistema arbitral de consumo por parte de la Tintorería La R., ni oferta pública de sometimiento al arbitraje en los términos previstos por el art. 6 del Real Decreto antes citado; mas tal alegación es desestimable, pues aunque no consta la existencia de oferta pública de sometimiento al sistema arbitral de consumo, el art. 9 de la mencionada disposición contempla y regula en defecto de tal oferta general la notificación de la solicitud de arbitraje al reclamado, el cual deberá aceptarla o rechazarla por escrito, y en el supuesto enjuiciado resulta claramente acreditado que D. Manuel R. V. compareció ante la Junta Arbitral y manifestó que aceptaba el arbitraje propuesto, cuya solicitud le había sido previamente notificada, firmando la aludida comparecencia, como evidencia el simple examen del expediente remitido y obrante a los folios 114 y ss.; sin que el supuesto error invocado en el acto de la vista pueda ser acogido, por carecer de refrendo probatorio alguno.

INDEBIDA COMPOSICIÓN DEL COLEGIO ARBITRAL

Como hemos dicho al comenzar, es principio del sistema arbitral de consumo la independencia e imparcialidad, que cuando se trata de órganos colegiados se persigue mediante la representación paritaria de empresarios del sector afectado y los consumidores y usuarios a que habrá de responder la designación del colegio arbitral que es la primera actuación de que se compone el procedimiento arbitral tal y como señala el Art. 10 RD636/1993

Artículo 10.

1. El procedimiento arbitral de consumo comenzará con la designación del colegio arbitral, ajustándose en todo caso a lo dispuesto en este Real Decreto, con sujeción a los principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad.

La composición paritaria que se ha hecho mención se halla garantizada por la forma en que se hace la designación, que viene regulada en el art. 11 RD 636/1993:

Artículo 11.

1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior se constituirá un colegio arbitral específico compuesto por tres árbitros, designados del siguiente modo:

a) El Presidente del colegio arbitral será designado por la Junta Arbitral, entre personal al servicio de las Administraciones públicas, licenciados en Derecho, previamente nombrado al efecto por la Administración pública de la que dependa dicha Junta.

.....

b) La designación de representantes de los consumidores se efectuará de la forma siguiente:

Cuando la reclamación se formule a través de una organización de consumidores, el representante será el designado por la misma en la Junta Arbitral.

Si la reclamación se presenta directamente en la Junta Arbitral, la designación se hará de oficio entre los representantes propuestos previamente por las asociaciones de consumidores y usuarios.

c) El representante de los sectores empresariales será el designado por éstos en la Junta Arbitral, cuando el reclamado forme parte de una organización adherida al sistema arbitral. En los demás casos lo será el designado de oficio entre los propuestos previamente por las organizaciones empresariales que se hayan adherido a la misma.

A mi modo de ver la inobservancia de esta composición paritaria en la designación del colegio arbitral puede dar lugar a su anulación por la vía del motivo establecido en el art. 41.1.d L 60/2003, siempre que se halla tratado de enmendar la defectuosa composición del colegio mediante el mecanismo de la recusación prevenido en los arts. 17 L 60/2003 y ss a que se remite expresamente el art. 11.6 RD 636/1993.

La imprescindibilidad de la composición paritaria a que se hace mención ha sido objeto de estudio en diferentes resoluciones judiciales, sin bien con relación al arbitraje impuesto establecido para los litigios existentes entre los transportistas y los usuarios o cargadores en el RD 1211/1990, que permite que la cuestión se plantee con más profundidad, ya que cada uno de los sectores pueden estar representados en el colegio por más de un miembro, y en la emisión del laudo no es preciso que se hallen todos los árbitro, de tal modo que puede ser dictado sin la concurrencia de uno de los sectores en liza.

El problema ha sido resuelto abordado por la SAP Zaragoza nº 7/2004:

El segundo motivo de impugnación del laudo arbitral merece más detenido estudio.

Según puede leerse en el acta de la vista oral celebrada el día 7-4-2003 ante la junta arbitral que emitió el laudo, el representante de los cargadores excusa su asistencia, de tal modo que la junta que resolvió la reclamación estuvo integrada tan solo por su Presidente, el Vocal representante de las agencias de transporte de carga fraccionada y el Secretario, y según expresa el propio laudo ésta ha sido dictado por los miembros de la junta que asistieron a dicho acto oral.

Conforme a lo prevenido en el art. 8 del D 1211/1990 las juntas arbitrales del transporte estarán constituidas por:

“1.el Presidente y por un mínimo de dos y un máximo de cuatro VocalesDeberán, en todo caso, formar parte de las Juntas los dos Vocales representantes de los cargadores o usuarios y de las Empresas del sector del transporte a que se refieren los puntos 3 y 4 de este artículo.....”

3. Una de las dos vocalías obligatorias será ocupada por un representante de los cargadores o de los usuarios.....

4. La vocalía obligatoria restante será ocupada por el representante de las Empresas de transporte o de actividades auxiliares y complementarias de éste.”

Y concreto el mismo artículo señala más adelante que:

“7. En las controversias que puedan surgir entre los empresarios del sector y los usuarios definidos por el artículo primero, apartados 2 y 3, de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, las Juntas Arbitrales estarán compuestas siguiente: El Presidente y una vocalía según lo establecido en los apartados 1 y 4 de este artículo, y la otra vocalía será ocupada por un representante de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, designado a propuesta del Consejo de Consumidores contemplado en los arts. 5 y concordantes del Real Decreto 825/1990, de 22 de junio”

La cuestión es que en el art. 9.7 del mencionado RD se dispone que:

“7. El laudo se acordará por mayoría simple de los miembros de la Junta, dirimiendo los empates el voto de calidad del Presidente. La inasistencia de cualquiera de los miembros de la Junta, con excepción del Presidente, no impedirá que se dicte el laudo.”

Cuyo texto ha dado lugar a que por alguna resolución judicial se haya entendido que no es necesaria la presencia de los vocales de los dos grupos interesados, como ocurre con las SSAP de Castellón nº 346/2000 y 518/2000 más arriba citadas.

Sin embargo esta Sala no comparte tal criterio, sino el contrario sostenido en la SAP de Asturias nº 277/2001, conforme a la cual la para la válida tramitación del procedimiento arbitral y emisión del laudo final es necesario que se hallen presentes al menos el presidente y los dos vocales necesarios –obligatorios, dice la norma reglamentaria-, esto es, al menos uno en representación de los empresarios del sector en el que surgió el litigio y otro de los cargadores y usuarios, y tal es el tenor literal del art. 8 antes transcrito, de tal modo que la ausencia de alguno de los miembros de la junta tan solo es admisible cuando está constituida por más miembros que el mínimo requerido. Interpretación esta última que parece más acorde con los principios de paridad que inspira el sistema alternativo de resolución de conflictos que regula la legislación especial del transporte terrestre que ha quedado recogida más arriba y que persigue que sean los dos sectores implicados, los transportistas y los cargadores o usuarios quienes concurran a la resolución del conflicto.

IMPUGNACIÓN POR INFRACCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO

Ya hemos dicho un poco antes que el ámbito del control judicial que supone el recurso de anulación de los laudos arbitrales ha ido retrocediendo en las sucesivas regulaciones, y ha pasado del amplio sistema impugnatorio establecido en la LEC, tras la reforma del año 1984, compuesto por un recurso de casación por los motivos generales de la LEC, para el arbitraje de derecho y uno de anulación ante la Sala primera del TS

para el de equidad, a un único de anulación para toda clase de arbitraje, cuyo conocimiento compete a la AP, sistema este último que es el que se recoge en la nueva LA L 60/2003.

El sistema tal y como se recoge desde 1988 supone la exclusión del control del contenido decisorio del auto, al suprimir el recurso de casación contra él quebrantamiento de Ley o de doctrina legal aplicable al caso resuelto, ya que el control judicial es concebido principalmente como una revisión externa o formal de carácter procedimental, con un marcado fin garantista.

Este esquema no ha sido favorablemente acogido por el sector doctrinal menos entusiasta del arbitraje, que tacha a la nueva Ley como un ignominioso intento de suprimir el control judicial sobre la fundamentación jurídica de la decisión arbitral, y sostiene que puede ser realizado a través de la cláusula de salvaguarda de orden público que contenía en el art. 45.5 LA 1988 y recoge la nueva LA en su artículo 41.1.f.

En efecto, la causa que analizamos, ha sido invocada, dada su indefinición y amplitud de enunciación, por la doctrina más reacia a la institución arbitral como el modo de mantener el control judicial sobre la corrección jurídica de los laudos arbitrales en nuestro Ordenamiento, entendiendo que el quebranto del Derecho o la Jurisprudencia aplicable afectaban al orden público interno.

Sin embargo tal intento, ha sido rechazado por los Tribunales.

Así, el TC limita tal vía de control a la protección del “derecho constitucional sustantivo (ATC Nº 231/1994, de 18 de julio) y los Tribunales entienden por orden público el constituido por la organización general de la comunidad o sus principios fundamentales y rectores, y que la actualidad pertenecen al orden público las materias estrictamente situadas dentro del orden constitucional, que no pueden quedar impedidas o menoscabadas por los pactos o contratos de los particulares.

Tal forma de entender la cláusula de salvaguarda del orden público conduce al TC a afirmar que “las incorrecciones referidas a materia de legalidad carente de relevancia constitucional se cohonestan perfectamente con la propia naturaleza contractual del convenio de arbitraje, referido siempre -arts 1 y 2 LA- a objetos de libre disposición”. Con igual criterio se ha pronunciado esta AP en su SAP nº 308/1994, de 27 de mayo en la que se dice que “dado el señalado concepto de orden público no se puede admitir que la selección de normas aplicables al caso concreto realizada por el árbitro al emitir su laudo en un litigio surgido en el ámbito de la prestación de un servicio de transporte, por su

pertenencia al derecho privado y afectar exclusivamente a los contendientes, en modo alguno puede afectarle”.

Ahora bien, no podemos olvidar que en el arbitraje de consumo se hallan implicados los derechos de los consumidores, que gozan de una especial protección jurídica, como lo muestra el art. 51.1 CE:

Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

Así como la legislación que la desarrolla, especialmente la L 26/1984, de 19 de junio de marcado carácter imperativo como lo muestra su art. 10.4.

Y en igual sentido el art. 153 TCE que integra su Título XIV (antiguo título XI):

Protección DE LOS CONSUMIDORES

1. Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Comunidad contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses.

Por último el V principio de la Recomendación de la Comisión europea dispone

Principio de legalidad

La decisión del órgano no podrá tener como resultado privar al consumidor de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la Ley del Estado en el que esté establecido el órgano. En caso de litigios transfronterizos, la decisión del órgano no podrá tener como resultado privar al consumidor de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley del Estado miembro en el cual el consumidor tenga su residencia habitual, en los asuntos previstos en el artículo 5 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Cabría plantearse por ello, si lo sensible de la materia propia del derecho de consumo no podría dar lugar a que se entendiera que la violación de las normas imperativas de protección de los consumidores supone un motivo de nulidad del laudo arbitral por razón de infracción del orden público.

A mi parecer la contestación ha de ser positiva, pues la protección de los consumidores ha de entenderse incluida en la noción de orden público, entendida como norma básica de la organización interpretada a la luz de los principios constitucionales.

De entender las cosas así, es de destacar que la vigilancia de la protección de los consumidores en cuantos a sus notas más esenciales, sería acometida por los Tribunales que conocen del recurso de nulidad, y lo que más importante, podrían dispensar dicha protección de oficio en virtud de la novedad que instaura el Art. 41.2 LA L 60/2003 más arriba transcrito y conforme al cual

2. Los motivos contenidos en los párrafos b), e) y f) *–el que sanciona la cláusula de orden público–* del apartado anterior podrán ser apreciados por el tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida.

CURSO MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

Nuevos retos del arbitraje de consumo

LA EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EN MATERIA DE CONSUMO CON LA LEY 60/2003, DE 23 DE DICIEMBRE DE ARBITRAJE



Ángel Dolado Pérez

Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2
de Zaragoza

SUMARIO.-

1.- La Ejecución forzosa, en general.

- a). Crítica general.
- b). Principios inspiradores.

2.- Ejecución de laudos arbitrales en materia de consumo.

- 2.1). Régimen jurídico.
- 2.2). Exclusión de los laudos laborales.
- 2.3). Contenido de la ejecución.
 - a). Competencia objetiva y territorial.
 - b). Postulación.
 - c). La demanda ejecutiva.
 - d). El despacho de ejecución.
 - e). Oposición a la ejecución.
 - f). Suspensión y término de la ejecución.

3.- Problemática de la ejecución provisional.

¿ Es posible en el tema de laudos arbitrales?

LA EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EN MATERIA DE CONSUMO CON LA LEY 60/2003, DE 23 DE DICIEMBRE DE ARBITRAJE

Ángel Dolado Pérez

Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zaragoza

1.- LA EJECUCION FORZOSA, EN GENERAL.

a).- Crítica general.

La ejecución forzosa en la NLEC se presenta con una **regulación unitaria, clara, completa y más eficaz**. El legislador, consciente de que la ineficacia del proceso se debía, en gran medida, a la ejecución, adopta un conjunto de medidas tendentes a dotar de una protección más enérgica al acreedor ejecutante, con medios que aseguren la real afección de los bienes del ejecutado.

En esta línea, la propia Exposición de Motivos indica que, en la regulación de la ejecución "... esta Ley, a diferencia de la de 1881, presenta una regulación unitaria, clara y completa. Se diseña un proceso de ejecución idóneo para cuanto puede considerarse genuino título ejecutivo, sea judicial o contractual o se trate de una ejecución forzosa común o de garantía hipotecaria, a la que se dedica una especial atención. Pero esta sustancial unidad de la ejecución forzosa no debe impedir las particularidades que, en no pocos puntos, son enteramente lógicas. Así, en la oposición a la ejecución, las especialidades razonables en función del carácter judicial o no judicial del título o las que resultan necesaria cuando la ejecución se dirige exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados." Se define así un proceso auténtico y unitario, con independencia de la naturaleza jurídica del título, judicial o extrajudicial, en el que se documenta el derecho de crédito cuya satisfacción se pretende.

Se intenta así proteger de una forma mucho más enérgica de cómo hasta ahora se venía contemplando, el derecho de crédito de aquel acreedor que lo tiene suficientemente documentado desde el punto de vista jurídico, al tiempo que se legislan algunas situaciones insuficientemente reguladas hasta ahora o, simplemente, huérfanas de normativa procesal, y a las que la doctrina y la jurisprudencia habían tenido que dotar de contenido, siendo de destacar el cambio de criterio en la regulación de algunas cuestiones, entre las que destaca la vía de apremio, donde el legislador viene a introducir una normativa que modifica casi totalmente el sistema de 1881, o la introducción, con carácter por completo novedoso, de un régimen de oposición a la ejecución de sentencias y títulos judiciales que antes no existía.

Así se establece el deber de manifestación de bienes, sancionando su incumplimiento como delito de desobediencia grave, imposición facultativa de multas periódicas, participación activa del Juez en la búsqueda de bienes en entidades financieras, organismos y registros públicos; el deber de colaboración en las actuaciones ejecutivas de personas y entidades públicas y privadas.

La ley también protege los derechos del ejecutado y de los terceros en la ejecución, estableciendo un régimen específico de la oposición a la ejecución, tanto por razones de fondo como procesales, pero no es una compensación a una pretendida debilidad del título sino una exigencia de justicia, simplificándose al máximo la oposición cualquiera que sea su clase. Se permiten comparecencias personales del ejecutado, sin necesidad de Abogado ni Procurador en múltiples actuaciones.

La ejecución **NO SE SUSPENDE** y se especifica en varios artículos, ya que puesta en marcha la realización de bienes, llegando incluso a la subasta, no es posible que por cualquier motivo ni por compasión hacia el deudor se paralice el procedimiento. Hay muchas resoluciones que no admiten recurso de apelación, han desaparecido los recursos de apelación en un solo efecto, que ocasionaron retardos indebidos por una praxis de mala fe procesal.

La obligación por parte del deudor, copiado del sistema alemán, de **manifestación de bienes al Tribunal**, con sus cargas, gravámenes u ocupantes, en caso de inmuebles, bajo sanciones penales y multas coercitivas puede ser un instrumento eficaz para actuar contra el ejecutado solvente.

Se regula del **poder del Tribunal de investigar el patrimonio del ejecutado**, cuando el ejecutante o su Procurador no hayan podido localizarlo.

Para la localización de bienes del deudor se establece el **deber de colaboración con el Tribunal** que tiene toda persona y entidad pública o privada, incluso bajo multas coercitivas periódicas.

Todas estas novedades son un poderoso instrumento para agilizar la ejecución, pero no será fácil su aplicación porque supone un cambio de mentalidad en muchas instituciones, así instituciones públicas, entidades financieras, el papel del juez ha de ser más activo en la impulsión del proceso de ejecución, ha de usar de las nuevas facultades que se le conceden, ha de reprimir con multas actuaciones contrarias a la buena fe procesal (art. 247 Ley de Enjuiciamiento Civil) y para ello debe poder asumir una carga de trabajo razonable, ya que con el actual número de procesos declarativos y de ejecución es imposible asumir los contenidos de la nueva ley.



La escasa eficacia de la justicia civil en España se fundamenta en que, en numerosas ocasiones, la sentencia dictada después de una dilatada fase declarativa no llegaba a cumplirse o de una manera insatisfactoria con gran esfuerzo personal y económico ya fuera por el tiempo transcurrido entre la demanda y la sentencia, ya fuera por la ausencia de mecanismos idóneos para ejecutar lo resuelto, convirtiendo la decisión judicial en una mera declaración de buenas intenciones.

Consciente de todo ello, la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, declara que la **efectividad de la tutela judicial** exige, además del pleno respeto a las garantías procesales, una respuesta más ágil, más próxima al ciudadano y más eficaz, es decir, con mayor capacidad de transformación real de las cosas, lo que supone entre otros aspectos “una ejecución forzosa menos gravosa para quien necesita promoverla y con más posibilidades de éxito en la satisfacción real de los derechos e intereses legítimos”.

Ahora bien, no podemos confundir la tutela judicial efectiva con un derecho absoluto a la ejecución de títulos ejecutivos, ya que ningún régimen legal de ejecución forzosa puede evitar ni compensar la morosidad crediticia ni pretender que todos los acreedores vean siempre satisfechos sus créditos. Los nuevos tiempos han potenciado la aparición de **acreedores profesionales** que fomentan el consumo de manera indiscriminada y a través de formas paralegales o sin ampararse en las garantías legalmente establecidas (ofertas por correo, Internet sin firma electrónica) y exigen al Estado que ponga a su disposición los medios para lograr el cumplimiento de las prestaciones de los que con ellos se obligaron, contribuyendo al colapso de los órganos judiciales.

Hemos de alcanzar un equilibrio entre la necesidad de proteger al acreedor que tiene reconocido su derecho y el deber de amparar al deudor y al Estado frente a situaciones de abuso.

b). Principios inspiradores.

Conforme señala el Magistrado **Manuel Almenar Belenguer** en su trabajo sobre “La ejecución dineraria”, los principios inspiradores de la ejecución forzosa son los siguientes:

- 1.- Carácter jurisdiccional de la actividad de ejecución.
- 2.- Congruencia.
- 3.- Justicia rogada.
- 4.- Dualidad de partes.
- 5.- Contradicción
- 6.- Igualdad de las partes.
- 7.- Buena fe procesal
- 8.- Ausencia de oralidad, concentración e intermediación.

Desarrollando brevemente estos principios, hemos de señalar lo siguiente:

1.- Carácter jurisdiccional de la actividad de ejecución.

Por imperativo constitucional, en el artículo 117.3 CE se establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de proceso, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes.

Pues bien, la NLEC refuerza el papel del juez como director del proceso, atribuyéndoles facultades de intervención, organización y control de la ejecución, impregnando al proceso de un papel judicial activo, sin olvidar el protagonismo de las partes, se otorga al juez facultades de impulsión y dirección frente a las partes y lamentablemente frente al Secretario, al que se le han cercenado sus facultades, lo que provocará un colapso en fase de ejecución al exigirse la intervención del juez en casi la totalidad de las actuaciones ejecutivas.

2.- Principio de congruencia.

La ejecución tiene por objeto dar cumplimiento al título de ejecución en sus propios términos, sin que pueda exceder o apartarse del pronunciamiento que contiene. Según el art. 563.1 si el tribunal para la ejecución provee en contradicción con el título ejecutivo, la parte podrá interponer recurso de reposición y, si se desestimare, de apelación. Se intenta evitar la ejecución por equivalencia, muy habitual en el sistema anterior en la ejecución no dineraria que se inclinaba en las condenas de hacer o no hacer por la indemnización pecuniaria.

3.- Principio de justicia rogada.

La ejecución forzosa nunca puede incoarse de oficio, es una actividad procesal siempre a instancia de parte. Pero una vez iniciada, se refuerzan las facultades del Juez en orden al control y dirección del proceso, así se provee de oficio en medidas de localización y averiguación de bienes, requerir al deudor para manifestación de bienes, multas coercitivas, orden de embargo, nombrar depositario, sacar los bienes a subasta

pública. En definitiva, se deben impulsar las actuaciones ejecutivas hasta lograr dar completa satisfacción al acreedor.

4.- Principio de dualidad de partes.

La ejecución se insta a favor del acreedor y frente al deudor. Aunque nada impide que sea el propio deudor el que interese la ejecución de lo resuelto o a que intervengan en la ejecución otros interesados.

5.- Principio de contradicción.

La NLEC otorga al deudor ejecutado medios de defensa para oponerse a los supuestos más graves de ilicitud de la ejecución, dando validez incluso a la simple comparecencia personal, sin necesidad de Abogado ni Procurador.

6.- Principio de igualdad de partes.

El legislador ha intentado restaurar el equilibrio *inter partes*, incorpora mecanismos tendentes a erradicar o disminuir los supuestos de abuso (nulidad del embargo genérico e indeterminado, el juez puede alterar el orden del embargo, imparcialidad del perito tasador, acuerdo para acudir a convenidos de realización extrajudiciales.

7.- Principio de buena fe procesal.

Las partes tienen unas cargas y responsabilidades inherentes al proceso, ateniéndose a las reglas de la buena fe, autorizando al Tribunal para sancionar las conductas contrarias a dicho principio (art. 247 Ley de Enjuiciamiento Civil).

8.- Principio de oralidad, concentración e inmediación.

Estos principios en la ejecución son muy relativos, ya que la regla general es el traslado por escrito a las partes, la resolución por auto o providencia a dictar en determinado plazo y la ausencia de inmediación.

2.- EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EN MATERIA DE CONSUMO.

2.1. Régimen jurídico.

Con carácter general, para la sustanciación de un proceso de ejecución hasta la completa satisfacción del acreedor, mediante el despacho de ejecución, se requiere ejercitar la acción ejecutiva fundada en un título de ejecución, mediante la interposición de la “demanda ejecutiva”. En el art. 517 LEC 1/2000 hay un catálogo abierto de títulos judiciales, asimilados a éstos y extrajudiciales o contractuales que llevan aparejada ejecución, entre los que se encuentran “**los laudos o resoluciones arbitrales firmes**” (art. 517.2.2ª LEC –texto año 2000). Este artículo es el antecedente lógico del artículo 44 de la **Ley 60/2003, de 23 de Diciembre, de Arbitraje**, que remite la ejecución forzosa de

los laudos arbitrales a los trámites de la ejecución forzosa de la LEC y a lo establecido en el Título VIII de la nueva Ley de Arbitraje (en adelante NLA).

El sistema de ejecución de laudos arbitrales ha sufrido una **importante** modificación en relación con el régimen establecido en la Ley 36/1988 de 5 de Diciembre de Arbitraje. Así, **anteriormente**, para la ejecución de un laudo, éste debía ser firme, bien por el transcurso del plazo de 10 días sin que se haya formulado recurso de anulación (artículo 46.2 de la Ley 36/88), bien porque se hubiese desestimado el recurso de anulación contra él interpuesto. El título que debía acompañar a la demanda ejecutiva se integraba por copia autorizada del laudo, el documento que acreditaba su notificación a las partes, los documentos que acreditaban la existencia del convenio arbitral, y si hubo recurso de anulación, la sentencia de la Audiencia Provincial desestimándolo (art. 54 Ley 36/88).

Con la nueva Ley de Arbitraje de 2003 ya no se exige la firmeza del laudo arbitral y se ha modificado el art. 517.2.2ª LEC configurando como títulos ejecutivos **“los laudos o resoluciones arbitrales”**, es decir, desaparece la palabra firme. En la **Exposición de Motivos de la NLA se señala que se opta por atribuir fuerza ejecutiva al laudo aunque sea objeto de impugnación. Ningún sentido tendría que la ejecutividad del laudo dependiera de su firmeza en un ordenamiento que admite cumplidamente la ejecución provisional.**

La inclusión del laudo como título ejecutivo fue una novedad de la LEC 2000 ya que no aparecía en la LEC 1881 y no existían antecedentes en las leyes procesales civiles históricas.

El título VIII de la NLA queda integrado en el sistema del enjuiciamiento civil acerca de los títulos ejecutivos del art. 517 LEC en la expresión “laudos o resoluciones arbitrales” sin que se especifique qué clase de resoluciones arbitrales son esas **distintas de los laudos arbitrales.**

Al permitir la modificación legal la ejecución de un laudo no firme aunque contra él se haya ejercitado la acción de anulación se está dando entrada a la **ejecución provisional** del laudo arbitral aunque no se emplee esta expresión de forma expresa.

En principio, el origen negocial y no jurisdiccional del laudo es indiscutible y también debe serlo su ejecución voluntaria. El árbitro no participa al emitir el laudo de la actividad jurisdiccional del Estado porque ni es funcionario ni un órgano del Estado. Ahora bien, cuando no es posible el cumplimiento voluntario del laudo se acude a la “ejecución forzosa” a través de la jurisdicción civil ordinaria.

En este punto, un tema de debate jurídico planteado se refiere a si la NLA debería haber posibilitado la ejecución forzosa también por el árbitro. Sin embargo, se optó por su no inclusión para desvincular claramente el aspecto negocial del laudo y el de su ejecución forzosa.

Ahora bien, aunque se pueda ejecutar un laudo que no es firme, sin embargo, en el artículo 548 Ley de Enjuiciamiento Civil se establece un plazo de carencia, que la ley denomina de “espera” para la ejecución de resoluciones judiciales y arbitrales de 20 días posteriores a aquel en que la resolución de condena o de aprobación del convenio haya sido notificada al ejecutado, dentro de los cuales no podrá el Tribunal despachar la ejecución. La razón última de este precepto debe buscarse en la voluntad del legislador de conceder al obligado un plazo para su cumplimiento voluntario antes de ser compelido judicialmente al mismo. Para unos supuestos como las sentencias de desahucio es un plazo excesivo y para supuestos de tráfico mercantil complejos es demasiado corto.

2.2 Exclusión de los laudos arbitrales laborales.

Los laudos arbitrales laborales están excluidos del ámbito de la Ley 38/88 de Arbitraje. El laudo arbitral no fue considerado título ejecutivo en el RD-Legislativo de 13 de junio de 1980, ni tampoco en la Ley de Procedimiento Laboral de 1990. El panorama cambió con la Ley 11/1994 materializando la apuesta del legislador por estos modos de resolución de conflictos jurídicos laborales, si bien, condicionando el arbitraje a que sea previsto en pactos colectivos.

La manifestación más decisiva de la Ley 11/94 fue la introducción en la LPL de 1990 de la D.Adicional 7ª sobre la ejecución del laudo arbitral. Previsión normativa reproducida en la LPL de 1995 no exenta de críticas doctrinales en lo referente al alcance normativo de la firmeza del laudo. Por un lado, porque el recurso judicial de anulación del laudo del art. 65.3 in fine de la LPL, si bien previsto nominativamente, no se encuentra desarrollado. Pero además, porque la firmeza del laudo, ante el silencio normativo, se hallaría condicionada a la aplicación analógica del artículo 11, 8º del Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos y artículo 22.5 de su Reglamento, que lo fija en 30 días, término similar al determinada en la LPL para la caducidad de la acción impugnatoria de los acuerdos obtenidos en conciliación, según el art. 67.2 de la LPL.

Actualmente, en el art. 2 de la NLA no hay un catálogo de exclusiones y se consideran materias objeto de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes. En el tema de los arbitrajes laborales, en el art. 1.4 se manifiesta que quedan excluidos del ámbito de la NLA los arbitrajes laborales.

Las sentencias y laudos arbitrajes extranjeros se rigen por lo dispuesto en los artículos 951 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 sobre ejecución de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, ya que la Disposición Final 20 NLEC sobre Proyecto de Ley sobre cooperación jurídica internacional en material civil, señala que en el plazo de 6 meses desde la fecha de entrada en vigor de la NLEC, el Gobierno remitirá a la Cortes Generales dicho proyecto de ley, previsión legal que no se ha cumplido.

En la **NLA, el artículo 46** regula el exequátur de laudos extranjeros, indicando que son los pronunciados fuera del territorio español y se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el

10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

Una importante novedad de la NLEC ha sido el establecimiento en el artículo 518 de la **caducidad de la acción ejecutiva fundada en sentencia judicial o resolución arbitral**. Para evitar la caducidad de la acción ejecutiva habrá de interponerse la demanda en el plazo de 5 años, más corto que el genérico de 15 años del art. 1964 del Código Civil. Su finalidad es conseguir una cierta seguridad jurídica, evitando el ejercicio de pretensiones respecto de las que el ejecutante ha hecho previa dejación, dejando transcurrir demasiado tiempo.

Una vez interpuesta la demanda ejecutiva no es posible que se produzca la caducidad en la instancia, pues las actuaciones deberán proseguir hasta el cumplimiento de lo arbitrado.

2.3. Contenido de la ejecución del laudo arbitral.

a). Competencia objetiva y territorial.

Se atribuye la competencia objetiva de la ejecución al Juez de Primera Instancia y la territorial al del lugar que se haya dictado el laudo (art. 545.2 Ley de Enjuiciamiento Civil).

En relación a los laudos arbitrales extranjeros reconocidos en España , el exequátur se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva Cork el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros establecido en la LEC 1/2000.

b). Postulación.-

Esta materia no es pacífica ya que, si bien el principio general del art. 539 es la preceptividad de Abogado y Procurador en toda ejecución de cualesquiera título extrajudicial en cuantía superior a 900€, la excepción viene constituida en supuestos de “ejecución de resoluciones dictadas en procesos en que no sea preceptiva la intervención de dichos profesionales”, y en el proceso arbitral no es preceptiva la postulación. Sin embargo, Carmen Samanes y Herrero Perezagua realizan una interpretación teleológica del precepto y entienden que es preceptivo.

La cuestión es importante porque durante la vigencia de la LA 1988 cierta jurisprudencia de Audiencias Provinciales la aceptaron sin Abogado ni Procurador. Así, la sentencia de 10-10-2002 de la AP de Burgos señala que no es obligatorio y depende de si lo fue en el arbitraje, quedando al criterio de las partes (art. 21.3 LA 1988). Pese al cambio normativo de la NLA este criterio sigue siendo sostenible, sin dejar de recono-

cer que también es posible defender la necesaria postulación procesal, dada la ausencia de una concreción legislativa suficiente y lo compleja que puede ser una ejecución.

c). La demanda ejecutiva.-

El despacho de la ejecución se regula en los artículos 548 y ss. de la NLEC configurándose la demanda ejecutiva como el acto procesal de parte en cuya virtud se pone en marcha la maquinaria judicial, promovándose un proceso que, aunque puede tener su origen en otro previo de naturaleza declarativa, es en definitiva un proceso distinto. Así el legislador se aleja del principio de actuación de oficio y acoge el principio dispositivo, dejando en manos del acreedor la solicitud de su despacho, quien deberá promoverla en forma de demanda, en la que se expresarán las siguientes circunstancias:

El título en que se funda el ejecutante.

La tutela ejecutiva que se pretende y, en su caso, la cantidad que se reclame.

Los bienes del ejecutado susceptibles de embargo.

Las medidas de localización e investigación judicial del patrimonio del ejecutado.

Identificación de la persona o personas frente a las que se pretenda el despacho de la ejecución.

Como complemento a la demanda ejecutiva, el art. 550 prevé que el ejecutante podrá acompañar todos aquellos documentos que considere de interés, e imperativamente los siguientes:

- 1.- El título que sirva de base a la demanda, es decir, el laudo arbitral.
- 2.- El poder del Procurador, o apoderamiento *apud acta*.
- 3.- Los restantes documentos que la ley exija para despachar ejecución.

En el artículo 54 de la Ley de Arbitraje de 1988 (ya derogada) se establecía que al escrito solicitando la ejecución se acompañarán necesariamente copia autorizada del laudo y los documentos acreditativos de la notificación a las partes y del convenio arbitral y en el caso de que haya habido recurso de anulación, testimonio de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

La **NLA** añade un nuevo párrafo al número 1 del art. 550 LEC y señala que cuando el título sea un laudo, se acompañarán, además, el convenio arbitral y los documentos acreditativos de la notificación de aquél a las partes.

d). El despacho de ejecución.

Una vez presentada, el Juez procederá a examinarla, analizando su regularidad formal, que concurran los presupuestos y requisitos procesales y se despachará ejecución, sin que pueda entrar a enjuiciar la existencia o subsistencia del derecho que aparece documentado en el título ejecutivo. El Juez dictará **auto despachando ejecución** que contendrá los siguientes extremos:

Ejecutado frente al que se despacha la ejecución.

Cantidad por la que se despacha ejecución, principal, intereses vencidos, más los intereses y costas presupuestados, cuyo importe no podrá exceder del 30 % del principal reclamado, salvo que se justifique cantidad superior.

Medidas de investigación patrimonial del ejecutado.

Actuaciones judiciales ejecutivas que procedan y, si fuere posible, el embargo de bienes concretos.

El auto es **irrecurrible** y se notificará al ejecutado, con entrega de copia de la demanda ejecutiva, pudiendo éste personarse en la ejecución en cualquier momento. La investigación del patrimonio se produce inmediatamente después de despachada la ejecución para evitar que se frustre el buen fin de la ejecución.

Sólo cabe denegar el despacho de ejecución cuando se aprecie que no concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos para despachar ejecución y cabe recurso de apelación directo.

El laudo ha de ejecutarse dentro de los límites y extensión de la jurisdicción española (art. 2 LOPJ) y dentro de los límites materiales del art. 2 NLA, es decir, de las materias que no sean indisponibles por los ciudadanos.

Una cuestión interesante es determinar el **ámbito subjetivo** de la ejecución. En principio, afecta a quienes pueden plantear la ejecución forzosa y de otro, contra quien o quienes se puede hacer operativa. En el art. 538.1 LEC se regulan las partes y sujetos de la ejecución forzosa y se plantea si cabe también al árbitro para reclamar sus honorarios. La jurisprudencia no es pacífica porque un sector judicial entiende que no son parte y deben acudir al juicio declarativo según cuantía o al proceso monitorio y otro sector entiende que se penaliza y obstaculiza la labor de los árbitros a los que debería reconocérseles la condición de parte a estos efectos porque los honorarios del árbitro se integran en el concepto de costas y en caso de desacuerdo se podría acudir al sistema de la impugnación DE COSTAS POR EXCESIVAS.

El laudo ha de determinar el ámbito subjetivo afectado, ya que según el art. 538.1 LEC no es posible la inconcreción subjetiva ni tampoco la indeterminación del beneficiado por el laudo. En los temas de acciones colectivas de consumidores se plantea el tema de si quien no fue parte en el procedimiento arbitral en el trámite de su ejecución por pertenecer a la CLASE de consumidor se beneficie por el contenido de la condena del laudo (acciones de clase).

e). Oposición a la ejecución.

Mediante la oposición pretende el ejecutado reclamar del órgano judicial que no se realice la actividad ejecutiva despachada, o, en su caso, que la realice de manera distin-

ta, mediante la puesta en funcionamiento de los mecanismos de defensa previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La oposición a la ejecución es una de las principales novedades en la ejecución forzosa. Destaca que se establezca un incidente de oposición común a todas las ejecuciones, con la única excepción de la realización de bienes que procedan de una garantía real. La oposición se substanciará en el mismo proceso de ejecución y por motivos tasados.

Pero esta oposición **no suspenderá el curso de la ejecución**. Las causas en que dicha oposición deberá fundarse son:

- El pago o cumplimiento de lo establecido en el laudo arbitral.
- Caducidad de la acción ejecutiva.
- Existencia de pacto o transacción convenidos en documento público.

Como motivo de oposición común a los títulos judiciales y extrajudiciales, el art. 559.1 introduce la **oposición por motivos formales**, amparada en tres causas:

- Por carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda.
- Por falta de capacidad o de representación del ejecutante, o no acreditarla.
- Por defecto en el modo de proponer la demanda ejecutiva y nulidad radical del despacho de ejecución.
- **Nuevo párrafo- “si el título ejecutivo fuera un laudo arbitral no protocolizado notarialmente, la falta de autenticidad de éste”**

La forma de substanciar la oposición por defectos formales tiene caracteres sumarios, se confiere traslado al ejecutante por término de 5 días para formulación de alegaciones y el juez resolverá de la siguiente manera:

- Defecto subsanable: se concederá al ejecutante un plazo de 10 días para subsanarlo, transcurridos los cuales sin evacuar el trámite, se dictaría auto dejando sin efecto la ejecución despachada, con expresa imposición al ejecutante de las costas causadas.
- **Defecto insubsanable:** el tribunal dictará auto dejando sin efecto la ejecución despachada, con imposición de costas al ejecutante.
- **Si el tribunal** entiende que no concurren los defectos procesales alegados, se dicta auto desestimando la oposición y ordenando continuar la ejecución, con expresa condena en costas al ejecutado.

f). Suspensión y término de la ejecución.

Una vez iniciada la ejecución, ésta solo podrá suspenderse cuando la Ley así lo ordene, o así lo acuerden, en virtud del principio dispositivo, todas las partes personadas, pudiendo mantenerse, mientras dure la suspensión, los embargos y garantías acordados.

Los supuestos legales en que se podrá acordar la suspensión de la ejecución son:

- Cuando se siga un procedimiento para la **revisión o rescisión de sentencia firme** que hubiera sido el título ejecutivo de la ejecución. El ejecutado deberá prestar caución suficiente, y se dará audiencia al Ministerio Fiscal, alzándose o sobreseándose la ejecución una vez conste la estimación o desestimación de la rescisión o revisión de la sentencia.
- Cuando se interponga un **recurso ordinario**, siempre que el ejecutado acredite que la ejecución le produciría daños irreparables, y preste caución suficiente.
- Cuando contra el ejecutado se inicie un **procedimiento concursal**, salvo que los bienes objeto de ejecución lo sean en virtud de una ejecución hipotecaria o prendaria, en cuyo caso, continuarán ejecutándose, y si de la ejecución quedase sobrante se remitirá éste al procedimiento concursal.
- Por **prejudicialidad penal**, cuando de la causa penal en trámite pudiera seguirse la falsedad o nulidad del título o la invalidez o ilicitud del despacho de ejecución. La suspensión se acordaría previa audiencia de las partes, salvo que el ejecutante prestase caución suficiente, en cuyo caso proseguiría la ejecución. Se levantará la suspensión cuando se archive la causa penal y, si ésta declarase la inexistencia del hecho, o no ser éste delictivo, el ejecutante podrá pedir indemnización de daños y perjuicios.

Según el art. 570 **“la ejecución forzosa solo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante”**. Este precepto es obvio, redundante e incompleto porque otras formas de terminación son la prescripción, la renuncia, el desistimiento, la transacción o convenio alcanzado entre las partes.

Frente a este sistema general, la **NLA** en el **artículo 45** establece una regulación específica sobre suspensión, sobreseimiento y reanudación de la ejecución en caso de ejercicio de la acción de anulación del laudo. Así, cabe la paralización prestando **FIANZA SUFICIENTE**, por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo. La caución podrá constituirse en cualquiera de las formas del art. 529.3 LEC. Presentada la solicitud de suspensión, el tribunal, tras oír al ejecutante, resolverá sobre la caución. Contra esta resolución no cabrá recurso alguno.

Esta regulación es novedosa con respecto a la antigua Ley de arbitraje que no admitía la ejecución provisional del laudo arbitral y con respecto a la NLEC que sí admite la ejecución provisional en determinados supuestos, pero en la ejecución de condenas dinerarias no admite la suspensión prestando caución suficiente, circunstancia que admite la NLA y que recoge la opinión mayoritaria de la doctrina y de la práctica forense, que hubiese preferido ese sistema con carácter general para todos los supuestos de ejecución provisional.

La suspensión se levanta cuando conste al tribunal que ha sido estimada la acción de anulación, dejando sin efecto las actuaciones ejecutivas concretas realizadas.

Si la acción de anulación es desestimada se alza la suspensión, se continúa la ejecución, sin perjuicio de los daños y perjuicios causados por la demora en la ejecución, a través de los cauces ordenados en los arts. 712 y siguientes de la LEC.

Si la anulación afectó sólo al ámbito objetivo de la petición de anulación del laudo arbitral (art. 41.3 LA) y subsisten otros pronunciamientos del laudo, se considerará estimación parcial a los efectos del art. 533.2 NLEC sobre revocación parcial de condenas al pago de cantidad dineraria.

3.- Problemática de la ejecución provisional.

¿Es posible en el tema de los laudos arbitrales?

Como señaló el Tribunal Constitucional en sentencia 105/97 de 2 de junio “el derecho a la ejecución provisional de las sentencias no es un derecho fundamental comprendido en el art. 24.1 de la CE, sino que viene establecido, en su caso, por el legislador y se encuentra sometido a ciertos requisitos sobre su procedencia o improcedencia que deben ser valorados por los órganos judiciales”.

La NLEC ha configurado esta institución de forma radicalmente diferente a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y ha optado por no conceder efectos suspensivos a los recursos interpuestos contra resoluciones judiciales, lo que conlleva el despacho de ejecución provisional de las mismas cuando así se solicite a instancia de parte.

La primera característica diferenciadora es que para acordarla, deja de ser necesaria la prestación de caución por el ejecutante, e invirtiendo la filosofía del sistema anterior, es ahora el ejecutado quien – cuando se trate de condena al pago de cantidades líquidas, si quiere evitar la vía de apremio sobre su patrimonio, debe poner a disposición del Juzgado la cantidad a la que hubiere sido condenado más los intereses y las costas.

El régimen instaurado en la reforma de 6 de agosto de 1984 se había demostrado ineficaz cuando quien solicitaba la ejecución era un ciudadano que no tenía grandes medios económicos, debido a que era necesario constituir una fianza a fin de paliar los efectos de la posible revocación de la sentencia que provisionalmente se ejecutaba.

Por ello en la **Exposición de Motivos** de la NLEC, en su apartado SVI se dice lo siguiente: “La regulación de la ejecución provisional es, tal vez, una de las principales innovaciones de este texto legal. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil representa una decidida opción por la confianza en la Administración de Justicia y por la importancia de su impartición en primera instancia... La presente Ley opta por confiar en los Juzgados de Primera Instancia, base, en todos los sentidos, de la Justicia Civil”.

La ejecución provisional puede instarse en cualquier momento, a partir del instante en que se notificó la providencia teniendo por preparado el recurso de apelación o desde el traslado a la parte apelante del escrito del apelado adhiriéndose al recurso.

Frente a tales expectativas, es consciente el legislador del peligro del sistema, si se revoca la sentencia provisionalmente ejecutada. Pero es una opción de política legislativa y tales riesgos pueden y deben asumirse en aras de la efectividad de la tutela judicial y de la necesaria protección del crédito.

En relación al tema de la posible o no ejecución provisional de los laudos arbitrales, pendientes de la resolución de un recurso de anulación entiendo que con la vieja Ley de Arbitraje no cabía ya que los artículos 526 y 535.1 NLEC se refieren a sentencias de condena en primera o segunda instancia y no puede extenderse a la materia de los laudos arbitrales.

Además, esta tesis se veía reforzada por el antiguo art. 55 de la Ley de Arbitraje de 1988 ya que de la petición de ejecución se daba traslado por 4 días a la otra parte, que podía alegar la pendencia del recurso de anulación, acreditándolo documentalmente, en cuyo caso el Juez dictaba sin dilación auto suspendiendo la ejecución hasta que recaiga resolución de la Audiencia, o la anulación judicial del laudo, en cuyo caso, el juez dictaba auto denegando la ejecución forzosa general.

Sin embargo, el art. 45 de la NLA señala que el laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado la acción de anulación, por lo que permite la ejecución provisional, aunque no se denomine de esta manera. Esta es una gran novedad de la NLA y establece un sistema más garantista que el configurado por la LEC ya que permite suspender la ejecución mediante la prestación de CAUCIÓN SUFICIENTE, adoptando la solución que la doctrina y la jurisprudencia demandaban para la ejecución provisional en general, ya que elimina el riesgo de la revocación de sentencias definitivas no firmes en segunda o sucesivas instancias judiciales.

CURSO MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

Nuevos retos del arbitraje de consumo

LAS OFERTAS PÚBLICAS DE SOMETIMIENTO AL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO

Jesús Checa Bravo

Presidente de la Junta Arbitral de Consumo
de la Región de Murcia

- I. Análisis de un indicador: El grado de confianza empresarial en el sistema arbitral de consumo.**
- II. Las OPS limitadas o condicionadas.**
 - 1-Naturaleza de las OPS
 - 2-Origen de las OPS limitadas
 - 3-Un mecanismo de control de las OPS limitadas
- III. El convenio arbitral perfeccionado mediante OPS.**
- IV. El censo de empresas adheridas y el distintivo oficial.**
- V. La renuncia a la OPS.**
- VI. El valor añadido del distintivo oficial.**
- VII. El distintivo de confianza en línea.**
 - 1-El distintivo de confianza en línea
 - 2-Los códigos de conducta
 - 3-El procedimiento de concesión del distintivo

Siglas utilizadas:

-OPS: Oferta Pública de Sometimiento al sistema arbitral de consumo.

-RDSAC: Real Decreto 636/1993 por el que se crea el sistema arbitral de consumo o Reglamento del sistema arbitral de consumo.

LAS OFERTAS PÚBLICAS DE SOMETIMIENTO AL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO

Jesús Checa Bravo

Presidente de la Junta Arbitral de Consumo de la Región de Murcia

-ANÁLISIS DE UN INDICADOR: LA CONFIANZA EMPRESARIAL EN EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO

Uno de los problemas a los que se enfrentó con gran nivel de originalidad la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984¹ fue el de la necesidad de dotar al mercado de un mecanismo útil para solucionar las reclamaciones económicas de los consumidores, dado que la escasa entidad económica de estos asuntos no permite la utilización de la vía tradicional de los Tribunales de Justicia, estableciendo en definitiva un nuevo servicio público, el del arbitraje de consumo.

Su artículo 31 creó el sistema arbitral de consumo, definió sus parámetros fundamentales e impuso al Gobierno el mandato de su puesta en marcha, cosa que hizo mediante la aprobación y publicación del Real Decreto 636/1993 de 3 de mayo².

La nota de voluntariedad que es inherente a todo arbitraje es con toda seguridad el gran desafío del sistema arbitral de consumo, ya que no podremos hablar de “sistema” si éste no es capaz de resolver la mayoría de las reclamaciones económicas que se les plantean a los consumidores.

En el arbitraje de consumo el convenio arbitral se perfecciona entre las partes con la intermediación de la Junta Arbitral de Consumo correspondiente, que propone al

¹ Ley 26/1984 de 19-7, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, BOE 24-7-1984.

² Real Decreto 636/1993 de 3-5, por el que se regula el sistema arbitral de consumo, BOE 21-5-1993.

empresario el arbitraje solicitado por el consumidor o pone a disposición de los ciudadanos las diferentes Ofertas Públicas de Sometimiento-OPS existentes.

El arbitraje de consumo no alcanzará a ser el sistema público por antonomasia destinado al enjuiciamiento de las reclamaciones económicas de los consumidores si no consigue que en un elevado número de casos se acepte por parte del empresario reclamado el arbitraje propuesto.

La aceptación voluntaria del arbitraje por parte de las empresas sólo resulta posible si existe confianza en la institución. Y el indicador más fiable para medir el grado de confianza empresarial es el número de casos que son aceptados por los empresarios.

La estadística nacional del sistema arbitral de consumo en 2003 ofrece las siguientes cifras:

-Las Juntas Arbitrales de Consumo han conseguido que en 2003 se encuentren adheridas más de 100.000 empresas, comercios y profesionales, en concreto, 102.049.

-Se han presentado 58.504 solicitudes de arbitraje, 19.630 de telefonía, la tercera parte, cifra inmensa en comparación con los demás sectores debido a la adhesión generalizada al sistema de la mayoría de operadoras significativas del mercado.

-Las solicitudes no aceptadas por los reclamados contabilizan un total de 10.735, el 18,35%, cifra que aparentemente hace pensar que la confianza empresarial está en un nivel correcto.

Las cifras son apabullantes y prueba evidente de que en estos últimos quince años se ha trabajado mucho y bien en este ámbito. Parece que la confianza empresarial está por encima del 80% y que ello queda avalado por la existencia de más de 100.000 empresas adheridas.

Pero quisiera introducir algunos elementos más de reflexión para valorar correctamente estas cifras.

En primer lugar, constatamos que la conflictividad derivada de la actividad de la inmensa mayoría de las empresas adheridas es mínima. La verdadera conflictividad en materia de consumo está en otros ámbitos. Existen pocas empresas que aglutinan la gran mayoría de las reclamaciones económicas de los consumidores, como todos sabemos y como demuestra el sector de la telefonía, en el que unas cuantas adheridas generan anualmente un tercio de todos los arbitrajes de consumo. Explotar esta vía en la que prime más la adhesión de calidad que la de cantidad debe ser norte para un futuro desarrollo del sistema. La cuestión no es tener muchas adhesiones, sino tenerlas en los ámbitos económicos en los que se generan muchas reclamaciones.

En segundo lugar, es necesario analizar la evolución del grado de confianza empresarial en el sistema, constatar si quince años de arbitraje de consumo, además de empresas adheridas, ha sido capaz de generar mayor confianza empresarial. En las estadísticas nacionales no encontramos estos datos hasta 1996. En la Junta Arbitral de la Región de Murcia, encontramos estos datos desde 1987, con un 55% de aceptaciones de arbitraje, 1988 con un 54%, 1989 con un 65% y 1990 con un 64%.

A nivel nacional, en 1996 las aceptaciones de arbitraje estaban en el 58%, cifra que en años siguientes se estabilizó alrededor del 70%. En 2001 fue del 75%, en 2002 del 79% y en 2003 del 82%.

Parece pues que el arbitraje comenzó su andadura a principios de los años noventa con una confianza empresarial que rondaba el 65%, y que se ha consolidado en los primeros años del 2000 en el 80%, quince puntos más.

Pero quizás no midamos bien si comparamos sin más los datos de 1990, cuando no existían OPS, con los datos de 2003. Si descontamos los casos de telefonía, $58.504 - 19.630 = 38.874$, las 10.735 solicitudes inaceptadas de 2003 supondrían un 28% de los casos, es decir, que esta consideración reduciría el nivel de confianza empresarial al 72% de los casos.

Pero podríamos ir más allá si realizáramos el cálculo descontando todas las reclamaciones interpuestas frente a empresas adheridas. Este dato no existe a nivel nacional pero podemos tomar como referencia el de la Región de Murcia: las solicitudes de arbitraje interpuestas frente a todas las empresas adheridas son el 64% del total de 1.775 solicitudes de arbitraje presentadas en 2003. Sólo 371 empresas declinaron resolver el conflicto mediante el arbitraje de consumo, pero suponen el 58% de las no adheridas.

Y más ideas para considerar si verdaderamente el sistema arbitral de consumo genera un 82% de confianza empresarial. La gestión diaria de las reclamaciones por parte de los agentes de consumo, Oficinas del Consumidor de administraciones u organizaciones de consumidores o de otros tipos actúan como filtro, pues conocen las características del arbitraje de consumo, y por tanto, realizan mediaciones previas, informan y evitan que un consumidor pueda perder el tiempo planteando un arbitraje de consumo abocado a la inaceptación de su contraparte. Precisamente por ello los sectores económicos que generan más expedientes arbitrales son aquéllos que presentan un elevado



nivel de adhesión empresarial al arbitraje de consumo, no los que generan mayor número de reclamaciones económicas de los consumidores.

Por poner un ejemplo con cifras reales, en la Región de Murcia en 2003 se tramitaron 64.903 actuaciones en las 54 Oficinas del Consumidor de la Red Regional, 15.970 reclamaciones-denuncias y 48.933 consultas. Del total de reclamaciones y denuncias escritas sólo se dirigieron a arbitraje de consumo 1.775, es decir, el 11%.

¿No deberíamos considerar igualmente este dato a la hora de valorar el grado de confianza empresarial? La realidad es que sólo un pequeño porcentaje de las reclamaciones económicas de los consumidores se plantean a través del sistema arbitral de consumo. Si todas se tramitasen mediante arbitraje de consumo, el porcentaje o grado de aceptación del arbitraje de consumo sería muy inferior al que las cifras y estadísticas oficiales ofrecen.

A estas alturas, creo legítimo preguntarnos si el grado de confianza empresarial ha avanzado realmente 15 puntos en quince años o si está estancado en unos niveles muy similares a la época de génesis del sistema.

El arbitraje de consumo como servicio público ha demostrado que puede ser el mecanismo sencillo y efectivo que necesita la reclamación económica de consumo pero todavía tiene por resolver el reto de que sea un auténtico recurso, un sistema, es decir, un mecanismo válido para resolver la mayoría de las reclamaciones económicas de los consumidores y no sólo una pequeña parte, como ocurre hoy en día.

Para afrontar este reto resulta fundamental tener en cuenta que la confianza empresarial sólo puede obtenerse garantizando tres extremos, enjuiciamiento correcto de los conflictos, homogeneidad de criterio en el sistema y valor añadido para las empresas.

Respecto de la primera cuestión, la corrección del juicio necesita de objetividad e imparcialidad del órgano y de una elevada profesionalidad de los árbitros.

La composición tripartita de los Colegios Arbitrales parece adecuada a estas necesidades, así como las normas sobre abstención y recusación.

Quizás debería ahondarse en este sentido garantizando orgánicamente dentro de las estructuras administrativas la independencia de las Juntas, puesto que es difícil compaginar la imparcialidad en el ejercicio de su función con las incisivas políticas que desarrollan los departamentos administrativos de protección al consumidor. Resulta complejo convencer al empresariado de que una Junta Arbitral de “Consumo” es imparcial cuando ostenta tal calificativo y depende del mismo departamento administrativo que impone sanciones a quienes no respetan los derechos de los consumidores.

Resulta igualmente necesario profundizar en la formación profesional de los árbitros. Ideas como las de exigir titulaciones, cursos específicos de formación u otras herramientas que habiliten para el ejercicio de la función de árbitro de consumo deben empezar a valorarse. No puede emanar autoridad de una Junta sin árbitros convenientemente cualificados, cuyo grado está actualmente sin marcar.

Respecto de la segunda cuestión, garantizar un cierto grado de homogeneidad de criterio, evitando la atomización, es objetivo que hasta en la administración de Justicia, basada en el principio de independencia judicial, se acaba alcanzando mediante un sistema de recursos. El arbitraje, cuya estructura tipo está concebida para el conflicto individual que requiere rápida resolución, no parece admitir un sistema de revisión mediante recursos, pero entiendo necesario plantearse la creación de algún mecanismo que, lejos de las revisiones y recursos, permitiese una cierta unificación, homogeneidad o unidad de criterio al sistema arbitral de consumo. Sin ello resultará imposible que las empresas de ámbito nacional encuentren atractivo el “sistema”, que por ello deja de ser tal.

Por último, la confianza empresarial se gana potenciando el único mecanismo específico que establece la normativa con este objetivo, las OPS- Ofertas Públicas de Sometimiento, consiguiendo que la adhesión al sistema arbitral de consumo sea un auténtico valor añadido al producto empresarial, como lo son los certificados de calidad que otorgan ciertas instituciones. Y este es el terreno en el que nos vamos a centrar de ahora en adelante con profundidad, analizando sobre todo las disfunciones que han ido surgiendo con el paso del tiempo.

Recordemos el aserto “condición necesaria pero no suficiente”. Hay que enfrentarse a la evidencia: un nuevo sistema que sea reconocido por todos como justo no es suficiente estímulo para que el empresariado acepte el arbitraje de consumo como alternativa a la administración de Justicia.

Este estímulo gira en el sistema alrededor de las OPS. El Reglamento del sistema arbitral de consumo implanta un mecanismo destinado a incentivar al empresariado para que acepte resolver las futuras reclamaciones que le planteen los consumidores a través del arbitraje de consumo, mediante la creación del Distintivo Oficial que se otorga a aquellas empresas que realicen Oferta Pública de Sometimiento-OPS ante la Junta a través de la cual se adhieren al sistema. Los consumidores deben preferir adquirir bienes o servicios a través de establecimientos adheridos y ello debe ser acicate suficiente para que las empresas y comercios profesionales se adhieran para poder ostentar el distintivo.

La idea es buena, pero el tiempo ha introducido una serie de disfunciones que no permiten que despliegue su eficacia con la fuerza que todos esperábamos.

2-LAS OPS LIMITADAS O CONDICIONADAS

2.1-NATURALEZA DE LAS OPS

La idea originaria de las OPS, que nació en el denominado Reglamento de Cullera³, documento base del que nació el Reglamento del sistema arbitral de consumo, era clara: se trataba de que toda la actividad de la empresa adherida quedase sometida al arbitraje de consumo que administrase el sistema, a través de la Junta competente, por lo que la adhesión se podía realizar a través de cualquier Junta.

El art.6.2 RDSAC quedó del siguiente modo:

“La oferta pública se comunicará mediante escrito o cualquier otro medio de comunicación de los recogidos en el artículo anterior, dirigido a la Junta Arbitral de Consumo a través de la que se adhiere al sistema, debiendo contener los siguientes requisitos:

- a) Ámbito de la oferta.
- b) Sometimiento expreso al presente Real Decreto del sistema arbitral de consumo.
- c) Compromiso de cumplimiento del laudo arbitral.
- d) Plazo de validez de la oferta, que en caso de no constar se entenderá realizada por tiempo indefinido.”

Así pues, la OPS es una declaración unilateral de voluntad en forma escrita por la que el declarante u oferente manifiesta el compromiso de dirimir cualquier controversia futura que planteen sus clientes consumidores a través del arbitraje de consumo.

El ordenamiento jurídico español permitía y permite el sometimiento a arbitraje de cuestiones litigiosas futuras, art.9 de la Ley de Arbitraje, y por tanto las OPS son un instrumento administrativo que no vulnera la legalidad vigente.

Artículo 9. Forma y contenido del convenio arbitral.

1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las **controversias que hayan surgido o puedan surgir** respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

Curiosamente no resulta tan permisivo el ordenamiento comunitario con las controversias futuras.

³ El Reglamento de Cullera, cuyo texto se cerró en esta localidad valenciana, fue elaborado por el Grupo de Trabajo de Arbitraje de Consumo de la Conferencia Sectorial de Consumo en 1989, presidido en esa época por la Dirección General de Consumo de la Región de Murcia.

La Recomendación de la Comisión Europea relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo de 1998⁴, apoyada por la Resolución de 14-11-1996 del Parlamento Europeo⁵, recuerda en su Considerando 21º que el art.6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone que el acceso a los tribunales es un derecho fundamental sin excepciones, que los procedimientos extrajudiciales no pueden tener como objetivo sustituir al sistema judicial y que por lo tanto la utilización de la vía extrajudicial sólo puede privar al consumidor de su derecho de acceso a los tribunales si éste lo acepta expresamente, con pleno conocimiento de causa y con posterioridad al surgimiento del litigio.

Y en base a ello se establece como uno de los requisitos integrantes del principio de libertad, uno de los siete que regula la Recomendación, 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”.

Si bien el sistema arbitral de consumo se articula ordinariamente a través de una solicitud de arbitraje del consumidor, en la cual consta el sometimiento al arbitraje con posterioridad al surgimiento del litigio, la Ley de Arbitraje permite el sometimiento a éste de cuestiones futuras, “que puedan surgir”, y por lo tanto, también en el ámbito del arbitraje de consumo (pensemos por ejemplo en las cláusulas de sometimiento que figuran en contratos)⁶. Complementariamente, el art. 11.1 de la Ley de Arbitraje establece que el arbitraje de consumo priva al consumidor de su derecho de acceso a los Tribunales, pues “obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de las cuestiones sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese invoque inmediatamente la oportuna excepción”.

Así que el sistema arbitral de consumo no se ajusta a lo establecido en este precepto de la Recomendación.

Ya que la Recomendación no establece la finalidad de este precepto, no se me ocurre otro motivo que la pretensión de evitar situaciones de indefensión del consumidor cuando éste se vea obligado a aceptar arbitrajes desconocidos para cuestiones futuras que pueda imponer el suministrador a la firma de un contrato.

Pero si éste fue el motivo de la prohibición de arbitrajes sobre cuestiones litigiosas futuras, la Comisión no formuló correctamente el precepto, por cuanto existen sis-

4 Recomendación de la Comisión 1998/257/CE de 30-3-1998, DOCE L 115/31 de 17-4-98. Se complementa con la Recomendación 2001/310/CE de 4-4-2001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, DOCE 19-4-2001, centrada en procedimientos de mediación, no de arbitraje.

5 DO C 362 de 2-12-96, página 275.

6 En contra, JOAQUÍN DE CARPI PÉREZ, *El Sistema Arbitral de Consumo*, dirigida por Ignacio Quintana Carlo y Angel Bonet Navarro, Ed. Aranzadi, Pamplona (1997), página 147.

temas jurídicos que permiten el arbitraje sobre cuestiones litigiosas futuras con cláusulas de salvaguarda frente a abusos contractuales, y el sistema arbitral de consumo español está articulado de este modo.

Efectivamente, el español establece una cláusula de salvaguarda frente a las consecuencias negativas que entiendo parece querer evitar la Recomendación, ya que en nuestro ordenamiento jurídico es cláusula 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 supuesto específico ”, (por ejemplo, el de las Juntas Arbitrales de Transportes) ⁸. Recordemos que las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas, art.10 bis.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Por lo tanto, el sistema arbitral de consumo no cumple el requisito comunitario comentado, requisito en cuya formulación creo que la Comisión ha utilizado la técnica de cristalizar normativamente uno de los “medios” posibles en vez del “objetivo”, de modo que impone una solución jurídica que impide a España su cumplimiento en coherencia con su ordenamiento jurídico ⁹.

Afortunadamente la cuestión es de rango menor. La Recomendación centra la proscripción exclusivamente en la adhesión del consumidor a controversias futuras. Diferente hubiese sido que la Recomendación hubiese prohibido el arbitraje sobre cuestiones futuras en general, no sólo en el supuesto indicado, por cuanto la implantación del sistema arbitral de consumo se centra precisamente en la generalización de las Ofertas Públicas de Sometimiento empresariales, paradigma institucional donde lo haya de arbitraje sobre controversia futura.

2.2-ORIGEN DE LAS OPS LIMITADAS

Continuando con el análisis del art.6.2 RDSAC, las OPS deben formalizarse por escrito, como cualquier elemento integrante de un convenio arbitral, art.9.3 de la Ley de Arbitraje, y contener los siguientes requisitos:

- a) Ámbito de la oferta.
- b) Sometimiento expreso al Real Decreto del sistema arbitral de consumo.
- c) Compromiso de cumplimiento del laudo arbitral.
- d) Plazo de validez de la oferta, que en caso de no constar se entenderá realizada por tiempo indefinido.

⁷ Disposición Adicional 1ª de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cláusula nº26.

⁸ Las Juntas Arbitrales del Transporte están reguladas en los arts 37 y 38 de la Ley 16/1987 de 30-7, de Ordenación de los Transportes Terrestres, BOE 31-7-87, modificada la redacción del art.38 por Ley 13/96 de 30-12 sobre medidas de política económica, BOE 31-12-1996.

⁹ Similar opinión mantiene ARTURO ÁLVAREZ ALARCÓN, “El Sistema Español de Arbitraje de Consumo”, Ed. Instituto Nacional del Consumo-MSC-, Madrid, 1999, página 65.

No están todos los que son aunque son todos los que están. Resulta también imprescindible que una OPS indique perfectamente la identidad del oferente, su domicilio, así como el lugar y la fecha en la que se emite el documento. Aunque no lo diga el RDSAC.

Los requisitos b y c no son sino una de las múltiples fórmulas posibles de expresar la inequívoca voluntad del manifestante de aceptar el arbitraje institucional de consumo. Su omisión en el RDSAC no hubiese permitido que las OPS se emitieran sin alguna fórmula o expresión similar. Recordemos que la Ley de Arbitraje de 1988 exigía expresamente en su art.5 que figurase la obligación de cumplir la decisión arbitral, no así la Ley de 2003.

El requisito d, relativo al plazo temporal, aunque desde un estricto punto de vista jurídico resulta igualmente prescindible, puesto que el ordenamiento jurídico general lleva a similar disposición, resulta ciertamente útil desde el punto de vista práctico.

Los problemas se produjeron con el requisito del apartado a, generados desde el mismo sistema. El art.4.c RDSAC también utiliza la expresión recordando que una de las funciones de las Juntas es confeccionar y actualizar el censo de las empresas que hayan realizado las ofertas públicas de adhesión al sistema arbitral de consumo, en su ámbito territorial, debiendo obligatoriamente hacerse constar el “ámbito de la oferta”.

La dificultad práctica de conseguir adhesiones empresariales provocó que en la segunda mitad de la década los noventa se barajase la posibilidad de plantear a las empresas sometimientos limitados.

En primer lugar surgieron las limitaciones territoriales, ya que las empresas aceptaban someterse a la Junta de su territorio, con la que habían realizado el contacto inicial con el sistema, pero desconfiaban de las demás.

De modo que el sistema comenzó a romperse, y las adhesiones de pequeñas empresas comenzaron a generalizarse pero limitadas al arbitraje que administrase la Junta a la que se adherían.

Merece la pena detenerse en el análisis del origen de las limitaciones territoriales.

El sistema arbitral de consumo es un sistema de carácter nacional cuya articulación se practica a través de una red de Juntas Arbitrales de Consumo que establece la Administración del Estado. La constitución de las Juntas necesita del concurso del resto de Administraciones Públicas Territoriales, ya que el art.3.2 RDSAC impone a la Administración Estatal crearlas mediante Acuerdos con aquéllas, y no de otro modo, excepto en el caso de la Junta Arbitral Nacional, directamente creada por el Real Decreto. La existencia de esta red en el seno del sistema arbitral de consumo obliga a determinar por definición unas mínimas reglas competenciales de carácter territorial.

Como elementos comparativos, nos encontramos en un extremo el Sistema Judicial Civil en el que rige la regla básica de sumisión expresa o tácita al Juez elegido por las partes complementada por unas reglas de competencia para los casos de inexistencia de sumisión; y en el otro extremo, el Sistema Administrativo por el que todo órgano tiene preestablecida por norma sus competencias, sin que quepa en ningún caso que ejerza ajenas ni que otros ejerzan las propias.

El art.3 RDSAC regula las reglas de competencia entre Juntas en unos escuetos y confusos términos:

“1- Se constituye una Junta Arbitral de Consumo de ámbito nacional, adscrita al Instituto Nacional del Consumo, que conocerá, exclusivamente, de las solicitudes de arbitraje presentadas a través de las asociaciones de consumidores cuyo ámbito exceda del de una comunidad autónoma, por los consumidores y usuarios que estén afectados por controversia que superen asimismo dicho ámbito.

2- Las Juntas Arbitrales de Consumo, de ámbito municipal, de mancomunidad de municipios, provincial y autonómico, se establecerán por la Administración General del Estado mediante acuerdos suscritos a través del Instituto Nacional del Consumo, con las correspondientes Administraciones Públicas.

3- En los acuerdos se fijará el ámbito funcional y territorial de las Juntas, de acuerdo con los siguientes criterios:

- a) Otorgar preferencia al domicilio del consumidor.
- b) Otorgar preferencia a la Junta de inferior ámbito territorial
- c) Salvaguardar la libertad de elección de la Junta por las partes.”

Así pues, las reglas de competencia territorial definitivas están fijadas en los Acuerdos de Constitución de las Juntas en base a los criterios expuestos.

Los Acuerdos de Constitución de Juntas Autonómicas, aún vigentes en la actualidad, utilizaron el siguiente texto modelo para regular sus competencias territoriales:

“Estipulación Primera.- La Junta Arbitral de Consumo de _____entenderá, con carácter prioritario, de las reclamaciones de los consumidores de su Comunidad Autónoma, en relación con sus derechos legalmente reconocidos, que a continuación se indican:

Las de los consumidores en cuyo municipio o provincia no exista Junta Arbitral de Consumo.

Aquellas que voluntariamente las partes así lo decidan.

Estipulación Segunda.-La Junta Arbitral de Consumo de la Comunidad de _____ será compatible en su ámbito territorial con la existencia y actuaciones de las Juntas Arbitrales de carácter local, que estén constituidas en la actualidad y con las que en un futuro puedan constituirse, de acuerdo con los siguientes criterios:

- a) Otorgar preferencia al domicilio del consumidor
- b) Otorgar preferencia a la Junta de inferior ámbito territorial
- c) Salvaguardar la libertad de elección de la Junta por las partes.”

En el caso de las Juntas provinciales se establece lo siguiente:

“ La Junta Arbitral de Consumo Provincial de _____ entenderá, con carácter prioritario, de las reclamaciones de los consumidores de su provincia, en relación con sus derechos legalmente reconocidos, que a continuación se indican:

- Las de los consumidores en cuyo Municipio no exista Junta Arbitral de Consumo.
- Aquéllas que voluntariamente las partes así lo decidan.

La Junta Arbitral de Consumo Provincial de _____ será compatible, en su ámbito territorial, con la existencia y actuaciones de Juntas Arbitrales de carácter municipal, que estén constituidas en la actualidad y con las que en un futuro puedan constituirse, de acuerdo con los siguientes criterios:

- a) Otorgar preferencia al domicilio del consumidor.
- b) Otorgar preferencia a la Junta de inferior ámbito territorial.
- c) Salvaguardar la libertad de elección de la Junta por las partes.”

Los Acuerdos de Constitución de Juntas municipales establecen simplemente que entenderán, “con carácter prioritario, de las controversias que se produzcan en la actividad de consumo, en su ámbito territorial”.

Del texto de las estipulaciones parecen deducirse las siguientes reglas:

1-En primer lugar, será competente la Junta territorial que libremente elijan las partes para dirimir su controversia, con independencia de su ámbito.

En la práctica resulta que este criterio se convierte en regla generalizada, pues la sumisión de las partes a una Junta puede realizarse de un modo expreso o tácito, y bastará que la solicitud de arbitraje del reclamante se dirija a una Junta concreta (es lo ordinario) y que la contestación del reclamado no se oponga a su competencia para entender que la Junta es la de elección de las partes, pues el ejercicio de este derecho no exige declaración expresa en tal sentido.

De la regla se deduce que aquellas reclamaciones de consumidores cuyo domicilio no radique en el territorio de la Administración que sustente a la Junta se atenderán con carácter “no prioritario”, expresión ésta de difícil comprensión que parece intentar aunar el interés estatal de que la Junta ofrezca servicio a todos los ciudadanos con el interés de la Administración Territorial de referencia que asume los costos del servicio para ofrecerlo preferentemente a los ciudadanos de su territorio.

2-En defecto de acuerdo de partes respecto de Junta concreta que conozca el conflicto, las estipulaciones establecen que conocerá la Junta de inferior ámbito territorial en el cual radique el domicilio del consumidor.

Esta regla complicaba la consolidación del sistema arbitral de consumo mediante generalización de las OPS por la carga que suponía al empresario en los casos de conflictos interterritoriales, en los que el domicilio o establecimiento del reclamado donde se produjo el acto de consumo radica en territorio diferente del de la Junta donde tiene su domicilio el consumidor. No parece coherente que si un consumidor se desplaza a otro territorio a realizar el acto de consumo deba soportar el reclamado la carga de sustanciación del conflicto en el territorio donde radique el domicilio del consumidor.

La regla de preferencia de la Junta de inferior ámbito territorial, con la bienintencionada misión de acercar el servicio al ciudadano, provocó automáticamente una nueva disfunción que menoscabó el arbitraje de consumo como sistema nacional: cada Junta territorial, al negociar la adhesión con los sectores empresariales de su ámbito, les garantizaba que este efecto no se produciría permitiendo que introdujesen en sus OPS una limitación territorial.

Después fueron llegando las limitaciones cuantitativas y cualitativas, empresas que se adherían hasta un cierto montante de reclamación, por ejemplo, constructoras, o empresas que se adherían para cierto tipo de transacciones y no otras, por ejemplo bancos y aseguradoras, o con ambos criterios unidos. Y como algunos vaticinamos, después comenzaron a plantearse “OPS-límite”, en las que el peso de la limitación es infinitamente superior al de la actividad comercial sometida a arbitraje, como el caso de las que se adhieren hasta cantidades económicas ridículas.

Así hoy resulta posible plantear diferentes tipos de limitaciones que se pueden clasificar del siguiente modo, en base al tradicional esquema civil de las condiciones contractuales de lugar, tiempo y modo:

1-Condiciones de lugar o territoriales, por ejemplo, sumisión exclusiva al ámbito territorial de una Junta.

2-Condiciones de tiempo, que son las únicas que el Real Decreto menciona, estableciendo que en defecto de plazo se entenderá se realizan con duración indefinida.

3-Condición de carácter cualitativo, en las que la empresa pueda libremente elegir el área o las áreas parciales de su actividad comercial respecto de las cuales realizar la oferta pública de sometimiento con exclusión de las demás.

4-Condición de modo de carácter cuantitativo en las que se establezca un máximo o mínimo valor económico de la controversia excluidos de arbitraje.

2.3-UN MECANISMO DE CONTROL DE LAS OPS LIMITADAS

Sin perjuicio de la bondad o no de la idea, criterio de oportunidad, el planteamiento jurídico de las OPS limitadas, criterio de legalidad, tal y como se encuentra y se encontraba entonces el ordenamiento, permite dos interpretaciones.

Por un lado, el requisito “ámbito de la oferta” es una expresión que se puede entender permite a la empresa oferente limitar o condicionar a un ámbito concreto de su actividad una aceptación de arbitraje para conflictos futuros, en ejercicio de su libertad de aceptar cualquier arbitraje, ya que quien puede lo más puede lo menos. De hecho, el propio Reglamento del sistema arbitral de consumo permite limitar temporalmente las OPS. La inmensa mayoría de autores y la propia realidad apadrinan esta tesis.

Por otro lado, en línea con la idea originaria de lo que debía ser una OPS en un sistema destinado a gestionar conflictos en masa, y por tanto difícil de compaginar con infinitas individualizaciones, cabe interpretar el requisito en el sentido de que la OPS debe obligatoriamente ir acompañada de una declaración relativa al ámbito de negocio empresarial al que se dedica el declarante y que debe figurar en la OPS a efectos de identificar su actividad económica por la Junta para procesar el dato y posteriormente facilitar su público conocimiento. Es decir, que la empresa oferente, Zutano SA, obligatoriamente debe indicar el ámbito de su oferta comercial, por ejemplo, venta de electrodomésticos, para poder inscribirla en el Censo de empresas y tener derecho a la entrega de Distintivo. Un Censo que no exprese el ámbito comercial de los inscritos apenas tendría utilidad, pues no permitiría conocer el tipo de negocio del establecimiento adherido antes de que el consumidor decida acudir físicamente al mismo.

Algún argumento jurídico encontramos en apoyo de esta tesis. Y es que existen demasiadas lagunas normativas en el Reglamento del sistema arbitral de consumo para entender lo contrario, forzando la interpretación literal del art.6.2.a. Si no se regularon cuestiones tan evidentes fue simplemente porque no se pretendía que existiese. Este precepto no regula una facultad de la empresa, sino que establece un requisito específico que debe acompañar a la declaración de voluntad u oferta de sometimiento de la empresa, a saber, describir claramente su ámbito de actividad económica. En su defecto, la declaración podrá tener efectos jurídicos, pero no será acreedora de concesión de distintivo ni de figurar en el Censo de establecimientos adheridos.

El arbitraje de consumo entendido como medio de resolución de una ingente masa de casos no puede ser un arbitraje a la carta, sino que debe ofrecer su propia carta de servicios. La gestión en masa siempre requiere normalización. Permitir que sean exclusivamente las empresas quienes decidan unilateralmente cómo y cuándo se administra arbitraje de consumo creo que es un tremendo error. A la postre, las OPS limitadas sin control conducen a este escenario.

Argumentos en su día se plantearon varios, como la inexistencia en el Reglamento de un trámite para analizar si las limitaciones o condiciones de una OPS vulneran el ordenamiento jurídico o para fijar si la OPS coincide con el ámbito de la cuestión litigiosa, aunque estos trámites podrían entenderse implícitos en el texto normativo. Probablemente los dos argumentos más sólidos fuesen los siguientes:

-El Reglamento del sistema arbitral de consumo no ha previsto Distintivos Oficiales diferentes para aquellas empresas que presenten OPS limitadas, clara muestra de que nunca pensó en ello. Es obvio que no se puede otorgar el mismo distintivo a unas que a otras. La publicidad inherente al distintivo resultaría engañosa si un mismo distintivo amparase diferentes niveles de sometimiento. El Reglamento del sistema arbitral de consumo debería incluso haber previsto diferentes tipos de distintivos según el grado de la condición. Actualmente se debe evitar este problema exigiendo al oferente ostentar la limitación a la par que el distintivo.

-El art.7 RDSAC establece que las Juntas otorgarán distintivo a quienes realicen OPS al “sistema arbitral de consumo” y que sólo las que dispongan de distintivo podrán figurar en el Libro Oficial y publicadas en el Boletín Oficial correspondiente. No parece que se pueda afirmar que hay sometimiento al “sistema arbitral de consumo” cuando se permite un sometimiento exclusivo a una Junta con exclusión expresa de todas las demás. De nuevo, quiebra la idea de sistema aceptando la tesis permisiva.

Creo que en su momento todos los agentes del arbitraje de consumo intuíamos que era conveniente introducir la posibilidad de que existiesen OPS limitadas o condicionadas y ello motivó que se consolidase la permisividad. Todo este proceso se produjo en la segunda mitad de la década de los 90 y entiendo debió acompañarse de una urgente

reforma del Reglamento del sistema arbitral de consumo que introdujese criterios de control respecto de las OPS limitadas¹⁰.

Pero el momento del debate de las OPS limitadas ya pasó. En la actualidad debemos enfrentarnos a los retos que plantean las diversas limitaciones que se establezcan o se puedan establecer por parte de las empresas. La permisividad no puede ser total. Unas veces

¹⁰ La necesidad de reforma normativa también la destacó ARTURO ÁLVAREZ ALARCÓN, “El Sistema Español de Arbitraje de Consumo”, Ed. Instituto Nacional del Consumo-MSC-, Madrid, 1999, página 183.

por motivos de legalidad, y en otras ocasiones por motivos de oportunidad. Ni se pueden admitir OPS contra el ordenamiento jurídico ni OPS cuyo contenido sea fraudulento.

Hasta ahora, las limitaciones se han ido pactando entre las empresas, organizaciones empresariales y de consumidores y las Juntas, pero una vez consolidado el criterio de que es una facultad del oferente, está comenzando un proceso en el que las empresas ya no negocian, sino que simplemente ofrecen, y cual contrato de adhesión, el efecto práctico es que imponen. Las Juntas toleran y a los consumidores sólo les queda aceptar ese limitado ámbito de arbitraje o acudir a los Tribunales. Creo que la nueva OPS del año 2003 que presentó la empresa Telefónica de España SAU ha iniciado un generalizado proceso de reflexión a este respecto. A efectos informativos, se acompaña el texto:

1.- El 14 de diciembre de 1993, “Telefónica de España, S.A.” se adhirió al Sistema Arbitral de Consumo, mediante Oferta Pública de Sometimiento a dicho Sistema, Oferta que fue modificada el 1 de junio de 1995.

2.- En el día de la fecha, “Telefónica de España, S.A.U.” ha denunciado la referida Oferta¹ ante el Instituto Nacional del Consumo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 7,3 del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el al Sistema Arbitral de Consumo.

3.- Mediante el presente documento, “Telefónica de España, S.A.U.” suscribe

OFERTA PUBLICA DE SOMETIMIENTO AL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO DE TELEFÓNICA S.A.U.

En las siguientes condiciones:

Primera.- ADHESIÓN A LAS JUNTAS ARBITRALES.

“Telefónica de España, S.A.U.” se adhiere al Sistema Arbitral de Consumo, expresando su adhesión voluntaria, única y exclusivamente, a las siguientes Juntas Arbitrales de Consumo:

- Junta Arbitral Nacional.
- Juntas Arbitrales Autonómicas con sede en la capital de la Comunidad Autónoma.
- Juntas Arbitrales Provinciales con sede en la capital de la provincia.
- Juntas Arbitrales Municipales que radiquen en capitales de provincia.
- Juntas Arbitrales Municipales correspondientes a municipios de más de cien mil habitantes.
- Juntas Arbitrales Municipales de Ceuta y Melilla.

Las vistas se celebrarán en las sedes de las respectivas Juntas Arbitrales.

Segunda.- MATERIAS EXCLUIDAS DE ARBITRAJE.

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

Las reclamaciones de los usuarios que previa, simultánea o posteriormente a la solicitud de arbitraje, formulen reclamación y/o denuncia ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información ¹¹, Órganos de la Administración de Justicia, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y Policías Autonómicas.

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

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

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

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

Las solicitudes de conexión a la red telefónica pública fija y de acceso a los servicios disponibles y al resto de obligaciones de servicio público ¹², por ser materia reservada legalmente al Ministerio de Ciencia y Tecnología, y no ser, en consecuencia, materia de libre disposición de las partes.

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

¹¹ Adscrita al Ministerio de Ciencia y tecnología.

¹² El artículo 66 de la Ley 14/2000, de 29 de Diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social modificó el apartado 2 del artículo 35 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, atribuyendo al Ministerio de Ciencia y tecnología la competencia para “el control y el ejercicio de las facultades de la Administración relativas a las obligaciones de servicio público que se imponen en este artículo”. Dichas obligaciones de servicio público figuran recogidas en el Capítulo I, Título III de la Ley General de Telecomunicaciones, y han sido desarrolladas por el Reglamento de Servicio Universal, aprobado por Real Decreto 1736/1998, de 31 de Julio y por la Orden de 21 de diciembre de 20001.

el Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones.

Las indemnizaciones por daños y perjuicios.

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

En los demás casos que no se refieran a facturación, se excluirán las solicitudes de arbitraje relativas a conflictos surgidos con anterioridad a un año, a contar desde el momento en que tuvo lugar el hecho causante de la solicitud.

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

Tercera.- SOMETIMIENTO A LAS NORMAS DEL SISTEMA ARBITRAL

La adhesión se produce con sometimiento expreso a las normas reguladoras del Sistema Arbitral de Consumo recogidas en el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo; comprometiéndose “Telefónica de España, S.A.U.” a cumplir los laudos que en su caso se dicten.

Cuarta.- COMPROMISO DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA

“Telefónica de España, S.A.U.” se obliga, en virtud de esta Oferta, a asumir los siguientes compromisos:

4.1.- Establecer contactos periódicos con las Asociaciones de Consumidores de ámbito nacional, y con el propio Instituto Nacional del Consumo, a fin de procurar la resolución de problemas generales que se hayan planteado en el contexto del sistema arbitral.

4.2.- Seguir adecuando sus Departamentos de atención al cliente, haciéndolos accesibles a los usuarios, con el fin de conseguir una mejor canalización y resolución de las quejas y reclamaciones por éstos realizadas.

4.3.- Realizar estudios conjuntos con el Instituto Nacional del Consumo sobre las prestaciones de sus servicios para lograr una mejora en el conocimiento y utilización por los usuarios.

4.4.- Difundir su adhesión al Sistema Arbitral de Consumo.

Quinta.- ADHESIÓN EXCLUSIVA DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA.

Es “Telefónica de España, S.A.U.”, única y exclusivamente, quien se adhiere al Sistema Arbitral de Consumo, sin que dicha adhesión pueda vincular o afectar a ninguna otra empresa del Grupo TELEFÓNICA, directa o indirectamente.

Sexta.- VIGENCIA

La vigencia de la presente Oferta será indefinida, salvo denuncia total o parcial y expresa de la misma por una de las partes, realizada con un mes de antelación.

Séptima.- ENTRADA EN VIGOR DE LA OFERTA

Esta nueva Oferta será eficaz a partir del 15 de julio de 2003, de conformidad con lo estipulado en el apartado sexto del escrito de Denuncia.

Madrid, 21 de enero de 2003

Dado que aceptamos la existencia de OPS limitadas, con la misma libertad creativa, el sistema debe institucionalizar de un modo generalizado un mecanismo de control, que no está prohibido por el Reglamento del sistema arbitral de consumo porque entiendo que así interpretado resulta implícito a la figura¹³.

Los arts.6 y 7 RDSAC establecen una serie de requisitos que deben cumplir las OPS, y por tanto, subyace implícita la necesidad de organizar un trámite administrativo de control respecto de su cumplimiento, trámite o procedimiento cuya finalización requiere de la correspondiente resolución administrativa susceptible de revisión mediante los recursos administrativos ordinarios.

Los requisitos que establece la normativa vigente son de dos categorías, los generales exigibles a toda instancia administrativa y los específicos de una OPS:

1-Los generales de toda instancia administrativa están establecidos en el art.70 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas¹⁴, a saber:

-Identificación del interesado, incluyendo un domicilio.

-Petición, en nuestro caso, la petición del oferente será la solicitud de que se le otorgue el distintivo oficial y se inscriba su establecimiento en el Censo oficial.

-Lugar, fecha y firma.

¹³ Similar opinión sostiene ARTURO ÁLVAREZ ALARCÓN, “El Sistema Español de Arbitraje de Consumo”, Ed. Instituto Nacional del Consumo-MSC-, Madrid, 1999, página 133 y página 184.

¹⁴ Ley 30/1992 de 26-11 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, BOE 27-11-92 y corrección de errores el 28-12-92.

-El órgano al que se dirige la petición, que no será sino la Junta Arbitral de Consumo a través de la que formaliza su adhesión.

2-Los específicos de una OPS son los siguientes:

-Inequívoca declaración de voluntad de sometimiento de conflictos futuros con consumidores al arbitraje de consumo. Se establece como fórmula obligatoria que conste el sometimiento al Reglamento del sistema arbitral de consumo y el compromiso de cumplimiento del laudo arbitral.

-Plazo de validez de la oferta, requisito que puede no hacerse constar ya que en este caso se entenderá realizada por tiempo indefinido.

-En el supuesto de que se limite el ámbito de la oferta, entiendo que la OPS debe cumplir el requisito de que dichas limitaciones no contravengam el ordenamiento jurídico.

No parece posible desde un punto de vista jurídico denegar la concesión del distintivo a las empresas que realicen ofertas cuyo ámbito resulte ciertamente inapropiado, pensemos en un concesionario de coches que limitase su OPS a la venta de piezas de recambios, aunque entiendo que sería legítimo y legal negar la concesión del distintivo oficial cuando las condiciones rayen el ridículo, como sería el caso de que una promotora limitase la cuantía de la cuestión litigiosa a 30 euros, por ejemplo, puesto que se trataría de una OPS en fraude de ley, es decir, aplicando el art.6.4 del Código Civil, un acto realizado al amparo del texto de una norma que persigue un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, y aunque el efecto de los actos ejecutados en fraude de ley es que no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir, lo correcto no sería conceder un distintivo y entender por no puesta la limitación, sino denegarlo.

Sería deseable que el propio ordenamiento estableciese unos criterios para considerar la admisibilidad de las OPS limitadas o en todo caso aceptar las OPS-límite con inscripción en Censo pero sin concesión de distintivo. Un criterio para establecer la frontera entre lo aceptable y lo inaceptable, siempre concepto jurídico indeterminado, podría girar en torno a la idea de que el ámbito de la limitación nunca resulte superior al ámbito adherido, y creo que sería muy positivo que el análisis de esta cuestión se delegase en forma de informe preceptivo y vinculante al correspondiente órgano de representación de consumidores y usuarios que corresponda según el ámbito territorial de actuación de la empresa.

Tal y como está actualmente el ordenamiento, cada Junta debe controlar las OPS que se les presenten a través de su Presidente, por lo que el ejercicio de este control por una Junta respecto de la adhesión de empresas de ámbito territorial superior al de la propia Junta elegida para la adhesión supone un ejercicio de responsabilidad para con todo el sistema arbitral de consumo, aunque este supuesto se producirá en escasas ocasiones.

Lo ordinario es la adhesión de empresas de idéntico ámbito de actuación al territorial de la Junta que las acoge y por tanto, la adhesión de empresas nacionales a través de la Junta Nacional. A veces, la adhesión de empresas nacionales a la Junta territorial donde radica su sede social, a la que se ven obligados a acudir los consumidores que deseen plantear un arbitraje de consumo frente a la misma. Ante tal esquema es evidente el importantísimo papel que en este sentido está abocada a jugar la Junta Nacional para un correcto desarrollo del sistema.

En la Junta Arbitral de Consumo de la Región de Murcia se ha introducido este control de oficio desde hace años: se utiliza un impreso modelo para las peticiones de distintivo y un modelo de resolución administrativa para resolver sobre su concesión o denegación. Todo interesado que suscribe impreso de OPS y lo registra de entrada en la Junta recibe en su domicilio una resolución administrativa del Presidente de la Junta aceptando su petición y adjuntando los ejemplares de distintivos solicitados y folletos informativos. El modelo de concesión se reproduce a continuación:

RESOLUCIÓN DE OTORGAMIENTO DE DISTINTIVO OFICIAL

Resultando que con fecha XXXXX tiene entrada en esta Junta Arbitral de Consumo su Oferta de Sometimiento al Sistema Arbitral de Consumo.

Resultando que dicha Oferta se realiza con la condición o **limitación** de que abarca la actividad comercial ordinaria de la empresa en la Región de Murcia.

Visto el art. 7.1 del R.D.636/1993, por el que se regula el sistema arbitral de consumo, BOE 21-5-1993, que establece que “las Juntas Arbitrales de Consumo otorgarán un distintivo oficial a quienes realicen ofertas públicas de sometimiento al sistema arbitral de consumo”,

Visto el art. 6.2 del R.D. que establece los requisitos que debe contener dicha oferta,

Visto el art. 4.c y 7.2 del Real Decreto, que establece que cada Junta Arbitral de Consumo dispondrá de un Libro o Censo, debidamente numerado, en el que se harán constar los datos de las empresas o entidades que disponen de dicho distintivo en su ámbito territorial, con expresión del ámbito de la oferta.

Considerando que su Oferta Pública de Sometimiento cumple los requisitos normativos preceptivos,

Considerando que la condición o limitación contenida en su Oferta Pública de Sometimiento no vulnera el ordenamiento jurídico, siempre que se realice la exhibición del Distintivo Oficial “Arbitraje de Consumo” exclusivamente en el ámbito de la Región de Murcia,

RESUELVO

1.- Otorgar al oferente el Distintivo Oficial de Arbitraje de Consumo, que se acompaña a la presente Resolución en el número de ejemplares solicitado.

2.- Inscribir al oferente como adherido al sistema arbitral de consumo con expresión del ámbito de la oferta en el correspondiente Libro-Censo Oficial con el nº de Registro y datos del establecimiento de referencia que a continuación se indican:

Nº Registro: «N»

Nombre Comercial: «NOMBRE_COMERCIAL»

Dirección: «DOMICILIO_ESTABLECIMIENTO»

Localidad: «LOCALIDAD_ESTABLECIMIENTO»

TIF.: «TELEFONO»

NIF:«NIF»

Sector: «SECTOR»

Subsector: «SUBSECTOR»

Observaciones: «OBSERVACIONES»

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA ARBITRAL

Nota: En caso de que detecte algún error en los datos consignados, rogamos nos lo comuniquen. En el reverso se indican los sectores económicos en que se clasifican los establecimientos adheridos.

3-EL CONVENIO ARBITRAL PERFECCIONADO MEDIANTE OPS

El Sistema Arbitral de Consumo se estructura desde la diferenciación conceptual del órgano arbitral que resuelve cada conflicto concreto, el Colegio Arbitral, frente a la Junta Arbitral de Consumo, órgano que administra arbitraje.

El Colegio Arbitral es un órgano que se rige en su actuación por la legislación de Derecho Privado, en particular la Ley de Arbitraje y se designa uno, contingente, para resolver cada reclamación.

La Junta Arbitral es un órgano administrativo, permanente, a cargo de empleados públicos, cuya misión fundamental radica en canalizar las controversias de consumo para que sean resueltas, de mutuo acuerdo por las partes, a través del arbitraje de consumo; de este modo, conocida y presentada una reclamación de un consumidor a través de la denominada solicitud de arbitraje, se realizan trámites administrativos ante el reclamado informándole de las características y posibilidades y se le ofrece dilucidar la controversia concreta mediante un arbitraje de consumo, o se promociona ante las empresas la posibilidad de suscribir una OPS con la correspondiente concesión de Distintivo Oficial, acto también de indudable carácter administrativo. Por lo tanto, la actuación de una Junta se registrará por la Ley de Arbitraje y el Reglamento del sistema arbitral de consumo y en su defec-

to por el Derecho Administrativo. El art.4 del RDSAC enumera las principales funciones administrativas de la Junta, el fomento y formalización de convenios arbitrales entre consumidores y empresarios, la realización de mediaciones previas y la organización de los libros oficiales de la Junta, libro de árbitros, de empresas y de laudos.

Esta dualidad permite instrumentar en fase administrativa un control de oficio de la controversia a cargo de la Junta previo a la prestación del arbitraje por el Colegio Arbitral, con la utilidad que ello reporta en un servicio público al que cualquier ciudadano tiene acceso sin necesidad de asesoramiento profesional y en el que las imprecisiones de las partes son moneda corriente.

El art.8 del RDSAC establece que “la Junta Arbitral de Consumo, por medio de su Presidente, no aceptará las solicitudes de arbitraje, procediendo a su archivo, cuando se trate de las cuestiones a las que se refiere el art.2.2 del presente Real Decreto”.

De todo ello se derivan dos consecuencias fundamentales: la primera, que se establece expresamente un previo control de oficio de las controversias a tramitar, resultando éste un acto administrativo que decide si el ciudadano que plantea la solicitud de arbitraje tiene derecho a utilizar el servicio público que ofrece esa Junta concreta, y la segunda, que el alcance de este control no ha de limitarse a lo literalmente prescrito por el art.2.2, sino a todas las cuestiones que configuran el ámbito objetivo, subjetivo y territorial de la Junta correspondiente. Analizando la competencia material de las Juntas, Bádenas Carpio certeramente concluye que “para determinar las materias que puedan ser objeto de arbitraje de las Juntas Arbitrales de Consumo hay que hacer una interpretación sistemática de las leyes que regulan el sistema: la Ley de Arbitraje y la General de Consumidores y Usuarios”¹⁵.

Este previo control de oficio de la competencia de la Junta ante la concreta cuestión planteada se realiza en la denominada “fase de admisión a trámite” y como cualquier acto administrativo, es susceptible de revisión a través de los recursos administrativos y contencioso-administrativos correspondientes, pese a que el Reglamento del sistema arbitral de consumo sólo recuerde que la inadmisión deja expedita la vía judicial.

El art.6.1 del RDSAC dispone que cuando el reclamado hubiese realizado oferta pública de sometimiento al sistema arbitral de consumo el convenio arbitral quedará formalizado con la presentación de la solicitud de arbitraje por el reclamante, siempre que dicha solicitud coincida con el ámbito de la oferta. La perfección del convenio se produce en este momento, es automática, siempre que la solicitud coincida con el ámbito de la oferta, pero ello no significa que reúna todos los requisitos que la normativa

¹⁵ Juan Manuel Bádenas Carpio “El sistema arbitral de reclamaciones de consumo”, Valencia, 1993. Ed.Conselleria de Sanitat y Consum, Generalitat Valenciana.

vigente exige a un convenio arbitral para que resulte competencia de una Junta Arbitral de Consumo concreta.

El Reglamento del sistema arbitral de consumo no contempla expresamente la fase de admisión a trámite en este caso de formalización automática del convenio arbitral, pero como indicábamos anteriormente entendemos se establece como regla general la existencia de un control administrativo de oficio respecto de toda solicitud de arbitraje.

El control se realizará por la Junta del mismo modo que en el supuesto ordinario, una vez recibida la solicitud de arbitraje, de modo que el convenio arbitral no desplegará eficacia alguna hasta que la Junta admita a trámite la solicitud entendiéndose cumple todos los requisitos preceptivos y que coincide con el ámbito de la oferta, si bien estos aspectos pueden ser posteriormente planteados ante el correspondiente Colegio Arbitral en caso de disconformidad de alguna de las partes.

La automaticidad de convenio exige que la solicitud de arbitraje haga referencia a un negocio jurídico perfeccionado durante la vigencia de la OPS, resultando irrelevante la fecha en que se plantee la solicitud de arbitraje. Al negocio jurídico se incorpora de este modo una cláusula arbitral. De no ser así, entiendo que no existe convenio arbitral y que la Junta deberá tramitar la solicitud de arbitraje por el procedimiento ordinario del art.9 RDSAC trasladándola al reclamado y proponiéndole arbitraje. No cabe entender que existe convenio cuando la controversia surge con posterioridad a la OPS pero derivada de un negocio jurídico anterior a ésta pero sí existe convenio si la controversia surge con posterioridad a la renuncia de la OPS si está derivada de un negocio jurídico que se perfeccionó durante su vigencia, y por tanto, en el convencimiento del consumidor de que cualquier problema derivado se resolvería por arbitraje de consumo ¹⁶.

Todo ello sin perjuicio de las infracciones administrativas que pueda cometer el establecimiento que exhiba un distintivo sin tener en vigor la correspondiente OPS.

4-EL CENSO DE EMPRESAS ADHERIDAS Y EL DISTINTIVO OFICIAL

El Reglamento del sistema arbitral de consumo termina la regulación estableciendo en su art.7 que las Juntas otorgarán un distintivo oficial a quienes realicen OPS, inscribiéndolas en un Libro debidamente numerado, que será público según especifica el art.4.c RDSAC, en el que se harán constar los datos de las empresas o entidades que disponen de dicho distintivo.

¹⁶ En este sentido, laudo 262/2002 de la Junta Arbitral de Consumo de la Región de Murcia, que se puede consultar en www.murciaconsumo.com, así como Luis Abellán Tolosa en la obra colectiva "Derecho de Consumo", MARIA JOSÉ REYES LÓPEZ, coordinadora, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, 1ª edición, p.457. En contra, ARTURO ÁLVAREZ ALARCÓN, "El Sistema Español de Arbitraje de Consumo", Ed. Instituto Nacional del Consumo-MS-, Madrid, 1999, pag.184.

El otorgamiento de los distintivos a las empresas se plasmará en el Boletín o Diario oficial que corresponda a cada Junta, lo que supone una segunda medida de publicidad.

Por tanto, concesión de Distintivo, inscripción en el Libro o Censo y publicación en el Boletín Oficial son tres actos diferentes pero sucesivos que se derivan de la aceptación de la OPS por la Junta.

De nuevo constatamos cómo la idea de sistema tampoco se ha desarrollado convenientemente en este apartado, ya que aunque en el pasado existió un Censo Nacional, actualmente no funciona. La página web del Instituto Nacional de Consumo remite al ciudadano a las Juntas territoriales para realizar la correspondiente consulta y a un correo electrónico de la nacional para obtener información de adhesiones nacionales.

Bastantes Juntas también cuentan con la posibilidad de consultar sus correspondientes Censos en sus páginas web.

El Distintivo tiene un formato y tamaño establecido directamente por el Reglamento del sistema arbitral de consumo. Creo que el formato legal tiene un elevado grado de acierto, pero entiendo que debería haberse dejado su concreción a una norma reglamentaria de menor rango que permitiese en caso de que fuese necesaria una reforma del mismo más flexible. En la Región de Murcia, sin objeciones al respecto por el Instituto Nacional de Consumo cuando se elevó consulta, se ha añadido un faldón informativo al distintivo para acentuar este carácter.

El Distintivo está concebido para ser exhibido. De hecho, se presenta en forma de pegatina, y en la Región de Murcia, desde hace muchos años, se prepara para poder ser pegado por la zona interior del escaparate o cristal correspondiente, lo que evita a la larga su rápido deterioro. Es publicidad para la empresa pero también para el sistema arbitral de consumo, qué duda cabe. Así pues, no hay ninguna objeción en que sea reproducido por el empresario allá donde considere necesario para hacer ostentación de su adhesión.

5-LA RENUNCIA A LA OPS

La renuncia del interesado a la OPS en su día realizada provoca la pérdida del derecho a ostentar el Distintivo desde la fecha de comunicación de la renuncia.

La renuncia debe comunicarse a la misma Junta a través de la cual se formalizase la OPS, siempre por escrito, si bien el formato escrito puede sustituirse por el formato electrónico.

Según el art.4.c RDSAC, la Junta inscribirá la renuncia en el Libro o Censo para que éste corresponda a la realidad y esté actualizado e igualmente se deberá publicar en el Boletín oficial correspondiente.



Región de Murcia
Consejería de Sanidad y Consumo
Dirección General de Consumo

ESTABLECIMIENTO ADHERIDO



ARBITRAJE DE CONSUMO

GARANTÍA DE CALIDAD

Este establecimiento garantiza a su clientela resolver cualquier controversia económica ante la
**JUNTA ARBITRAL DE CONSUMO
DE LA REGIÓN DE MURCIA**

Puesto que el otorgamiento requiere de un acto administrativo que analice si se cumplen todos los requisitos necesarios para que una OPS sea tal y pueda inscribirse, también en el supuesto de la renuncia debe dictarse el correspondiente acto administrativo que ordene la inscripción de la renuncia en el Libro o Censo oficial si cumple con los requisitos.

De nuevo los requisitos que establece la normativa vigente son de dos categorías, los generales exigibles a toda instancia administrativa y los específicos de una OPS.

1-Los generales de toda instancia administrativa, art.70 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas ¹⁷, son los siguientes:

-Identificación del interesado, incluyendo un domicilio.

-Petición, en nuestro caso, la petición del renunciante será la solicitud de que se inscriba su renuncia a la OPS en su día realizada.

-Lugar, fecha y firma.

-El órgano al que se dirige la petición, que no será sino la Junta Arbitral de Consumo a través de la que formalizó su adhesión.

2-Como requisito específico, la solicitud debe contener una inequívoca declaración de voluntad de renuncia al sometimiento de conflictos futuros con consumidores al arbitraje de consumo.

Resulta imprescindible que la renuncia abarque exactamente el mismo ámbito que la oferta realizada en su día.

En el extraño supuesto de que no fuese así, por ejemplo, OPS de tienda de electrodomésticos de todo tipo que luego expresa su renuncia indicando como ámbito de oferta la venta de electrodomésticos de línea blanca, y si no fuese cumplimentado el preceptivo requerimiento de subsanación, entiendo que la Junta debe entender vigente la OPS en todos los aspectos a los que no alcance la renuncia, que se convertiría así en una OPS limitada, por lo que la solicitud del interesado de inscripción de la renuncia a la OPS realizada se resolvería por la Junta con la denegación de la misma y la modificación de la existente a una OPS limitada cuyos datos se comunicarían en la propia resolución.

La resolución administrativa debe declarar si la solicitud de renuncia cumple los requisitos legales y en este caso, acceder a su inscripción en el Libro o Censo oficial, todo ello con efectos legales desde la fecha de presentación de la renuncia y con el apercibimiento de que, según el art.7.3 RDSAC, conlleva la pérdida del derecho a ostentar el distintivo oficial.

¹⁷ Ley 30/1992 de 26-11 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, BOE 27-11-92 y corrección de errores el 28-12-92.

RESOLUCION DE BAJA EN EL LIBRO-CENSO OFICIAL
DE EMPRESAS ADHERIDAS

Resultando que con fecha XXXXX fue inscrito el establecimiento de referencia en el Libro-Censo de establecimientos adheridos a la Junta Arbitral de Consumo de la Región de Murcia.

Resultando que con fecha XXXXX el titular del establecimiento de referencia presenta ante esta Junta solicitud escrita de baja en el Libro citado.

Visto el art. 7.3 del Real Decreto 636/1993, por el que se regula el sistema arbitral de consumo, BOE 21-5-1993, que establece los requisitos formales que debe reunir toda renuncia a oferta pública de sometimiento arbitral.

RESUELVO

La inscripción de baja del establecimiento de referencia en el Libro-Censo de establecimientos adheridos a la Junta Arbitral de Consumo de la Región de Murcia con efectos desde la fecha de presentación de la solicitud de renuncia.

Conforme al art. 7.3 y 7.4 del Real Decreto citado, la baja conlleva la pérdida del derecho a ostentar el Distintivo Oficial de Arbitraje de Consumo, y se plasmará en el Diario Oficial que corresponda a la Junta.

DATOS DE INSCRIPCIÓN DEL ESTABLECIMIENTO OBJETO DE LA BAJA:

Nº Registro: «N» **Nombre Comercial:** «NOMBRE_COMERCIAL»

Dirección: «DOMICILIO_ESTABLECIMIENTO»

Localidad: «LOCALIDAD_ESTABLECIMIENTO»

Tifº.: «TELEFONO»

NIF: «NIF»

Sector: «SECTOR»

Subsector: «SUBSECTOR»

Observaciones: «OBSERVACIONES»

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA ARBITRAL

Podemos plantearnos si existe algún otro supuesto en el que sea posible la cancelación de la inscripción de OPS.

Dado que el art.4.c establece como función de las Juntas el mantener actualizado el Libro o Censo, entiendo que cabe de oficio proceder a la cancelación de las inscripciones cuando se constate que la empresa ha desaparecido. Por el mismo motivo creo que de oficio la Junta podría modificar algún dato de la inscripción que resulte necesario para actualizar el Censo, como puede ser un cambio de domicilio o de nombre comercial. En todo caso se realizará mediante el correspondiente procedimiento administrativo, con una iniciación motivada, trámite de audiencia y resolución administrativa de modificación de la inscripción originaria o anterior.

Se ha planteado en ocasiones si el incumplimiento del compromiso que se contrae en la OPS de cumplimiento del laudo resulta motivo legítimo para retirar el distintivo y cancelar la inscripción en el Censo oficial. No está previsto este efecto en el RDSAC, por lo que la respuesta debe ser negativa¹⁸. Quien no cumpla los laudos puede sufrir su ejecución judicial. Esta es una carga que el sistema impone a los interesados y por tanto, sólo éstos pueden controlar el cumplimiento de los laudos mediante el oportuno ejercicio de las acciones judiciales de ejecución. La Junta ni puede ni debe intervenir formalmente en esta fase, y menos aún adoptar medidas de presión no previstas por el ordenamiento jurídico, cuando, además, la retirada del distintivo entiendo se debería hacer junto con la cancelación de la OPS, y por tanto, impidiendo a futuros consumidores poder pleitear por arbitraje de consumo, bien que finalmente deban ejecutar el laudo.

En la Región de Murcia se subvenciona anualmente a las Organizaciones de Consumidores más representativas para ofrecer gratuitamente la postulación necesaria, abogado y procurador, a los consumidores cuyos laudos no sean cumplidos, lo que ha rebajado enormemente el grado de laudos incumplidos desde su puesta en marcha en 1998.

En particular, las organizaciones asumen el compromiso de prestar gratuitamente a los consumidores el necesario servicio de dirección letrada y representación procesal de procurador (incluyendo los gastos de su formalización) en los siguientes supuestos:

-Procedimiento judicial promovido por el reclamante-consumidor relativo a ejecución de medidas cautelares ante los tribunales conforme al art.722 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, siempre que sean acordadas por el correspondiente Colegio Arbitral.

-Procedimiento judicial promovido por el reclamante-consumidor para la ejecución forzosa de laudos incumplidos por el reclamado.

¹⁸ Similar opinión sostiene M^a Rosa Gutiérrez Sanz en la obra dirigida por IGNACIO QUINTANA CARLO Y ANGEL BONET NAVARRO, "El Sistema Arbitral de Consumo", Ed. Aranzadi 1997, Pamplona, pag.91.

-Procedimiento judicial promovido por el reclamado instando la nulidad de laudo arbitral.

La Asociación conveniente se compromete a comunicar a la Junta el resultado final de estos procedimientos judiciales.

6-EL VALOR AÑADIDO DEL DISTINTIVO OFICIAL

Damos todos por sentado que el Distintivo Oficial representa un indudable valor añadido para el empresario.

A estas alturas de desarrollo del sistema arbitral de consumo debemos preguntarnos si ello es así. Como en otros aspectos analizados, tres disfunciones se han producido en relación a esta figura que la alejan de los objetivos fijados inicialmente.

Por un lado, las inversiones en difusión de imagen del distintivo han sido escasas, por lo que resulta desconocido para la opinión pública y genera relativo valor añadido para quien lo ostenta.

Igualmente entiendo necesario y saludable ampliar los tradicionales y tasados motivos de inadmisión del art. 2.2 RDSAC, ya que la admisión de supuestos manifiestamente infundados por falta de legitimación pasiva o inexistencia absoluta de pruebas (como por ejemplo, una simple factura), por poner sólo un par de ejemplos, provocan en el empresario adherido que ha de atender dicho arbitraje justo el efecto contrario del pretendido. Finalmente, la atención de asuntos sin fundamento en dos o tres ocasiones lleva al adherido a la conclusión de que el distintivo no es un valor añadido, sino una carga innecesaria para su negocio.

Y por último a esta realidad se ha unido el hecho de que en muchas ocasiones se han adherido empresas de baja calidad de servicio o incluso de dudosa legalidad, como ocurrió a finales de los años 90 con ciertas empresas que se dedicaban a colocar gomas de butano preferentemente en los domicilios de ancianos en zonas rurales. Estas adhesiones, lejos de prestigiar el sistema, suponen un auténtico freno para la adhesión de empresas de calidad, que no desean participar en un sistema en el que cualquiera puede estar aunque no realice inversiones reales destinadas a mejorar la atención al cliente. Puede no resultar una opción válida ostentar un distintivo que cualquiera puede ostentar, pues es gratis, no cuesta nada, cuando existen otros distintivos que implican un grado de calidad socialmente reconocido y que resultan económicamente costosos obtener.

Al final, los consumidores buscan por encima de todo calidad, resultando que el sometimiento a arbitraje de conflictos futuros es un valor añadido que se ve lejano, por lo que deberíamos preguntarnos si es correcto el planteamiento actual del distintivo. Creo que los consumidores prefieren calidad; comprar en un establecimiento no adherido en el que conozcan perfectamente el negocio que llevan entre manos ofrece mayor

seguridad general que un compromiso formal de acatamiento de arbitraje sin calidad de servicio. El sistema arbitral de consumo podría a la larga convertirse en refugio de empresas que no tengan la calidad necesaria para obtener otros distintivos de calidad.

Por tanto, podría ser interesante reflexionar sobre el contenido del Distintivo Oficial y plantearnos en un segundo nivel el asociar su compromiso primigenio y esencial de sometimiento al arbitraje de consumo con ciertos compromisos de calidad objetivos y auditables que pudieran ser objeto de comprobación periódica, bien desde el propio sistema o mediante acuerdos con entidades gestoras de otros distintivos de calidad.

Todo ello supondría que ostentar el distintivo de segundo nivel no resultaría gratis. Y este coste a la larga prestigiaría el distintivo e introduciría mayor valor añadido. La necesidad periódica de renovar compromisos o de someterse a auditorías de control, así como al pago de los costes correspondientes, provocaría automáticamente una total adecuación de los Censos a la realidad. Hoy en día no existen medios para depurar los Censos y dar de baja a las empresas que ya no existan.

Del mismo modo resultaría interesante que las empresas adheridas obtuviesen algún otro valor añadido, por ejemplo, recibir de las Juntas información especializada de las novedades legislativas de consumo que les afectasen, iniciando con ellas líneas de comunicación que les ofreciese algunas ventajas tangibles por estar adheridas, o publicar periódicamente el Censo mediante un formato de Guía comercial atractivo, como las “Páginas Naranjas del Consumidor” publicadas en 2003 en la Región de Murcia.

En fin, ideas que con mayor o menor nivel de acierto, sólo intentan despertar en el lector la conciencia crítica que permita al sistema arbitral de consumo avanzar hacia el futuro en una dirección correcta.

7-EL DISTINTIVO DE CONFIANZA EN LINEA

El comercio electrónico es ya una realidad y dentro de poco tiempo habrá copado una relevante parte del mercado.

El comercio electrónico requerirá de formas igualmente virtuales para resolver los conflictos y resulta perfectamente posible administrar arbitraje de consumo virtual ¹⁹.

Es importante comenzar señalando que el arbitraje de consumo es una forma de arbitraje blindada frente a otros posibles arbitrajes en la materia.

¹⁹ A este respecto, ASUNCIÓN HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, “Una experiencia paradigmática: el arbitraje de consumo online en el marco del sistema español de protección de los consumidores”, en Revista Estudios sobre Consumo nº 65, Ed. Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 2003, Págs.37 y ss.

La Ley de Condiciones Generales de Contratación añade a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios una disposición Adicional primera que entre otras cosas establece como cláusula abusiva nº26 “la sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo los institucionales creados por norma legal para un sector específico”, como por ejemplo el de transportes.

El art.10.bis.2 de la Ley General dispone que “serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo”.

Como el art.10.4 de la Ley General igualmente dispone que la negativa del consumidor a someterse a un sistema arbitral distinto del de consumo no podrá impedir por sí misma la celebración del contrato principal, queda claro que sólo podrá administrarse arbitraje distinto del de consumo ante un consumidor cuando éste se haya sometido al mismo mediante una cláusula negociada individualmente, no mediante una cláusula de adhesión.

Puesto que las relaciones de consumo se basan en contratos de adhesión, no será posible imponer al consumidor en los mismos más arbitraje que el de consumo, so pena de nulidad de la cláusula por abusiva. Más aún en el caso del comercio electrónico, donde los contratos de adhesión y las condiciones generales de contratación son la regla general.

Por tanto, el arbitraje de consumo está blindado por el ordenamiento jurídico ya que otras instituciones o agentes arbitrales no pueden de facto entrar en su terreno natural.

Se presenta un nuevo e interesante escenario para el arbitraje de consumo. Las empresas de comercio electrónico tienen actualmente el reto de vencer la reticencia de los consumidores a adquirir por la red, que ven muy improbable la resolución de los problemas que puedan surgir dada la inexistencia de establecimiento físico del suministrador.

Estas empresas se verán obligadas a extremar los mecanismos de confianza hacia los consumidores, siendo el principal de ellos el asegurar un foro justo de resolución de conflictos. Y puesto que la alternativa judicial no es una solución, entre muchos otros motivos porque el fuero judicial general es el correspondiente al domicilio del demandado, sólo el arbitraje electrónico podrá solucionar los conflictos, y mientras que en el conflicto esté presente un consumidor, ese arbitraje sólo y exclusivamente podrá ser el institucional de consumo, pues cualquier otro al que quiera someter el empresario los conflictos resultaría abusivo y nulo.

Los primeros pasos ya se han dado. Ya el artículo 18 de la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico²⁰, estableció que las

²⁰ Ley 34/2002, de 11-7, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, BOE 12-7-2002.

Administraciones públicas impulsarían la elaboración y aplicación de códigos de conducta voluntarios por parte de las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores en las materias reguladas en dicha ley.

Tales códigos podrán versar, en particular —según el citado precepto—, sobre los procedimientos para la detección y retirada de contenidos ilícitos y la protección de los destinatarios frente al envío por vía electrónica de comunicaciones comerciales no solicitadas, así como sobre los procedimientos extrajudiciales para la resolución de los conflictos que surjan por la prestación de servicios de la sociedad de la información.

Por otra parte, la Ley 34/2002 impulsa la adopción de procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos, en particular, en las relaciones con los consumidores, y potencia el sistema arbitral de consumo al considerar que este es un procedimiento ágil, sencillo y eficaz para la resolución de las controversias que surjan en las relaciones de consumo articuladas por medios electrónicos, especialmente tras ser habilitadas las fórmulas para administrar el arbitraje a través de medios telemáticos. Establece en su artículo 32 que el prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información podrán someter sus conflictos a los arbitrajes previstos en la legislación de arbitraje y de defensa de los consumidores y usuarios y específicamente, la disposición adicional tercera de la citada ley dispone que el prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información podrán someter sus conflictos al arbitraje de consumo, mediante la adhesión de aquéllos al sistema arbitral de consumo.

A tal efecto, la Ley señala que, no todas, sino sólo las Juntas autorizadas para ello por el Instituto Nacional del Consumo, podrán dirimir los conflictos electrónicos planteados por los consumidores de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el sistema arbitral de consumo, a través de medios telemáticos.

La disposición final octava de la Ley 34/2002, de 11 de julio, prevé que en el plazo de un año desde su entrada en vigor, el Gobierno apruebe un distintivo que permita identificar a los prestadores de servicios adheridos a tales códigos. El distintivo público de confianza que se crea pretende servir de guía para que los consumidores y usuarios puedan discernir, dentro del conjunto de sellos y códigos nacidos de la autonomía privada, aquéllos que incorporen garantías que proporcionen un elevado nivel de protección de sus derechos.

Con un año de retraso, se ha aprobado el REAL DECRETO 292/2004, de 20 de febrero, por el que se crea el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico y se regulan los requisitos y procedimiento de concesión, BOE 27-2-2004, que se basa, entre otros extremos, en la adhesión de su exhibidor a sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos.

El Real Decreto 292/2004 parece que cierra el círculo. Comercio electrónico, códigos de conducta que incluyan sometimiento al arbitraje de consumo, y distintivos especiales para las empresas adheridas a tales códigos. Analicemos estos elementos.

Y para aclarar terminología, recordemos que la legislación sobre sociedad de la información denomina “prestador de servicio” a cualquiera que suministre bienes o servicios de modo electrónico.

7.1-EL DISTINTIVO DE CONFIANZA EN LÍNEA

El art.1 dispone que el Real Decreto tiene por objeto crear el distintivo que podrán mostrar los prestadores de servicios que se adhieran a códigos de conducta que cumplan las condiciones, en cumplimiento de lo previsto en la disposición final octava de la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Asimismo, este Real Decreto establece las condiciones que deben reunir tales códigos de conducta, la concesión y retirada del distintivo y el procedimiento aplicable. Según el art.2, este distintivo se denominará «distintivo público de confianza en línea» y su formato figura en el anexo de la norma y se reproduce a continuación.

El distintivo es signo de que el empresario electrónico está adherido a un código de conducta que respeta la legalidad vigente y se pretende que sea el elemento que venza las naturales reticencias de los consumidores a contratar electrónicamente.

Como podemos observar por el diseño elegido para el distintivo, es muy similar al del arbitraje de consumo.

7.2-LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA

El suministrador electrónico que desee ostentar el distintivo deberá estar adherido a un código de conducta que elaboran los sectores económicos correspondientes y en los que se prevé participación de la administración y de las organizaciones de consumidores, como veremos.

El art.3 establece que el Real Decreto es de aplicación a los códigos de conducta destinados a regular las relaciones entre prestadores de servicios de la sociedad de la información y los consumidores y usuarios, y por tanto no se refiere a relaciones comerciales electrónicas entre empresas. Su ámbito es el denominado B2C, Bussiness to Consumer, no el B2B.

Lo importante es conocer qué contenidos mínimos se exigen por la administración a tales códigos, y por tanto, a los suministradores electrónicos que ostenten el distintivo. El art.4.2 regula este aspecto de un modo muy confuso.

“Además del resto de los requisitos exigidos en este Real Decreto, los códigos de conducta deben respetar la legalidad vigente e incluir, como mínimo, con suficiente grado de precisión:

a) Las garantías concretas que ofrecen a los consumidores y usuarios que mejoren o incrementen las reconocidas por el ordenamiento jurídico.

b) Un sistema de resolución extrajudicial de conflictos de entre los previstos en el artículo 7.

c) Los compromisos específicos que asumen los prestadores de servicios adheridos en relación con los problemas concretos planteados a los consumidores y usuarios del sector, identificados según la información de los promotores del código y la que, al efecto, les faciliten las asociaciones de consumidores y las Administraciones públicas sobre las reclamaciones presentadas por los consumidores y usuarios.

d) El ámbito de las actividades del prestador de servicios sometidas al código, que, al menos, englobará alguna de las siguientes áreas: las comunicaciones comerciales o la información precontractual, la contratación y los procedimientos de solución de quejas o reclamaciones, cuando éstos sean distintos de los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos a los que se refiere el artículo 7.”

Así pues, el código debe incluir al menos dos contenidos:

a) Una serie de garantías o compromisos específicos que asumen los prestadores de servicios adheridos por encima de los derechos legales de los consumidores, en particular frente a problemas concretos y generalizados en el sector de referencia con los consumidores. Los apartados a y c del precepto.

b) Un sistema de resolución extrajudicial de conflictos de entre los previstos en el artículo 7.

El art.7 se refiere al sistema arbitral de consumo y a cualquier otro que cumpla los requisitos que la Comisión Europea impone a cualquier órgano extrajudicial de resolución de conflictos en materia de consumo, normas a las que nos referimos al comentar la posición europea respecto del sometimiento a arbitraje de las cuestiones litigiosas futuras. Y este art.7 dispone que los códigos de conducta que pretendan obtener el «distintivo público de confianza en línea» deberán establecer, como medio de solución de controversias entre los prestadores de servicios y los consumidores y usuarios, el sistema arbitral de consumo u otro sistema de resolución extrajudicial de conflictos que figure en la lista que publica la Comisión Europea sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos con consumidores y que respete los principios establecidos por la normativa comunitaria a este respecto ²¹. La adhesión de los prestadores de servicios a

²¹ La lista es denominada Red EJE o EEJ net, que además se dota de un sistema de intercambio para resolución de conflictos transfronterizos a través de unos Centros Nacionales de contacto y coordinación.

uno de los sistemas mencionados en el apartado anterior es requisito necesario para la incorporación de los prestadores de servicios a los códigos de conducta.

Pero es que, como vimos en su momento, los contratos de adhesión sólo pueden imponer al consumidor español el sistema arbitral de consumo como órgano extrajudicial de conflictos, y en modo alguno se puede imponer ningún otro, aún cuando cumpla los principios comunitarios, por lo que lo dispuesto en el art. 7 se debe leer en el sentido de que, en el supuesto excepcionalísimo de que se contrate electrónicamente con sometimiento a un órgano arbitral, y siempre que el sometimiento se realice mediante negociación individualizada y siempre que el órgano esté en la correspondiente lista europea, sólo en este caso resulta legal la intervención de un órgano ajeno al sistema arbitral de consumo, y por tanto, cualquier código que plantee un órgano de resolución de conflictos diferente del sistema arbitral de consumo debería acreditar muy claramente cómo va a negociar individualmente con sus clientes todas y cada una de sus operaciones junto a sus correspondientes sometimientos al dicho órgano arbitral.

En términos prácticos, el contenido del art. 7 se debe resumir del siguiente modo: todos los códigos de comercio electrónico mediante contratos de adhesión deberán someterse al sistema arbitral de consumo para poder acceder a la utilización del distintivo de confianza en línea.

El significado del apartado d del art.4.2 es algo más complejo de entender. Recuerda y mucho al art.6.2.a del RDSAC, base de las OPS limitadas. Yo no puedo entenderlo con claridad. Recordemos su texto:

“Además del resto de los requisitos exigidos en este Real Decreto, los códigos de conducta deben respetar la legalidad vigente e incluir, como mínimo, con suficiente grado de precisión:

.....

d) El ámbito de las actividades del prestador de servicios sometidas al código, que, al menos, englobará alguna de las siguientes áreas: las comunicaciones comerciales o la información precontractual, la contratación y los procedimientos de solución de quejas o reclamaciones, cuando éstos sean distintos de los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos a los que se refiere el artículo 7.”

El precepto establece que en las actividades de los suministradores electrónicos puede haber varios ámbitos o áreas, que parece clasificar en tres apartados:

1-El área precontractual, que abarca la publicidad y la información previa no publicitaria. La legislación europea denomina comunicaciones comerciales a la publicidad.

2-El área de la contratación propiamente dicha.

3-Los procedimientos de solución de quejas o reclamaciones diferentes de los del art.7, que parece referirse al área de atención comercial postcontractual en caso de reclamación.

A continuación, este precepto igualmente parece exigir que el código tenga previsto que los suministradores puedan expresar cuáles de estas áreas someten al código, una, dos o tres, pero al menos una, aunque sólo una resulta obligatoria.

Así pues, un código podría conceder un distintivo de confianza a un suministrador electrónico que no hubiese sometido todo el ámbito o área de sus actividades al sistema arbitral de consumo. Parece evidente que un suministrador podría adherirse al código exclusivamente en su aspecto precontractual, y que en el contractual, que es el que genera los conflictos de consumo que se resuelven por arbitraje de consumo, su adhesión fuera nula o parcial. Sería posible que con el tiempo se repitan las mismas disfunciones que se han producido en el arbitraje de consumo, y se consiga mediante la ostentación del distintivo alcanzar el efecto confianza en los consumidores sin la contrapartida de una facilitación de la solución de problemas.

Podrá decirse que no hay de qué preocuparse, que los códigos de los sectores económicos son controlados por la administración, a través del INC-Instituto Nacional de Consumo y el CCU-Consejo nacional de Consumidores y Usuarios. Pues continuemos con el análisis del procedimiento de concesión del distintivo para terminar de constatar que tal y como está el texto de este Real Decreto no se garantiza cien por cien que el distintivo de confianza en línea vaya siempre aparejado a un sometimiento al arbitraje de consumo.

7.3-EL PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DEL DISTINTIVO

El sistema de concesión del distintivo se realiza en dos fases, en primer lugar mediante una autorización administrativa a la entidad promotora del código para su gestión y en una segunda fase, se produce la concesión concreta del distintivo al suministrador electrónico por parte de la entidad promotora, todo ello regulado en los arts.11 y siguientes del Real Decreto.

En la primera fase, de concesión a la entidad promotora del código de la facultad de administrar el «distintivo público de confianza en línea», las organizaciones empresariales o similares, que serán por naturaleza las entidades promotoras, presentarán su solicitud ante el Instituto Nacional del Consumo, acompañando una copia del código, la documentación acreditativa de la participación del Consejo de Consumidores y Usuarios y, en su caso, de haberse comunicado el proyecto de código a la Comisión Europea.

Aunque se prevé que los códigos han de aprobarse con el dictamen favorable del Consejo Nacional de Consumidores y Usuarios, este dictamen sólo puede pronunciarse desfavorablemente sobre cuestiones de mera legalidad, y por tanto, nunca cabrá pronun-

ciamiento desfavorable cuando el Consejo esté en desacuerdo con las limitaciones que los suministradores deseen introducir en los códigos. Al Consejo se le permite ser preceptivamente oído, pero sin carácter vinculante, salvo aspectos de legalidad.

Efectivamente, el art.6.c establece que es requisito ineludible que no exista dictamen desfavorable sobre el contenido definitivo del código de conducta en el plazo de un mes desde que la entidad promotora se lo hubiera solicitado, breve plazo, bien entendido que la “mera formulación de observaciones al código no supone la emisión de un dictamen desfavorable” y que “el dictamen desfavorable únicamente podrá fundarse en el incumplimiento de los requisitos recogidos en el Real Decreto o en las normas de protección a los consumidores y usuarios”.

Luego si el código posibilita amplias limitaciones en perjuicio de los consumidores, como su existencia es perfectamente legal y acorde con el Real Decreto, no cabe dictamen desfavorable, por muy descabellado que sea, y sin embargo, todos los suministradores electrónicos que se adhieran al mismo obtendrán el distintivo de confianza.

Una vez presentada la solicitud, el INC debe preceptivamente solicitar una serie de informes a otros Ministerios afectados, y cuyo contenido no estará nunca relacionado con los derechos de los consumidores: Ministerio de Ciencia y Tecnología, y Ministerio de Economía cuando se trate de códigos de conducta que afecten a actividades de venta a distancia; asimismo, podrá solicitar informe del Servicio de Defensa de la Competencia cuando, por el alcance y contenido del código, surgieran dudas sobre si puede afectar negativamente a la competencia.

Muy curioso el informe preceptivo que también se exige de la Comisión de Cooperación de Consumo, órgano ejecutivo de la Conferencia Sectorial de Consumo, integrada la Comisión por los Directores Generales competentes en materia de Consumo de las Comunidades Autónomas, y que se reúne entre 4 y 6 veces al año.

Por resolución motivada del Director del Instituto Nacional del Consumo, se concederá o denegará el derecho a la utilización y administración del «distintivo público de confianza en línea». La concesión del distintivo se publicará en el «Boletín Oficial del Estado». Dicha resolución será recurrible conforme a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Salvo que la Comisión de Cooperación adoptase un papel tremendamente activo y beligerante frente a los códigos con adhesiones limitadas al arbitraje, no parece que existan muchos motivos legales para oponerse a autorizar estos códigos, plenamente conformes con la legalidad vigente, aunque puedan ofrecer adhesiones casi vacías de contenido.

Si actualmente el sistema arbitral de consumo no pone freno a las OPS-Límite, no veo ningún motivo para entender que en su momento se llegue a actuar de forma diferente con la gestión del distintivo de confianza en línea.

Un error que comete el Real Decreto es residenciar en un órgano estatal competencias ejecutivas que corresponden a las Comunidades Autónomas, en particular la actualizada concesión y retirada del distintivo, extremo que motivó un requerimiento de incompetencia por parte de la Generalitat de Cataluña al que según últimas noticias se ha allanado el Gobierno de la Nación ²², por lo que es previsible que dentro de poco se produzcan cambios en el texto de este reglamento, esperemos que profundos.

Una vez aceptado el código y autorizada la entidad promotora a gestionar el distintivo en su ámbito de aplicación, será ésta y no la administración, la encargada de su asignación concreta a los suministradores electrónicos, incluso a los que no sean miembros de la entidad promotora, art.4.3, informando de altas y bajas a la administración con una periodicidad quincenal.

Las obligaciones de las entidades promotoras, art.9, son las siguientes:

a) Administrar el «distintivo público de confianza en línea», facilitando y gestionando su utilización por los prestadores de servicios adheridos al código de conducta adoptado por ellas y que, conforme a lo previsto en el artículo 7.3, le acrediten su adhesión al sistema extrajudicial de resolución de conflictos previsto en el código de conducta. Las entidades promotoras, asimismo, deberán informar al Instituto Nacional del Consumo sobre las adhesiones al código de conducta de nuevos proveedores de servicios o sobre las bajas, mediante la comunicación quincenal de las variaciones producidas.

b) Mantener accesible al público la información actualizada sobre las entidades promotoras, el contenido del código de conducta, los procedimientos de adhesión y de denuncia frente a posibles incumplimientos del código, los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos que promueve el código y los prestadores de servicios adheridos a éste en cada momento. Esta información deberá presentarse de forma concisa y clara y estar permanentemente accesible por medios electrónicos.

c) Remitir al Instituto Nacional del Consumo una memoria anual sobre las actividades realizadas para difundir el código de conducta y promover la adhesión a éste, las actuaciones de verificación del cumplimiento del código y sus resultados, las quejas y reclamaciones tramitadas y el curso que se les hubiera dado, las sanciones impuestas y cualquier otro aspecto que las entidades promotoras deseen destacar.

d) Evaluar periódicamente la eficacia del código de conducta, midiendo el grado de satisfacción de los consumidores y usuarios y, en su caso, actualizar su contenido para

²² La Revista digital del INC, en su edición de julio de 2004, informaba de que el Consejo de Ministros de 4-6-2004 aceptó el requerimiento.

adaptarlo a los cambios experimentados en la tecnología, en la prestación y uso de los servicios de la sociedad de la información y en la normativa que les sea aplicable. Esta evaluación deberá contar con la participación del Consejo de Consumidores y Usuarios en los términos previstos en el artículo 6 y tendrá lugar, al menos, cada cuatro años, salvo que sea precisa la adaptación de los compromisos del código a la modificación de la normativa aplicable en un plazo menor. Los resultados de la evaluación se comunicarán a la Comisión Europea y al Instituto Nacional del Consumo.

e) Favorecer la accesibilidad de las personas que tengan alguna discapacidad o de edad avanzada a toda la información disponible sobre el código de conducta.

La retirada del distintivo podrá realizarse tanto por la entidad promotora como por la administración siempre que los suministradores electrónicos incumplan manifiesta y reiteradamente el código, el cual debe prever para incumplimientos más leves sus propias sanciones. La retirada del distintivo de confianza directamente por la administración se tramita mediante un excesivamente complejo procedimiento contradictorio ya que ha de contar con el informe preceptivo de la Comisión de Cooperación de Consumo, lo que hace vaticinar un excepcional uso de este procedimiento. Como en cualquier procedimiento administrativo, se podrá adoptar como medida provisional la suspensión del derecho a utilizar el distintivo y la resolución por la que se retire será recurrible conforme a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La administración puede también cancelar la autorización concedida a la entidad promotora cuando incumplan en cualquier grado las obligaciones establecidas en el Real Decreto. La retirada del derecho a la utilización y administración del «distintivo público de confianza en línea» a una entidad promotora implicará la imposibilidad de su utilización por parte de los prestadores de servicios adheridos al código de conducta.

Además de la información pública que hemos mencionado que deben constantemente ofrecer la entidades promotoras, el art.13 dispone que el Instituto Nacional del Consumo publicará en su página de Internet los códigos de conducta a los que se conceda el distintivo regulado en esta norma; la relación de las entidades promotoras de dichos códigos y la de los prestadores de servicios adheridos; las sanciones impuestas a los prestadores de servicios por incumplimiento, si son públicas, especialmente cuando lleven aparejada la suspensión o expulsión del prestador de servicios del código o de la entidad promotora o la retirada del «distintivo público de confianza en línea», y la dirección establecida para la presentación de quejas por incumplimiento de los códigos y la de los órganos de resolución extrajudicial de conflictos previstos en los códigos de conducta.

Las entidades promotoras de los códigos de conducta a las que se haya concedido el derecho a la utilización y administración del distintivo y los prestadores de servicios adheridos a tales códigos podrán usar, tanto gráficamente como por su denominación, el «distintivo público de confianza en línea» en todas sus manifestaciones internas y exter-

nas, incluidas las campañas de publicidad. Todo ello sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones de información al consumidor, en particular, en relación con la adhesión a sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos.

Las entidades promotoras y los prestadores de servicios adheridos a los códigos de conducta deberán posibilitar el acceso al contenido del código y a la dirección habilitada para presentar las quejas y reclamaciones a través de los soportes informáticos en los que se inserte el «distintivo público de confianza en línea».

Cuando la utilización del «distintivo público de confianza en línea», contraviniendo lo dispuesto en el Real Decreto, constituya publicidad ilícita, el Instituto Nacional del Consumo y los órganos competentes en materia de consumo de las comunidades autónomas podrán iniciar el procedimiento sancionador o promover el ejercicio de las acciones judiciales que procedan, de conformidad con lo previsto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en el Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria, en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, o en las respectivas leyes autonómicas.

CURSO MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

**Nuevos retos del arbitraje
de consumo**



**OBJETO Y LÍMITES DEL
ARBITRAJE DE CONSUMO**

Manuel Jesús Marín López

Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Castilla-La Mancha
Miembro del Centro de Estudios de Consumo

OBJETO Y LÍMITES DEL ARBITRAJE DE CONSUMO

Manuel Jesús Marín López

Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Castilla-La Mancha
Miembro del Centro de Estudios de Consumo

I. Objeto del arbitraje de consumo.

El objeto del arbitraje de consumo viene descrito en el art. 2.1 del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, que regula el sistema arbitral de consumo (en adelante, RDAC), que es en buena medida reproducción del art. 31.1 de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LCU). Según aquel precepto, “el sistema arbitral de consumo tiene como finalidad atender y resolver con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios, en relación a sus derechos legalmente reconocidos, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial”. De este modo, el objeto del arbitraje de consumo consiste en el conocimiento de los conflictos relativos a los derechos legalmente reconocidos a los consumidores. El sistema arbitral de consumo conoce, así, de lo que se ha llamado actos de consumo, que son los que relacionan a un empresario y a un consumidor y a través de los cuales este último adquiere un bien o un servicio para su consumo o uso final, sin integrarlo en un proceso productivo, en tanto que el empresario participa en la relación con todos sus caracteres de profesionalidad.

Así, el ámbito objetivo del sistema arbitral de consumo nos remite a la calidad subjetiva de las partes en conflicto, aspecto éste que se analiza en el epígrafe siguiente. En todo caso, si se quieren objetivar las materias sobre las que puede conocer el arbitraje del consumo, se puede decir que su objeto viene constituido por el Derecho del consumo.

II. Delimitación subjetiva.

A. Conflicto entre consumidores y empresarios.

El arbitraje de consumo está dispuesto, de conformidad con el art. 1.1 RDAC, para atender las quejas de los consumidores o usuarios. Tenemos, de esta forma, que las par-

tes en un arbitraje de este tipo son el consumidor o usuario, por una lado, y el empresario o comerciante contra quien se dirige la reclamación, por otro. Dada la ubicación sistemática del art. 31 LCU, el concepto de consumidor se relaciona con lo dispuesto en el art. 1 del mismo cuerpo legal. En la definición positiva (apartado 2.º), “son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”. En la versión negativa (apartado 3.º), “no tendrán las consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

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

B. Supuestos dudosos.

Existen casos en los que no resulta difícil averiguar si el reclamante puede ser considerado consumidor, a los efectos de poder recurrir al sistema arbitral de consumo. En muchas ocasiones, las Juntas Arbitrales o los propios colegios arbitrales determinan la no sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, por estar el bien objeto de arbitraje destinado a integrarse en procesos productivos. Así sucede en dos casos que proceden de Castilla-La Mancha (mencionados en A. CARRASCO PERERA/C. DÍAZ-REGAÑÓN, *El arbitraje de consumo. La experiencia de Castilla-La Mancha (1992-1996)*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 74 y 75). En uno de ellos la reclamación se formula contra una empresa de aire acondicionado, debido al funcionamiento defectuoso del aparato comprado por el reclamante. El colegio arbitral se declara no competente para conocer del asunto, pues de las declaraciones del propio reclamante se infiere que el aparato lo compró para

instalarlo en un bar de su propiedad. En el segundo, se trata de una reclamación frente a una compañía telefónica, por una factura excesivamente alta; también aquí el colegio arbitral se inhibe del asunto, por la condición de empresario del reclamante.

Sin embargo, la cuestión es más compleja cuando el reclamante es un sujeto que adquiere el bien o servicio para fines mixtos. En mi opinión, para que pueda acudir al arbitraje de consumo es preciso que ese sujeto pueda ser considerado como “consumidor”, aplicando la normativa jurídica a que se refiere la reclamación, sea ésta la LCU, sea la ley especial que disciplina ese concreto ámbito material de regulación. Conviene advertir, en todo caso, que algunas Juntas Arbitrales manejan un concepto de consumidor no tan restringido como el contenido en la LCU. Así sucede, por ejemplo, con las Juntas Arbitrales catalanas, que vienen admitiendo como consumidor al comerciante que adquiere



bienes o servicios, que sólo indirectamente inciden en su actividad profesional. A mi juicio, este modo de proceder prescinde de la legalidad vigente. Ese comerciante sólo puede acudir al arbitraje de consumo como reclamante si la norma jurídica que sirve de apoyo a la reclamación permite configurarlo como “consumidor”. Cosa distinta es que sea deseable la modificación de la legitimación activa del sistema arbitral de consumo, para permitir reclamaciones de este tipo.

En línea de principio, es evidente que las reclamaciones de que conoce el sistema arbitral de consumo han de ir formuladas contra un empresario. En consecuencia, no cabe plantear reclamaciones ante las Juntas arbitrales cuando el sujeto reclamado actúa en esa relación jurídica con fines ajenos a una finalidad empresarial o profesional. En tal caso se trata, en verdad, de un arbitraje entre particulares, excluido del sistema arbitral de consumo. Paradigmático es el supuesto de las reclamaciones arbitrales que se presentan contra arrendadores que no son profesionales de la promoción inmobiliaria. Ciertamente, algunas Juntas arbitrales han admitido reclamaciones de este tipo. Mi opinión es, sin embargo, que no cabe el arbitraje de consumo, precisamente porque el reclamado no tiene la condición de empresario. Lo que no significa que no se reconozca que para las controversias entre los particulares sea recomendable un sistema como el arbitral de consumo.

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

III. Delimitación objetiva.

A. Materias susceptibles de arbitraje.

Para averiguar qué materias son susceptibles de ser sometidas a arbitraje de consumo, no basta con acudir al RDAC. Hay que tener en cuenta, además, la normativa general reguladora del arbitraje, contenida antes en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, y ahora en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA). Con todo, la existencia de una nueva ley general de arbitraje en nada afecta a las materias que pueden ser tratadas en el arbitraje de consumo.

a) Regla general.

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

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

En la jurisprudencia, existen numerosas sentencias que resuelven si la instalación y acceso a una línea telefónica es o no materia arbitrable. La SAP Barcelona, de 2 de julio de 2004 (JUR 2004, 219541) entiende que no, pues se trata de una materia sobre la que las partes no tienen poder de disposición (en el mismo sentido, SAP Asturias de 30 de septiembre de 2003; AC 2003, 1629). Estima que no es arbitrable el derecho de acceso al servicio telefónico, pero sí las cuestiones relacionadas con la prestación del servicio telefónico disponible al público, como su funcionamiento, precio, facturación, responsabilidad por daños, etc. Otras sentencias, en cambio, establecen que sí es materia arbitrable. Así, las SSAP Burgos, de 5 de marzo de 2004 (JUR 2004, 112222), y Almería, de 14 de junio de 2004 (JUR 2004, 204034).

b) Excepciones (art. 2.2 RDAC).

El art. 2.2 RDAC enumera las materias que no se pueden resolver en arbitraje de consumo. El precepto se redactó como una simple yuxtaposición del art. 2.1 de la Ley de Arbitraje de 1988 y del art. 31 LCU. Hoy la nueva Ley de Arbitraje no reproduce el

elenco de materias excluidas. Pero ello no tiene efecto alguno en el tema que ahora nos ocupa, pues la exclusión se contiene en el art. 2.2 RDAC.

No podrán ser objeto de arbitraje de consumo las siguientes cuestiones:

a) *Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución.* El precepto utiliza sin propiedad la equivalencia entre resolución firme y definitiva, porque es resolución definitiva la que pone fin a la instancia (art. 207.1 LEC), en tanto que es resolución firme la que no es susceptible de ulterior recurso (art. 207.2 LEC). Solamente no son susceptibles de sometimiento a arbitraje las cuestiones sobre las que haya recaído resolución firme, por la autoridad o santidad de la cosa juzgada. Sí puede someterse a arbitraje una cuestión sobre la que haya recaído resolución definitiva, pero antes de que haya transcurrido el plazo para recurrir. Esa resolución definitiva será normalmente, pero no necesariamente, una sentencia. Por lo demás, la ejecución, por su carácter coercitivo, corresponde siempre y sin excepciones a la jurisdicción. No obstante, se pueden decidir en arbitraje determinados aspectos derivados de la ejecución de la resolución firme.

b) *Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición.* No resulta fácil averiguar a qué supuestos se refiere la norma. A primera vista, podría pensarse que la misma se aplica a la indemnización causada por el ilícito penal. Pero esto no es así. Pues la pretensión civil no deriva del delito, sino de una acción u omisión que causa un daño, aunque penalmente esta sea tipificada como delito o falta. Así resulta además del art. 1813 CC, que permite la transacción sobre la acción civil proveniente de un delito. En definitiva, esta materia puede ser objeto de arbitraje. Descartado este supuesto, resulta complicado imaginar otros en los que concurra lo previsto en esta disposición.

c) *Las cuestiones en que, con arreglo a las leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos.* Los criterios generales de intervención del Ministerio Fiscal en los procesos civiles, cuando lo dispone la ley, son la preservación del orden público, la protección de los menores e incapaces y los pleitos referidos a estados civiles y capacidad de la persona. Si se quiere pensar en algún supuesto de intervención del Ministerio Fiscal en representación y defensa de los que carecen de capacidad de obrar o de representación legal, y que además se pueda tratar de una materia de consumo y disponible por las partes en los términos del apartado c), el supuesto se ve reducido a la defensa judicial que asume el Ministerio Fiscal de las personas que debieran estar sometidas a tutela (art. 299 bis CC).

d) *Aquellas en las que concurran intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito.* La exclusión de estas materias se realiza por trascripción literal de lo dispuesto en el último inciso del art. 31.1 LCU. Teniendo en cuenta que este precepto se dictó con anterioridad a la promulgación de la Ley de Arbitraje de 1988, se ha plan-

teado que quizás en la actualidad su reiteración en el art. 2.2 d) RDAC resulte superflua, por ser su sentido el mismo que el de los apartados anteriores. Así sería, desde luego, si se interpretara el precepto en el sentido de que no se pueden depurar en arbitraje responsabilidades penales, pero sí las consecuencias civiles derivadas del delito. Ello no añadiría nada nuevo al apartado b) del art. 2.2 RDAC. Tengo, sin embargo, para mí que el precepto tiene un sentido completamente original que excluye que se decida en arbitraje acerca de las responsabilidades civiles por daños personales (intoxicación, lesión o muerte) o por actos presuntamente delictivos. No se ha de olvidar el contexto que gestó la Ley de Consumidores de 1984, decididamente marcado por la catástrofe del síndrome tóxico por aceite de colza adulterado. El legislador actuó deliberadamente cuando decidió reservar a la jurisdicción el conocimiento de las acciones civiles de esta naturaleza.

De conformidad con el art. 8.1 RDAC, “la Junta Arbitral de Consumo, por medio de su Presidente, no aceptará las solicitudes de arbitraje, procediendo a su archivo, cuando se trate de las cuestiones a las que se refiere el artículo 2.2 del presente Real Decreto”. No obstante, incluso después de este trámite previo de admisión, podrá el Colegio Arbitral cuestionar su competencia objetiva, bien de oficio (art. 22.1 LA), bien a instancia de parte (art. 29.1 LA). Si se llegara a dictar laudo sobre puntos que no puedan ser objeto de arbitraje de consumo, se podrá instar su nulidad [art. 41.1.e) LA]. En este caso, la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás (art. 41.3 LA).

B. Otros límites objetivos.

a) Límites establecidos en la oferta pública o en la aceptación del empresario.

Existe la posibilidad de establecer límites objetivos al arbitraje en la oferta pública de sometimiento a arbitraje o en la aceptación que realice el empresario. En efecto, si el empresario realiza una oferta pública de sometimiento, habrá de mencionar necesariamente el “ámbito de la oferta” [arts. 6.1 y 6.2.a) RDAC]. No especifica la normativa cuál ha de ser el contenido de esa oferta. Esa indeterminación permite a los empresarios establecer límites de todo tipo al ámbito de la oferta; por ejemplo, imponer condiciones de tipo procedimental, o fijar límites sobre la cuantía reclamada o fijar límites territoriales. Pero también podrán establecer límites sobre las materias susceptibles de arbitraje. En este punto, se hace necesaria una modificación del sistema arbitral de consumo. Conforme a la normativa vigente, la Junta Arbitral de Consumo deberá otorgarle al empresario que realiza la oferta pública de sometimiento el distintivo, deberá registrarlo en el libro correspondiente y disponer además su publicación en el diario oficial. El hecho de que la oferta pública venga condicionada o limitada objetivamente no autoriza a la Junta Arbitral para rechazarla. Ello crea inseguridad y confusión en el consumidor, pues la “pegatina” oficial no deja lugar para insertar en ella las limitaciones de la oferta, por lo que el consumidor carece de esa información cuando celebra un contrato de consumo con ese empresario.

La posibilidad de fijar límites objetivos también existe cuando no hay oferta pública de sometimiento, sino que el consumidor realiza una solicitud de arbitraje conforme

al art. 9 RDAC. En este caso, la Junta Arbitral de Consumo notificará la solicitud de arbitraje al empresario reclamado, el cual “deberá aceptarla o rechazarla” (art. 9.1 RDAC). Ante el silencio de la norma, nada impide que el empresario haga una aceptación limitada objetivamente.

b) Las controversias no contractuales.

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

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

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

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

c) La reconvencción.

Tras la instauración del sistema arbitral de consumo se planteó si el empresario que era reclamado por vía arbitral podía a su vez utilizar la reconvencción. De este modo el empresario pretendía introducir en el arbitraje una pretensión nueva, configurándose él en ese punto como reclamante frente al consumidor, ampliando así el objeto sobre el que habrá de resolver el colegio arbitral. Para excluir la reconvencción del sistema arbitral de consumo se puede argüir el carácter unidireccional de este tipo de arbitraje. Este argumento, sin embargo, no es convincente, pues el carácter unidireccional sólo se predica en relación a la posibilidad de iniciar el arbitraje: sólo los consumidores pueden iniciar el arbitraje de consumo (arts. 31.1 LCU, 2.1, 3.1 y 5 RDAC). Pero una vez iniciado, ningún precepto prohíbe que posteriormente se extienda sobre otras cuestiones litigiosas, a instancia del empresario. Además, a favor de la reconvencción se pueden esgrimir varios argumentos, como el de no dividir la continencia de la causa o la economía procesal. Lo cierto es que, a estas alturas, la doctrina mayoritaria y las Juntas arbitrales coinciden en admitir la reconvencción del empresario.

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

Una vez formulada reconvencción, la Junta Arbitral de Consumo la trasladará al consumidor, quien deberá aceptarla o rechazarla en el plazo de quince días hábiles, a contar desde la recepción de la notificación (art. 9.1 RDAC, aplicable por analogía). El rechazo de la reconvencción supone la no continuación del procedimiento arbitral, tampoco sobre el objeto de la reclamación formulada por el consumidor.

C. Tipos de reclamación.

a) Reclamaciones individuales.

El sistema arbitral de consumo es competente para conocer de las reclamaciones individuales de consumidores. Así se deduce de los arts. 2.1, 3.1 y 5 RDAC. Las solicitudes de arbitraje pueden ser presentadas por los consumidores personalmente o a través de asociaciones de consumidores. Conforme a estos preceptos, la asociación de consu-

midores puede presentar la solicitud de arbitraje, pero para defender intereses individuales de los consumidores.

b) ¿Acciones de cesación por la vía del arbitraje de consumo?

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

Conviene ahora preguntarse hasta qué punto es posible acudir al arbitraje de consumo para tutelar los intereses de los consumidores como clase. Vamos a referirnos, en primer lugar, a las acciones de cesación. Como es sabido, las acciones de cesación, contempladas en nuestro ordenamiento jurídico en leyes particulares para supuestos concretos, se han generalizado tras la aprobación de la Ley 39/2002, de 28 de octubre. Con la acción de cesación se pretende obtener una sentencia que condene al demandado a cesar un comportamiento contrario a la normativa protectora del consumidor, a suprimir elementos ilícitos del mismo, o a corregirlos.

Es evidente que el RDAC no prevé expresamente el ejercicio por vía arbitral de acciones de cesación. Pero, ¿existen motivos jurídicos que impidan al sujeto legitimado ejercitar por vía arbitral una acción de cesación? Adviértase que es esta una cuestión que no tiene que ver que la legitimación activa, pues legitimados para ejercitar las acciones de cesación lo están no sólo las asociaciones de consumidores, sino también, en determinados ámbitos, el consumidor individual (así sucede en el caso de la publicidad ilícita y las actividades de radiodifusión televisiva que lesionen intereses colectivos de los consumidores). En principio, parece que no puede acudirse al arbitraje, pues el sistema arbitral de consumo sólo es apto para el conocimiento de las acciones *individuales* de los consumidores, y no de las acciones *colectivas*. Por otra parte, también podría cuestionarse si la materia propia de las acciones de cesación es una materia de libre disposición por las partes, por afectar a intereses “colectivos”, supraindividuales. La conclusión es que el sistema arbitral de consumo no está ideado para el ejercicio de las acciones de cesación, sin perjuicio de que sea deseable que en una futura reforma del mismo se de entrada al conocimiento por esta vía de este tipo de acciones.

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

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

c) ¿Acciones de reparación de daños colectivos o difusos por vía de arbitraje de consumo?

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

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

Ejemplificadora es la SAP Barcelona, de 3 de noviembre de 2003 (AC 2003, 1763). La AP anula el laudo arbitral dictado por la Junta Arbitral de Consumo de Cataluña, que resuelve el arbitraje iniciado por un consumidor individual contra RENFE. El laudo condena a la compañía ferroviaria a que indique en la impresión de los billetes de transporte de los trenes de cercanías que dichos títulos sólo sirven para esos tipos de trenes. De la sentencia no se deduce con claridad si el consumidor solicita igualmente –y el laudo lo acepta– la devolución de la cantidad que tuvo que abonar por el nuevo billete que tuvo que adquirir por haberse subido a un tren de otra clase distinta (tren regio-

nal) al transporte contratado con el billete original (tren de cercanías). Son dos las cuestiones que plantea el recurso de anulación. Por una parte, se discute si un consumidor individual tiene legitimación para el ejercicio de una acción de este tipo. La AP entiende que se trata de una acción colectiva, y que según el art. 11 LEC un consumidor carece de legitimación activa. Pero es que, por otra parte, aunque tuviera legitimación, entiende que una acción colectiva no puede someterse a la decisión de los árbitros, por tratarse de una materia que no es de libre disposición para un consumidor; pues el demandante en arbitraje no puede disponer de derechos colectivos que pertenecen o afectan a un número indeterminado de personas.

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

IV. Delimitación temporal.

En relación a la vigencia temporal del arbitraje de consumo, no se plantean problemas si el convenio arbitral se concluye por el cauce previsto en el art. 9 RDAC, esto es, por solicitud de arbitraje realizada por el consumidor seguida de la aceptación del empresario. Las dificultades surgen cuando el empresario emite una oferta pública de sometimiento a arbitraje.

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

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

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

Pero existen otros supuestos problemáticos. Así ocurre, en primer lugar, cuando el contrato entre empresario y consumidor se celebra antes de que aquel haya realizado su oferta pública de sometimiento a arbitraje. Si después, estando ya vigente la oferta pública, se produce una controversia jurídica, ¿se entiende formalizado el convenio arbitral cuando el consumidor presenta una solicitud de arbitraje? Adviértase que cuando se celebró el contrato de consumo no existía todavía oferta pública de sometimiento. En mi opinión, la respuesta dependerá del “ámbito de la oferta” contenido en la oferta pública de sometimiento [art. 6.2.a) RDAC]. Si el empresario no ha hecho restricciones en este punto, habrá que entender que la oferta pública comprende también las relaciones jurídicas anteriores. A esta solución se llega aplicando por analogía el art. 6.2.d) RDAC, empleando la presunción de “tiempo indefinido” retroactivamente. En cualquier caso, siempre está en la mano del empresario impedir la aplicación de la oferta a controversias nacidas de contratos celebrados con anterioridad. Como digo, le basta con establecer una limitación de este tipo al emitir la oferta pública de sometimiento.

Más complicado es, en segundo lugar, el caso en el que la relación jurídica (el contrato) nace bajo la vigencia de la oferta pública de sometimiento a arbitraje, pero la controversia jurídica se plantea después de vencida la oferta pública. En términos estrictos, la presentación de la solicitud de arbitraje a la Junta Arbitral no puede suponer la formalización del convenio arbitral, pues ya no hay oferta de arbitraje que pueda ser aceptada por el consumidor. La revocación de la oferta pública implica la extinción de la oferta, por lo que una posterior solicitud de arbitraje planteada por el consumidor no provoca automáticamente la perfección del convenio arbitral.

No hay que desconocer, sin embargo, que la sumisión al sistema arbitral pudo haber llevado al consumidor a contratar con ese empresario. Por eso, parece razonable entender que a pesar de la revocación de la oferta, el consumidor podrá someter a arbitraje de consumo las futuras controversias que surjan de ese contrato. La oferta pública de sometimiento habría de considerarse como una cláusula más del contrato principal. El empresario hace una oferta de contrato, acompañada de una oferta de arbitraje. La aceptación en esos términos de la oferta de contrato comporta también la aceptación en todos sus términos de la oferta de arbitraje. En consecuencia, habrá convenio arbitral

cuando el consumidor presente posteriormente una solicitud de arbitraje, aunque antes de eso ya haya sido revocada por el empresario la oferta pública de sometimiento. En conclusión, la competencia temporal del sistema arbitral de consumo se determina por el hecho de que el contrato de consumo haya tenido lugar durante el tiempo de validez de la oferta pública, aunque ésta haya sido revocada antes de que haya nacido la controversia jurídica o de que el consumidor haya presentado su correspondiente reclamación.

Otra situación distinta se produce cuando el empresario revoca la oferta pública de sometimiento, pero aún así continúa haciendo uso del distinto oficial. En tal caso hay que entender que la oferta pública sigue estando vigente.

B. Declaración de concurso y arbitraje de consumo.

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

Para analizar los efectos del concurso del empresario sobre el arbitraje de consumo, se hace preciso distinguir dos hipótesis, en función de que se haya iniciado o no el procedimiento arbitral. Si no se ha iniciado, el concurso del empresario provoca que queden sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de sometimiento al arbitraje de consumo (art. 31.4 LCU). Se exige que en el momento de la declaración de concurso no haya comenzado el procedimiento arbitral. El momento de la declaración de concurso es aquel en el que el juez del concurso dicta el auto de declaración de concurso. Por su parte, el inicio del procedimiento arbitral de consumo tiene lugar con la designación de los miembros del Colegio Arbitral (art. 10 RDAC); criterio este que se aplica con preferencia al establecido en el art. 27 de la Ley de Arbitraje.

El efecto previsto es que los convenios arbitrales celebrados quedarán “sin efecto” (arts. 52 LC y 31.4 LCU). Ya se haya celebrado por inclusión de cláusula contractual en el propio contrato de consumo, o pactado en contrato aparte, o por el cauce del art. 9 RDAC (aceptación del empresario de la solicitud de arbitraje del consumidor), el convenio arbitral quedará sin efecto. No se trata de un caso de invalidez, ni de nulidad, sino

que se produce una suspensión de los efectos del convenio. El convenio arbitral sigue siendo válido, pero se suspenden sus efectos hasta que concluya la tramitación del procedimiento concursal. Pero la ineficacia se predica igualmente en el art. 31.4 LCU de las ofertas públicas de sometimiento a arbitraje. También quedarán sin efecto tras la declaración de concurso del empresario que hizo la oferta pública. En esta hipótesis, la ineficacia no supone la suspensión de los efectos de la oferta pública, sino su extinción. En efecto, dispone el art. 31.4 LCU que el deudor concursado (el empresario) queda “excluido a todos los efectos del sistema arbitral de consumo”. Eso significa que la declaración de concurso del empresario supone la extinción de la oferta pública. Una vez terminado el procedimiento concursal, el empresario podrá de nuevo emitir una oferta pública de sometimiento (pero no hacer renacer aquella anterior, que ya se extinguió definitivamente). Queda por determinar en qué momento se produce la ineficacia de los convenios arbitrales y de la oferta pública de sometimiento a arbitraje. Según el art. 52 LC, hay que tomar en consideración el auto de declaración de concurso. Sin embargo, el art. 41.4 LCU contiene una norma específica: cuando el auto de declaración de concurso sea notificado al órgano a través del cual se haya formalizado el convenio (a esa Junta Arbitral) y a la Junta Arbitral Nacional. Por lo tanto, a ese momento habrá de estarse.

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

* Manuel.Marin@uclm.es

** www.uclm.es/cesco

CURSO MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

**Nuevos retos del arbitraje
de consumo**



**ADMINISTRACIÓN Y
ARBITRAJE DE CONSUMO**

Javier Guillén Caramés

Profesor Titular de Derecho Administrativo,
Universidad Juan Carlos I

ADMINISTRACIÓN Y ARBITRAJE DE CONSUMO

Javier Guillén Caramés

Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad Juan Carlos I

I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Han transcurrido, a día de hoy, ya más de diez años desde la implantación del sistema arbitral de consumo en nuestro país mediante la aprobación del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, y hemos asistido con agrado a su rápida implantación en toda España, produciéndose importantes logros en la resolución extrajudicial de conflictos en materia de protección de los consumidores.

No obstante, y a pesar de su indudable éxito desde la perspectiva de los consumidores y me atrevería a decir que también desde la de los empresarios, el sistema arbitral de consumo plantea una serie de problemas en la actualidad, vistos desde el prisma de las Administraciones Públicas y de su intervención en este procedimiento que hace necesaria la reflexión así como la búsqueda de posibles soluciones de *lege ferenda* que ayuden a mejorar el sistema arbitral de consumo.

Dos son los principales problemas que, a mi juicio, se plantean en la actualidad en la resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo. Por un lado, el legislador ha implantado diversos sistemas de resolución de conflictos en favor de los consumidores y usuarios, al margen o mejor dicho en paralelo al sistema arbitral de consumo, en ámbitos sectoriales concretos de indudable trascendencia para los consumidores y usuarios. Un claro ejemplo de esta problemática puede encontrarse en la progresiva liberalización de determinados servicios públicos como son los de la energía, servicios postales, telecomunicaciones, etc., que van a ser prestados por diversos operadores privados en un régimen de libre competencia lo que va a conllevar que la protección de los con-

sumidores o usuarios de estos servicios demande una especial atención tanto por parte de la legislación específica de cada uno de estos sectores liberalizados, como por la legislación de consumo. Las diversas normas que regulan estos sectores se han hecho eco de esta necesidad y han previsto en casi todas ellas un doble sistema alternativo de resolución extrajudicial de conflictos: de un lado, el específico de la ley sectorial de naturaleza jurídico-administrativa y, de otro, la remisión al sistema arbitral de consumo que, como se examinará, tiene una naturaleza jurídica que podría calificarse de híbrida, pues tiene por una parte aspectos que caen bajo la regulación específica de Derecho Administrativo como pueden ser la organización y los actos que desarrollan las Juntas arbitrales, mientras que por otra parte los conflictos que resuelve el Colegio arbitral como la resolución que pone final a los mismos –el laudo- son de naturaleza jurídico privada. Pues bien esta doble solución, con sus distintas y muy diferentes consecuencias jurídicas puede provocar disfunciones importantes, como tendremos ocasión de examinar, en lo que se refiere a la protección de los consumidores.

La segunda cuestión que resulta necesario traer a colación deriva del propio sistema arbitral de consumo, tal y como se encuentra previsto en el RD 636/1993, especialmente en lo que se refiere a su procedimiento y a la configuración orgánica del mismo. Baste en este momento apuntar sucintamente dos de los aspectos controvertidos que serán tratados posteriormente. En primer lugar la configuración institucional del sistema de arbitraje de consumo, creándose dos estructuras para el desarrollo del mismo –Junta Arbitral y Colegio Arbitral- con funciones obviamente distintas y con soluciones jurídicas igualmente diferentes a los problemas que puedan plantearse de la adopción de los actos que estos dos órganos emiten, puede provocar resultados paradójicos como que los actos de las Juntas Arbitrales son actos administrativos que, por tanto, pueden ser revistos por la jurisdicción contencioso-administrativa y que, al mismo tiempo, esos mismos actos pueden ser el fundamento o la causa de nulidad del laudo emitido por el otro órgano que participa en el sistema arbitral de consumo –el Colegio Arbitral- y que su ulterior revisión vía la impugnación del laudo sea encomendada a la jurisdicción civil, en virtud de lo dispuesto en el RD 636/1993 y en los artículos 40 y siguientes de la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre.

A esta posible disfunción que lleva aparejada el sistema arbitral de consumo puede unírsele otra cuestión que más que un problema en sí del sistema arbitral es una propuesta de mejora de *lege ferenda* que, en mi opinión, puede propugnarse con los matices y las propuestas que aludiré a continuación, y que va referida a la posibilidad de que la posible ejecución forzosa de los laudos pueda ser encomendada a la Administración y no a la jurisdicción civil ordinaria como se prevé en la actualidad.

Serán sobre estas cuestiones sobre las que versará mi ponencia encaminada principalmente a la consecución de un fin primordial que encuentra su razón de ser en el artículo 51 de nuestra Carta Magna: la mejora en la protección del consumidor mediante el establecimiento de procedimientos eficaces por parte de los poderes públicos. La nece-

sidad de progresar en estos procedimientos y de mejorar los ya existentes resulta del todo necesario para dar contenido y verdadera funcionalidad al mandato establecido en el citado precepto



II. SISTEMATIZACIÓN DE LAS DIVERSAS MODALIDADES DE INTERVENCIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN EL ARBITRAJE.

Con carácter previo al examen de las cuestiones apuntadas opino que puede resultar conveniente el análisis de las diversas modalidades de participación de las Administraciones Públicas en los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos, con la finalidad de aclarar y distinguir conceptos y categorías. Esta clasificación se puede abordar desde una doble perspectiva: de un lado, desde la participación de las Administraciones Públicas como parte de un procedimiento arbitral, en cuyo caso habrá que distinguir si se trata de un arbitraje de Derecho privado o si nos encontramos ante la posibilidad de configurar un arbitraje de Derecho público; y, por otro, desde la actividad que puede realizar la Administración pública resolviendo conflictos entre particulares, que es lo que ha sido definido por la doctrina *ius administrativa* como *actividad administrativa arbitral*.

i) La posibilidad de que las Administraciones Públicas puedan resolver los conflictos que se susciten con los particulares a raíz de la adopción de resoluciones administrativas que afecten a éstos, acudiendo a la fórmula procedimental del arbitraje ha resultado ser una cuestión altamente controvertida. La causa fundamental se encuentra en que las materias y asuntos de los que conoce la Administración no suelen ser de libre disposición por parte de las mismas al encontrarse vinculadas a la satisfacción de los intereses generales. A ello hay que añadir que en virtud del artículo 106.1 de nuestra Constitución <<los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la

actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifica»>> por lo que parece en un principio, siguiendo una interpretación literal de este precepto, que se excluye la posibilidad de que mediante un convenio arbitral se pueda eximir del control judicial una actuación de las Administraciones Públicas. Sin embargo, esta interpretación en sentido estricto del tenor literal del artículo 106.1 de la Constitución podría verse atemperada cuando exista una alternativa, prevista mediante norma con rango de ley, al control judicial mediante otro mecanismo en el que un tercero revestido de la autoridad de árbitro desempeñe funciones similares o equivalentes a las jurisdiccionales.

En este sentido parece decantarse el Tribunal Constitucional al señalar en su sentencia 34/1995, de 6 de febrero, resolutoria de un recurso de amparo por presunta violación del principio de igualdad y del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la discrecionalidad técnica de comisiones administrativas examinadoras, estableció tras examinar los artículos 1, 9 y 103.1 lo siguiente:

«Siendo los anteriores preceptos los presupuestos de la declaración contenida en el artículo 106.1 CE, es claro que, del conjunto que se acaba de describir, se desprende un diseño constitucional de control máximo de la actividad administrativa, en la que, salvo exclusión legal expresa y fundada en motivos suficientes –que en todo caso corresponde valorar a este Tribunal- no se produzcan exenciones en la regla general de sujeción de aquéllas al control y fiscalización de los Tribunales de Justicia. Que esto es así se desprende de una jurisprudencia reiterada de este Tribunal, que se ha ocupado de mantener que si bien la Constitución no ha definido cuáles deben ser los instrumentos procesales que hagan posible ese control jurisdiccional, sí ha afirmado, en cambio, la necesidad de que dichos mecanismos han de articularse de tal modo que aseguren sin inmunidades de poder, una fiscalización plena del ejercicio de las atribuciones administrativas».

Por lo tanto y siguiendo una interpretación amplia de lo señalado por el Tribunal Constitucional podría admitirse la posibilidad del sometimiento por parte de la Administración al arbitraje, en base a la similitud que ostenta esta institución con la actividad que desarrollan los órganos jurisdiccionales.

Pero a pesar de que puede resultar viable la institución arbitral para el sometimiento de las cuestiones conflictivas en las que se puedan ver inmersas las Administraciones Públicas fruto de su actuación, resulta necesario deslindar qué cuestiones pueden someterse a arbitraje y quedar exentas, por tanto, del control jurisdiccional, así como qué tipo de arbitraje –de Derecho público o privado- va a resultar ser el idóneo para la resolución de las cuestiones litigiosas de los entes administrativos.

En primer lugar, respecto a qué actuaciones de las Administraciones Públicas pueden ser objeto de arbitraje, la doctrina conviene que sólo sería viable respecto a aquellas actuaciones que se encuentran sometidas a las reglas del Derecho privado por un lado, y a los contratos y convenios por otro. En el primer supuesto sería posible el recurso a la institución arbitral puesto que al referirse a materias reguladas por el Derecho privado se

encontrarían dentro del ámbito de libre disposición de las partes. En el segundo caso, podría ser válido debido a que el conflicto no surge de un acto administrativo, sino sobre una relación jurídica Administración-administrado que precisa de interpretación. Así en este último supuesto, el árbitro no sustituiría al juez contencioso-administrativo decidiendo sobre la validez o no de un acto administrativo, sino que se limitaría a enjuiciar una relación administrativa conformada de común acuerdo entre la Administración y el administrado.

El segundo interrogante acerca de qué tipo de arbitraje sería el adecuado para la resolución de estos conflictos en los que la Administración actuará como parte en el procedimiento arbitral, la respuesta va a depender, del mismo modo, de la naturaleza de la relación jurídica controvertida.

En aquellos supuestos en los que la Administración actúa conforme a reglas de Derecho privado no existe obstáculo para que el arbitraje se encuadre dentro del sistema regulado en la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (en adelante, LA). De este modo la celebración del convenio arbitral así como el desarrollo del procedimiento se encontrará sometida a los requisitos y formalidades previstos en la propia LA. En el caso de las sociedades mercantiles públicas y demás sociedades participadas por entes públicos, el sometimiento del conflicto a arbitraje no precisará, en la mayor parte de los casos, ningún requisito especial, y se tratará más bien de un fenómeno ordinario del tráfico mercantil en el que la empresa desarrolla su actividad. En definitiva, lo relevante va a ser la naturaleza –pública o privada– de la controversia sobre la que pueda recaer el arbitraje y no la del sujeto que es parte de esa controversia. Así, por ejemplo, no podrán ser objeto de este tipo de arbitraje las cuestiones surgidas cuando entidades públicas empresariales como AENA o Puertos del Estado actúen en el ejercicio de potestades administrativas aunque la actuación ordinaria de estos entes públicos se rija por el Derecho privado tal y como prevé la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE). Lo mismo sucederá con las cuestiones que surjan en relación con el ámbito de contratación de las sociedades mercantiles públicas, si el conflicto se refiere a aspectos de Derecho Público que puedan regir la decisión de celebrar un contrato y la selección del contratista. Serán arbitrables, en cambio, las controversias jurídicas de naturaleza privada aunque una de las partes sea Administración Pública.

Distinto es el supuesto que se plantea cuando la naturaleza de la controversia es de carácter jurídico-público. Se ha querido ver en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC) una habilitación a favor del arbitraje de Derecho Administrativo. En concreto el art. 107.2 dispone:

«Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros pro-

cedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, *mediación y arbitraje*, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimientos administrativo.

En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado».

La mención al arbitraje como fórmula sustitutiva de los recursos de alzada y reposición, tal y como lo prevé este precepto, no parece que sea una vía alternativa a la posibilidad de configurar un verdadero arbitraje de Derecho Administrativo excluyente, por tanto, de la vía jurisdiccional contencioso-administrativa. Sin ánimo de extendernos en estos aspectos, pues excede del propósito de este trabajo, la doctrina se ha mostrado reacia a admitir que la previsión del art. 107.2 LPC suponga una base jurídica suficiente para que el legislador admita el recurso al arbitraje en este tipo de controversias. Eso sí, ello no impide que, mediante Ley, se admita y regule el arbitraje de Derecho Administrativo, abriéndose a esta técnica de resolución de conflictos materias a las que, en la actualidad, no cabe otra vía de resolución que la contencioso-administrativa. En este sentido, esta hipotética Ley de Arbitraje Administrativo debería delimitar de forma concreta y lo más preciso posible las cuestiones jurídico-administrativas que podrían someterse a esta técnica de resolución extrajudicial de conflictos.

ii) Una cuestión diferente a la que acabamos de examinar es la referida a aquellos supuestos en que la Administración es la que se encarga de resolver mediante la técnica arbitral, normalmente prevista por la legislación sectorial (telecomunicaciones, energía, consumo, transportes, etc.), las controversias que se puedan suscitar entre particulares. Esta forma de actividad administrativa, denominada como *actividad administrativa arbitral*, fue definida por el profesor RAMÓN PARADA como aquella que «realiza la Administración Pública cuando decide controversias o conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos». De nuevo y, como puede desprenderse de la definición que acabamos de señalar se configuran por el legislador dos formas de actividad arbitral que pueden desarrollar las Administraciones Públicas:

a) Aquella que resuelve controversias entre sujetos privados mediante actos administrativos. En estos supuestos no puede hablarse de un arbitraje en sentido propio puesto que ni las partes escogen esta vía de forma voluntaria pues viene impuesta *ope legis*; ni tampoco queda excluida la vía judicial al ser el acto administrativo que resuelve el conflicto un acto plenamente impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por tanto, sería más correcto de hablar de mecanismos de resolución de conflictos.

b) Por otro lado, se encontraría aquella actividad arbitral en que la Administración resuelve conflictos entre particulares sobre derechos de naturaleza estrictamente privada, mediante la emisión de un laudo de carácter privado, como ocurre en el arbitraje de

consumo. Es en estos supuestos donde habrá que analizar las características de esta técnica jurídica de resolución de conflictos para poder vislumbrar si nos encontramos ante un verdadero arbitraje o no.

Al estudio de estas dos técnicas de resolución de conflictos que prevé el legislador sectorial dedicaremos el apartado siguiente.

III. BREVE APROXIMACIÓN A LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ARBITRAL Y SU INCIDENCIA EN LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS.

Como acaba de apuntarse, la Administración actúa como árbitro en diferentes supuestos previstos por la legislación sectorial resolviendo conflictos que se suscitan entre personas privadas. Esta categoría de la actividad administrativa se ha venido produciendo en base a motivos y causas de muy diversa índole. Entre estas pueden destacarse esencialmente dos de carácter muy significativo. Así, de un lado, como consecuencia de los muy diversos avatares en que se ha visto inmersa nuestra evolución constitucional, se ha dado entre nosotros una vivencia defectuosa del principio de separación de poderes, y en especial del contraste entre la Administración y la Justicia, así como el sometimiento de la primera a la segunda. En este clima, en el que la Ley formal no estaba sometida a ningún control superior, no resultaba extraño que el legislador sectorial sustrajera una determinada categoría de asuntos de la jurisdicción ordinaria, encomendado su resolución a órganos más o menos híbridos o directamente administrativos. Sin embargo, con la llegada de la CE y la reserva de la función jurisdiccional a Jueces y Tribunales tal y como establecen los artículos 117 y 122 CE, puso punto final a esta práctica legislativa y conllevó la desaparición de las denominadas jurisdicciones administrativas especiales.

Este proceso hizo que en alguno de esos ámbitos se sustituyera la jurisdicción administrativa especial por un sistema de arbitraje voluntario. No obstante, este proceso se ha vuelto a invertir y, en la actualidad, nos encontramos asistiendo a una nueva etapa caracterizada por la proliferación de normas que atribuyen a distintos órganos administrativos la función de resolución de conflictos, llevando en algunos supuestos al ámbito administrativo controversias que son materialmente de índole civil, como ocurre en el caso de la protección de los consumidores, lo que requiere abordar una breve reflexión acerca de este fenómeno.

Sin perjuicio de lo que expondremos en las líneas siguientes resulta necesario, a mi juicio, exponer, aunque sea someramente, cuál es el fundamento de este tipo de arbitraje o de actividad arbitral que justifica la intervención de las Administraciones públicas en la resolución de conflictos *inter privatos* y que, por tanto, en un principio deberían caer dentro del ámbito del arbitraje regulado en la LA.

El punto de partida se encuentra en el art. 103. 1 CE en el que establece que la Administración *sólo puede actuar para el servicio de los intereses generales*. Esta regla constitucional marca el contorno y los límites al legislador a la hora de atribuir nuevas

potestades a las Administraciones y permite a su vez al Tribunal Constitucional controlar la legalidad constitucional de las normas en que se contengan estas habilitaciones. El interés, indudablemente público de que los conflictos jurídicos que enfrentan a los diversos sujetos se resuelvan mediante la intervención de terceros caracterizados por la nota de imparcialidad, no es suficiente por sí solo para legitimar una actuación administrativa dirigida a su resolución, puesto que esta función se encuentra atribuida a los órganos judiciales, como se deduce del ya citado art. 117 CE. Esto implica que para que se encuentren debidamente legitimadas desde una perspectiva constitucional las normas que atribuyen a la Administración la potestad de resolver este tipo de conflictos, mediante las fórmulas que ellas mismas prevean, es necesario que esos conflictos afecten o se encuentren ligados con una especial intensidad a algún interés público cuya tutela se encuentre de forma directa encomendada a la Administración.

La concurrencia de este requisito resulta clara en la mayor parte de los supuestos que, a continuación examinaremos. En algunos casos porque la rápida resolución de la controversia planteada es necesaria para que un determinado sector o mercado pueda funcionar en la adecuadas condiciones de libre competencia, como ocurre en los mercados de las telecomunicaciones o de los servicios postales. El interés general que conecta con la atribución a la Administración de esta potestad de resolver conflictos privados es el buen funcionamiento del mercado y la protección de los sujetos que participan en el mismo, de tal modo que ese concreto interés público trasciende a los concretos actores enfrentados en el conflicto y, por tanto, se encuentra así justificado el fundamento legitimador de la intervención administrativa que está atribuido de forma específica a la Administración. En otros supuestos, como en el caso de la protección del consumidor o en el de los transportes, se entiende que el correcto funcionamiento de un sector económico exige la previsión por parte de las normas que lo tutelan de fórmulas alternativas a la judicial para la resolución de conflictos, debido a la inadecuación de ésta para dar solución rápida y eficaz a los problemas que se plantean en estos sectores concretos.

Pues bien, la concurrencia del elemento del interés público que justifique la atribución de este tipo de potestades a la Administración es decidida por el legislador que dispone de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de discernir si se dan los suficientes argumentos que aconsejen el otorgamiento o no de la potestad de resolución de conflictos *inter privados* a las Administraciones públicas. La discrecionalidad de que goza el legislador ha de tener unos límites pues no cabe el otorgamiento con carácter general de una fase prejudicial administrativa de resolución de conflictos. Por ello será necesario una especial atención del legislador a la hora de examinar el interés público legitimador de la intervención administrativa arbitral en un sector concreto que deberá ser el mismo interés público –concreto y específico- que legitima el resto de las potestades administrativas que se ejerzan en ese sector. Fiel reflejo de esta afirmación ha sido el desarrollo del principio rector de la política social y económica consagrado en el art. 51 CE que dirige un mandato a los poderes públicos encaminado a la protección de los consumidores mediante la implantación de *procedimientos eficaces* que el legislador

ordinario se ha encargado de desarrollar en diversas normas, entre los que se encuentra la creación de sistemas de resolución extrajudicial de conflictos en beneficio de los consumidores y usuarios, como es el caso del arbitraje de consumo.

A) TIPOLOGÍA DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ARBITRAL SEGÚN LA LEGISLACIÓN SECTORIAL. LAS DISTINTAS POSIBILIDADES DE ELECCIÓN PARA EL CONSUMIDOR Y USUARIO EN FUNCIÓN DEL SECTOR ECONÓMICO EN EL QUE SE DESENVUELVA.

Distintas han sido las fórmulas y las soluciones adoptadas por el legislador tendentes a desarrollar mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos en lo que el papel que va a desempeñar la Administración hace que puedan encajar dentro de lo que se ha denominado actividad administrativa arbitral. Puede llevarse a cabo la siguiente enumeración de los diferentes tipos de actividad arbitral dirigida a la resolución de controversias de naturaleza jurídico-privada por parte de la Administración, tal y como lo ha recogido la legislación positiva.

i) Una primera manifestación de forma de actividad arbitral es la que atribuye a órganos administrativos la condición de instituciones arbitrales de tal forma que pueden intervenir en la resolución de conflictos entre sujetos de Derecho privado. Es el caso del arbitraje de consumo, previsto con carácter genérico en el art. 31 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, de 19 de julio de 1984 (LGDCU) y que ha sido ulteriormente desarrollado por el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, de arbitraje de consumo, que crea sus propios órganos de administración y resolución del arbitraje –Juntas Arbitrales y Colegios Arbitrales–; arbitraje, además, al que es de aplicación supletoria la LA, tal y como dispone su Disposición Adicional Unica: «Esta Ley será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio, general de defensa de consumidores y usuarios, que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho».

Por lo tanto nos encontramos ante un sistema arbitral parecido al regulado con carácter general en la LA con las especificidades que le confiere el RD 636/1993 que serán objeto de estudio en el epígrafe siguiente, de tal modo que la finalización del procedimiento arbitral se llevará a cabo mediante la emisión del correspondiente laudo con los efectos jurídicos propios que le confiere la LA que son de carácter privado. Este será con carácter general el arbitraje destinado de forma concreta a la protección de los consumidores con independencia de si se encuentran o no en un sector económico concreto, pues es el que regula y asume la casuística especial que precisa la protección del ciudadano como consumidor.

ii) Una segunda modalidad de la actividad administrativa arbitral o de resolución de conflictos, es aquella en que el legislador encomienda y atribuye a órganos administrativos la función de fijar a falta de acuerdo entre las partes de compensación o el precio que un sujeto debe abonar a otro a quien la Ley impone la obligación de contratar

con el primero y le faculta a usar un determinado bien o derecho. El fundamento de esta vertiente se encuentra en que el legislador quiere evitar situaciones monopolísticas o de falta de explotación de un bien o derecho concreto. Ejemplo de esta figura puede encontrarse en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del servicio postal universal y de liberalización de los servicios postales que prevé con carácter general en su art. 23.5 lo siguiente:

«Se garantiza el derecho de acceso a la red postal pública a todos los usuarios y, en su caso, a los operadores postales a los que se les imponen obligaciones de servicio universal, en condiciones de transparencia, objetividad y no discriminación.

Los operadores postales distintos de los referidos en el párrafo anterior deberán negociar con el operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal las condiciones de acceso a la red postal pública, de conformidad con los principios de transparencia, no discriminación y objetividad»

Como instrumento de garantía de estas obligaciones de servicio universal el art. 5.3 de la citada norma atribuye al órgano del Ministerio de Fomento «que reglamentariamente se determine, la resolución de las controversias que surjan entre el operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal y otros operadores postales que lleven a cabo servicios incluidos en el ámbito de aquél, en relación con la existencia o no de los derechos exclusivos, la suficiencia o insuficiencia de las garantías ofrecidas a los usuarios y la posibilidad de acceso a la red postal pública. Igualmente, el citado órgano resolverá sobre la eventual producción de daños al operador al que se encomiende la prestación del servicio postal universal, derivados de la actuación de otros operadores». A su vez la resolución del conflicto por parte del órgano que se cree por el Ministerio de Fomento, será un acto administrativo y, por ende, impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Esto significa que este mecanismo de resolución de conflictos no parece que pueda ser calificado de verdadera actividad arbitral y, por tanto, de verdadero arbitraje ya que la resolución que pone fin a la controversia no excluye la vía judicial.

Además desde el punto de vista de los consumidores no parece revestir una especial importancia esta vía de resolución de conflictos pues rara vez alguna de las partes en controversia van a ostentar la condición de consumidores de acuerdo con las definiciones que la legislación de consumo hace de éstos, por lo que desde la perspectiva de nuestro estudio no se revela como un instrumento útil para la protección administrativa del consumidor.

iii) Por último, podemos destacar una última modalidad de actividad administrativa arbitral referida a cuando el legislador atribuye a las denominadas autoridades reguladoras o Administraciones independientes, la potestad de resolver los conflictos de que se planteen entre los diversos operadores, así como entre los operadores y usuarios. Este es el supuesto previsto, por ejemplo, en el art. 38.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones cuando dispone en su art. 38.1 dos vías para la resolución de este tipo de controversias. Dice así:

«Los operadores que exploten redes o que presten servicios de comunicaciones electrónicas y los *consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales podrán someter las controversias que les enfrenten al conocimiento de las juntas arbitrales de consumo, de acuerdo con la legislación vigente sobre defensa de los consumidores y usuarios.*

Para el supuesto de que no se sometan a las juntas arbitrales de consumo o que éstas no resulten competentes para la resolución del conflicto, el Ministerio de Ciencia y Tecnología establecerá reglamentariamente un procedimiento conforme al cual los usuarios finales podrán someterle dichas controversias. En cualquier caso,, los procedimientos que se adopten deberán ser rápidos y gratuitos y establecerán el plazo máximo en el que deberá notificarse la resolución expresa, transcurrido el cual se podrá entender desestimada la reclamación por silencio administrativo. La resolución que se dicte podrá impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa»

Dos son por tanto las posibilidades que tienen los consumidores y usuarios de los servicios de telecomunicaciones de cara a la resolución extrajudicial de un posible conflicto con alguno de los operadores que presten estos servicios: por un lado, el arbitraje de consumo previsto en el RD 636/1993 que excluye la vía judicial y que su resolución final se materializa en un laudo que tiene fuerza de cosa juzgada; y, de otro, un procedimiento administrativo de resolución de conflictos que, como veremos en el apartado siguiente carece de los rasgos esenciales que definen todo arbitraje y que además es resuelto mediante una resolución administrativa que es perfectamente revisable por los Jueces y Tribunales de lo contencioso-administrativo.

Esta doble vía que es característica de la nueva regulación de determinados sectores económicos en fase de liberalización o ya liberalizados, ofrece una nueva perspectiva para el consumidor ofreciéndole nuevos instrumentos y procedimientos para la resolución extrajudicial de conflictos lo que sin duda en un principio debe ser positivo de cara a la mejora de su protección. No obstante, un exceso de mecanismos de este tipo puede provocar confusión o desinformación en los consumidores a la hora de conocer cuál de los mismos puede resultar el más adecuado para la correcta defensa de sus intereses económicos; si bien puede ocurrir, igualmente, que los consumidores avezados prueben una determinada vía y en función del resultado acudan a la otra. A ello puede añadirse la disfunción que puede provocar esta vía alternativa de resolución de conflictos que radica en la posibilidad de que el consumidor y usuario acuda, como acabamos de comentar, primero a una de las vías expuestas y ulteriormente a la otra, en función del resultado obtenido, o incluso recurra a ambas, y se produzcan resultados distintos en cada una de los mecanismos empleados, con las distintas consecuencias jurídicas que ello puede tener, recuérdese que la resolución en uno de los mecanismos será un laudo con fuerza de cosa juzgada y en el otro será un acto administrativo impugnable ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

B) ¿PUEDEN CALIFICARSE ESTAS MODALIDADES DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE VERDADERO ARBITRAJE? RASGOS CARACTERÍSTICOS QUE PERMITAN CONFIGURAR A ESTA FORMA DE ACTIVIDAD COMO UN VERDADERO ARBITRAJE.

Según ha podido examinarse tres son las modalidades que, según de acuerdo con la legislación vigente, podrían subsumirse dentro de lo que se denomina actividad administrativa arbitral. De cara a la protección de los consumidores y usuarios sólo nos interesan aquellas en que una de las partes tiene dicha condición puesto que en caso contrario el conflicto quedará fuera del ámbito de nuestro estudio. Por tanto, sería la institución del arbitraje de consumo de un lado, y el establecimiento de un procedimiento administrativo específico tendente a la resolución de conflictos, de otro, los mecanismos que la Administración pone a disposición de los consumidores y usuarios de cara a resolver al margen de la vía judicial sus hipotéticas controversias.

Sin embargo, para poder calificar de verdadero arbitraje a estas dos modalidades deben cumplir con algunos elementos o caracteres que son comunes a todo mecanismo arbitral y que pueden agruparse en torno a los tres siguientes:

i) *Voluntariedad*. Se trata del elemento fundamental del arbitraje para que este sea conforme a la Constitución. Para que las partes renuncien a su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) a través del convenio arbitral tiene darse el consentimiento expreso de sus titulares, pues se está renunciando al ejercicio de un derecho fundamental.

ii) *Exclusión de la vía judicial*. Al someter las partes libremente la resolución de la cuestión litigiosa al arbitraje y tener el laudo arbitral la fuerza de cosa juzgada, se está reconociendo de forma expresa la exclusión de la vía judicial. Por lo que el laudo arbitral sólo podrá ser revisado por la jurisdicción ordinaria si se dan alguno de los supuestos de nulidad previstos en la LA o en alguna otra Ley específica.

iii) *Determinación y elección de los árbitros que resuelven la cuestión litigiosa*. La participación en la designación de los árbitros o de los miembros del colegio arbitral puede producirse de diversas formas como prevé la LA, desde la designación nominal de los árbitros hasta la encomienda del arbitraje a una institución que será la encargada de designar al árbitro tal y como dispone el art. 14 LA.

Puede señalarse que, según lo expuesto, en puridad sólo el arbitraje de consumo participa de los rasgos configuradores del arbitraje. Los procedimientos o mecanismos de resolución de conflictos previstos en la legislación sectorial anteriormente analizada no responden a este esquema por lo que no cabe calificarlos de verdaderos instrumentos arbitrales.

IV. ADMINISTRACIÓN Y ARBITRAJE DE CONSUMO.

Toda referencia al sistema arbitral de consumo nos sitúa en el problema del acceso del consumidor individual a la justicia. Por todos es conocido la situación de debilidad en la que se encuentra el consumidor frente al empresario en las relaciones comerciales lo que requiere una intervención de los poderes públicos, tal y como predica nuestro art. 51 CE tendente a conseguir una situación de igualdad entre ambos. De este modo el ulterior desarrollo legislativo de este principio rector de la política social y económica ha atribuido diferentes derechos a los consumidores de tal modo que puedan ejercerlos ante situaciones en las que éstos se puedan ver vulnerados.

Sin embargo, instaurar derechos sin poner a disposición de sus titulares los adecuados mecanismos que garanticen su ejercicio efectivo privaría a estos derechos de todo su valor y eficacia práctica, por lo que es indispensable asegurar al consumidor una serie de canales jurídicos, sencillos, rápidos, eficaces y poco costosos para que pueda hacer valer sus derechos, en caso de violación de los mismos. Es por tanto en este contexto donde hay que enmarcar el nacimiento del arbitraje de consumo que además, como veremos a continuación va a enmarcarse dentro de la estructura orgánica de las Administraciones Públicas configurándose como una verdadera prestación que éstas prestan a los consumidores dando a sí plena eficacia al mandato establecido en el citado art. 51 CE.

1. CONFIGURACIÓN LEGAL DEL ARBITRAJE DE CONSUMO.

El sistema arbitral de consumo tiene su base legal en el art. 31 LGDCU cuyo tenor literal establece:

«1. Previa audiencia de los sectores interesados y de las asociaciones de consumidores y usuarios, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución.

2. El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito.

3. 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.

4. Quedarán sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de sometimiento al arbitraje de consumo formalizados por quienes sean declarados en concurso de

acreedores. A tal fin, el auto de declaración del concurso será notificado al órgano a través del cual se hubiere formalizado el convenio y a la Junta Arbitral Nacional, quedando desde ese momento el deudor concursado excluido a todos los efectos del sistema arbitral de consumo».

El art. 31 LGDCU postula un sistema arbitral basado en los siguientes elementos y principios:

aformalismo del procedimiento;

de carácter decisorio;

imponiéndose a las partes si no pasan por él;

de libre elección y sometimiento por parte de los interesados;

alternativo de la actuación judicial; y

administrado en cuanto a la organización preestablecida del arbitraje en la designación de los árbitros.

Este precepto que marca los rasgos esenciales de lo que debe ser el arbitraje de consumo fue impugnado por presunta invasión de las competencias que las Comunidades Autónomas tenían en la materia defensa del consumidor y usuario, si bien el Tribunal Constitucional declaró la plena constitucionalidad del art. 31 en su sentencia 15/1989, de 26 de enero, al señalar que el establecimiento de un sistema general de arbitraje es materia que incuestionablemente ha sido atribuida a la competencia exclusiva del Estado, en virtud de las cláusulas primera, sexta y octava del art. 149.1 CE. A ello el Tribunal añadió en su sentencia de 22 de marzo de 1991 que el establecimiento de un sistema de arbitraje se trata de una materia atribuida a la competencia del Estado, pues siendo el arbitraje un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada, es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia.

En base a esta jurisprudencia constitucional que confirmaba la competencia exclusiva del Estado para establecer este sistema de arbitraje, se aprobó el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, que regula el sistema arbitral de consumo, y en el que se desarrolla todo este sistema arbitral.

Por último hay que destacar la aplicación supletoria de la LA tal y como dispone su Disposición Adicional Unica: «Esta Ley será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio (...) que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho».

2. DISTINCIÓN CON LA FIGURA DEL ARBITRAJE INSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 14 LA.

El arbitraje de consumo es un arbitraje de los denominados institucionalizados, esto es, de aquéllos en los que el nombramiento de los árbitros es deferido a una persona jurídica, a la que se confiere igualmente la administración del arbitraje. Esta modalidad de arbitraje conviene distinguirla del arbitraje *ad hoc* en el que las partes designan, para un conflicto concreto, a los árbitros o a la persona, física o jurídica, a que defieren el nombramiento de los mismos, tal y como dispone el art. 12 LA.

La LGDCU optó, con la finalidad de facilitar a los consumidores la tutela de sus derechos así como de proteger los intereses generales de los mismos, por crear un complejo de Juntas Arbitrales de Consumo, las cuales deben extenderse por todo el territorio, integrándose y formado parte de las diferentes Administraciones territoriales (estatal, autonómica y local). De este modo, se concede un protagonismo esencial a la Administración, tanto porque va a ser la encargada de la gestión del arbitraje y del nombramiento de los árbitros, a través de las mencionadas Juntas Arbitrales, como porque en el Colegio Arbitral la presidencia del mismo corresponderá, salvo alguna excepción a un funcionario de la Administración territorial donde se integre el arbitraje.

El arbitraje de consumo, por tanto, es un arbitraje institucionalizado entendiendo esta calificación en el sentido expresado anteriormente, esto es, en el que va a ser una persona jurídica determinada, en este caso una Administración de carácter territorial, la que va a llevar la administración del arbitraje, así como la designación de los árbitros que van a resolver la cuestión litigiosa. No cabe, en mi opinión, subsumir el arbitraje de consumo dentro de la figura del arbitraje institucional previsto en el art. 14 LA que regula una modalidad distinta y está pensada, igualmente, con una finalidad distinta a la que prevé el de consumo. Dice así el art. 14 LA:

«1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a:

Corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, y en particular el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

2. Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos»

En este precepto se está encomendando la organización del arbitraje a unas instituciones específicas como son las corporaciones de derecho público, el Tribunal de Defensa de la Competencia (tanto del Estado como los autonómicos que se vayan creando) y las asociaciones y entidades sin ánimo de lucro. Ninguno de estos sujetos pueden englobarse dentro de lo que la doctrina administrativa ha calificado de administraciones territoriales que son las del Estado, Comunidades Autónomas y los Entes Locales que es donde se ubica propiamente el arbitraje de consumo. Por ello entiendo que el arbitraje institucional previsto en el artículo 14 LA se está refiriendo a la posibilidad de que el sistema general de arbitraje previsto en la LA pueda ser atribuido o encomendado a uno de los sujetos ya sea una personificación jurídico pública, caso de las Corporaciones de Derecho Público y el Tribunal de Defensa de la Competencia, ya sea una personificación jurídico privada, caso de las asociaciones y entidades sin ánimo de lucro, pero en ningún caso puede entenderse que el arbitraje de consumo pueda quedar comprendido en esta categoría, al menos tal y como se encuentra configurado en la actualidad por la LGDCU y el RD 636/1993.

Cuestión distinta será que los consumidores y usuarios puedan someter sus controversias, especialmente si desean que el arbitraje sea de Derecho, al arbitraje general regulado en la LA y que, además, sea un arbitraje institucional en virtud de los dispuestos en el art. 14 LA, en vez de someterlo al régimen específico del arbitraje de consumo regulado en el RD 636/1993 que suele resolver en equidad la mayor parte de las controversias ante el planteadas. No debe olvidarse de todas formas la previsión del art. 10.4 LGDCU al señalar que: «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 y 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*». Por lo que será el consumidor o usuario el que decida libremente a qué tipo de arbitraje desea someter la cuestión litigiosa.

3. PECULIARIDADES DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ARBITRAJE DE CONSUMO Y SUS POSIBLES DISFUNCIONALIDADES.

El sistema arbitral de consumo descansa en la existencia de dos órganos: las Juntas Arbitrales de Consumo y los Colegios Arbitrales.

i) Conforme a lo establecido en el art. 3 del RD 636/1993 las Juntas Arbitrales de consumo son órganos administrativos que se integran dentro del ámbito organizativo de la administración territorial que las crea. Así en el caso de la Junta Arbitral de Consumo de ámbito nacional el citado precepto dispone en su apartado primero que ésta se encuentra adscrita al Instituto Nacional de Consumo y conocerá «de las solicitudes de

arbitraje presentadas a través de las asociaciones de consumidores y usuarios cuyo ámbito territorial exceda del de una Comunidad Autónoma, por los consumidores y usuarios que estén afectados por controversias que superen asimismo dicho ámbito». Por otro lado, el apartado segundo señala para el caso de las Juntas Arbitrales de Consumo, de ámbito municipal, de mancomunidad de municipios, provincial y autonómico que se establecerán por la Administración General del Estado «mediante acuerdos suscritos a través del Instituto Nacional de Consumo, con las correspondientes Administraciones Públicas».

La naturaleza jurídico administrativa de las Juntas Arbitrales de Consumo es un hecho difícilmente discutible, además de encontrarse plenamente integradas dentro del conjunto orgánico de cada una de las Administraciones territoriales que las crea a través del acuerdo formalizado con el Instituto Nacional de Consumo, hay que destacar que la composición de las mismas debe ajustarse a lo previsto en el art. 3.4 del RD 636/1993:

«Las Juntas Arbitrales de Consumo estarán compuestas por un Presidente y un Secretario, cargos que deberán recaer en personal al servicio de las Administraciones Públicas y serán designados por la Administración de la que dependa la Junta, publicándose su nombramiento en el Diario Oficial correspondiente».

La consecuencia jurídica fundamental de que las Juntas Arbitrales sean órganos administrativos integrados en el ámbito organizativo de una Administración territorial es el de que determinadas resoluciones que puedan adoptar y que produzcan efectos frente a terceros deben ser consideradas como actos administrativos y, por tanto, se encuentran sometidos al régimen jurídico propio de Derecho Administrativo recogido fundamentalmente en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC).

ii) El segundo órgano que señala el RD 636/1993 encargado del arbitraje del consumo es el Colegio Arbitral, que es el órgano que en sentido estricto puede ser considerado como institución arbitral pues es el que va a resolver el conflicto entre las partes. La naturaleza jurídica del mismo es una cuestión complicada de resolver y que desde la perspectiva del régimen jurídico que se aplica al arbitraje de consumo no tiene una especial trascendencia por lo que no abundaremos sobre la cuestión.

El Colegio Arbitral se encuentra integrado por tres árbitros, designados por la Junta Arbitral del siguiente modo (art. 11.1 RD 636/1993): a) el Presidente del Colegio Arbitral que pertenecerá al personal de la Administración de la que dependa la Junta, y deberá ser licenciado en Derecho; b) el representante de los consumidores que será designado por una organización de consumidores en el caso de que ésta haya sido la que formule la reclamación o si la reclamación se presenta directamente en la Junta Arbitral, el vocal será designado de oficio entre los representantes propuestos previamente por las asociaciones de consumidores; c) el representante de los empresarios que será el designado por éstos en la Junta Arbitral, cuando el reclamado forme parte de una organiza-

ción adherida al sistema arbitral, mientras que en el resto de los casos lo será el designado de oficio entre los propuestos previamente por las organizaciones empresariales que se hayan adherido a la misma.

Pues bien lo que nos interesa destacar es que el Colegio Arbitral será el que conozca de la cuestión litigiosa y resolverá mediante la emisión del correspondiente laudo que es la resolución que pone fin al procedimiento arbitral y tiene fuerza de cosa juzgada de tal modo que solo podrá ser solicitada su nulidad ante la jurisdicción civil ordinaria en base a alguno de los motivos tasados en el art. 41 LA.

Este procedimiento bifásico que nos depara el sistema arbitral de consumo en donde nos encontramos una mezcla de elementos de Derecho público, por un lado, con elemento de Derecho privado, por otro, hace que nos planteemos algunas disfunciones de este sistema del que pueden reflejarse, sin ningún ánimo de exhaustividad las dos siguientes.

Así, por ejemplo, en primer lugar puede señalarse que cuando la Junta Arbitral de Consumo no acepte alguna solicitud de arbitraje, procediendo a su archivo, por tratarse de cuestiones que se encuentran excluidas del arbitraje de consumo en función de lo previsto en el art. 2.2 del presente RD, nos encontramos ante un acto administrativo que podrá ser recurrible bien en vía administrativa en función de las normas que regulan la organización y el funcionamiento de la Administración donde se integre la Junta Arbitral, bien en vía jurisdiccional ante los Jueces y Tribunales de lo contencioso-administrativo. Ello supone que en caso de recurso judicial será el juez contencioso-administrativo el que resolverá si se trata o no de un asunto que puede ser objeto del arbitraje de consumo. Esta consecuencia puede revestir una cierta importancia pues si en función de esta hipotética resolución judicial (en el caso de que se decidiera que el conflicto no puede encuadrarse dentro de las causas excluidas del art. 2.2 del RD 636/1993) y la Junta Arbitral decide admitir la cuestión litigiosa a trámite, designando a tal efecto el Colegio Arbitral y decidiendo este sobre la controversia objeto del arbitraje de consumo, ¿podría una de las partes alegar la nulidad del laudo en base al art. 41.1.e) LA («el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje»)? Además el recurso se plantearía ante la jurisdicción civil, por lo que ¿qué ocurriría si el juez civil declara la nulidad del laudo en base al art. 41.1.e) LA? Como puede observarse nos encontraríamos ante una contradicción entre lo resuelto por el juez contencioso-administrativo y el juez civil.

Otro ejemplo que puede ilustrar la imbricación de lo público y lo privado en el sistema de arbitraje de consumo puede venir referido al régimen jurídico que debe aplicarse al sistema de notificaciones que deben realizar las Juntas Arbitrales. La confusión puede venir de la lectura de la Disposición Adicional Única de la LA que declara que esta norma es de aplicación supletoria al RD 636/1993. Esta norma reglamentaria no

prevé cuál es el régimen jurídico por el que se van a regir las notificaciones mientras que la LA recoge en su art. 5 como deben regularse las notificaciones en el arbitraje. La duda surge en torno a si debemos aplicar al arbitraje de consumo, en concreto a las notificaciones que realizan las Juntas Arbitrales, lo dispuesto en el art. 5 LA, o al ser un órgano administrativo se le aplican los arts. 58 y 59 LPC, ya que al tener un carácter básico dicha norma debe ser aplicada ante cualquier actuación de las Administraciones Públicas. En mi opinión, al ser la LPC una norma que tiene el carácter de básica en función de lo señalado en el art. 149.1.18ª CE y al ser las Juntas Arbitrales órganos administrativos, es esta Ley y no la LA la que debe aplicarse al régimen de las notificaciones.

Opino que estos dos ejemplos son los suficientemente ilustrativos de la problemática jurídica que encierra el RD 636/1993 donde se entremezclan elementos de Derecho público y de Derecho privado lo que contribuye, a mi juicio, a crear confusión a los usuarios de este sistema de resolución extrajudicial de conflictos demandando de una revisión en los términos en los que expondremos a continuación.

V. PROPUESTA DE REFORMA DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO.

La concurrencia de elementos públicos y privados en el sistema arbitral de consumo regulado en el RD 636/1993 es un hecho incuestionable a raíz de su confusa configuración a este respecto, como ha quedado expuesto en las líneas precedentes. A ello se une la multiplicidad de posibilidades de resolución extrajudicial de controversias que el legislador sectorial ha desarrollado en aras a una eficaz protección del consumidor y usuario que, en numerosos casos lo que va a producir es el efecto contrario, esto es, la creación de un clima de confusión en éste ante la diversidad de posibilidades existentes no sabiendo, en la mayor parte de los casos, cuál puede ser la más conveniente para la defensa de sus intereses o, acudiendo a todas ellas con las distintas consecuencias jurídicas que ello puede tener.

Por ello considero oportuno clarificar un poco el panorama y proponer de *lege ferenda* la siguiente medida tendente a mejorar el arbitraje de consumo. Este sistema arbitral es un arbitraje institucionalizado, en el sentido que hemos señalado anteriormente, es decir, integrado y prestado por las Administraciones públicas territoriales, por lo que se trata de una forma de actividad administrativa en la que en aras de la consecución de un interés general –la protección de los consumidores y usuarios- se resuelven conflictos *inter privatos*, mediante la resolución del Colegio Arbitral denominada laudo. Este laudo que reviste una naturaleza jurídico privada tiene la fuerza de cosa juzgada, por lo que sólo en el supuesto de que concurran alguna de las causas de nulidad previstas en el art. 41 LA puede ser revisado por la jurisdicción civil. Además en el supuesto de que una de las partes no cumpla o se atenga a lo dispuesto en el laudo arbitral corresponde al juez civil ordinario la ejecución del mismo, por lo que en parte se está desnaturalizando la esencia del instrumento arbitral que es la exclusión de la vía judicial para la resolución del conflicto. Es precisamente en este punto donde podría radicar mi pro-

puesta de reforma y cambio del sistema arbitral de consumo que consistiría básicamente en administrativizar del todo este sistema confiriendo al laudo arbitral *la naturaleza de resolución administrativa, de tal modo que ante el incumplimiento de alguna de las partes (normalmente suele ser el empresario) sería la Administración, a través de la Junta Arbitral, la que pudiera ejecutar el laudo arbitral (si bien quizás sería conveniente cambiar la denominación del mismo aunque en mi opinión se trata de una cuestión menor), sin necesidad de que el consumidor tuviera que acudir a la vía judicial para solicitar dicha ejecución.*

Este cambio precisaría de una reforma del RD 636/1993 y, además debería llevarse a cabo mediante norma de rango legal, siendo insuficiente, a mi juicio, el art. 31 LGDCU como elemento de cobertura legal. Por lo que debería desarrollarse una Ley de Arbitraje de Consumo, Ley de carácter estatal pues como ya hemos advertido se trata de elementos procesales cuya legislación se encuentra atribuida de forma exclusiva al Estado.

i) La viabilidad de esta propuesta choca de todas formas con algunos obstáculos que precisan de una serie de puntualizaciones y explicaciones con el fin de poder salvarlos y que esta propuesta esté vestida de coherencia jurídica. En primer lugar, la clave de bóveda sobre la que pivota toda esta propuesta se encuentra en la presencia de un interés público que justifique la intervención administrativa sobre la protección del consumidor. Recordemos que el art. 103.1 CE prescribe que la Administración sólo puede actuar para el servicio de los intereses generales. Este precepto constitucional limita al legislador a la hora de conferir nuevas potestades a la Administración y permite al Tribunal Constitucional controlar las Leyes en que se contengan dichas habilitaciones. Por este motivo, para que estén debidamente justificadas desde esta perspectiva constitucional, normas que atribuyan a la Administración la potestad de resolver conflictos *inter privatos* mediante resoluciones ejecutorias, es necesario que esos conflictos afecten de modo esencial a algún interés público cuya tutela se encuentre de forma directa encomendada a la Administración. Resulta indudable que en el caso de la protección del consumidor y usuario la tutela de este interés público hay que encontrarla atribuida a la Administración, así como al resto de los poderes públicos, en el mandato que el art. 51 CE establece al respecto.

ii) El segundo obstáculo con el que podría chocar esta propuesta es con el posible desplazamiento de un asunto desde la jurisdicción civil a la contencioso-administrativa. Resulta claro que la posible previsión por una norma de rango legal de una potestad de resolución de conflictos entre particulares por parte de las Administraciones públicas que desemboque en una resolución administrativa impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa, implica un desplazamiento del orden jurisdiccional competente para conocer de ese conflicto (civil), sin otra razón ni justificación que la puramente procesal de haberse dictado una resolución administrativa en relación con ese asunto. Ello

supondría asignar competencias a un orden jurisdiccional al margen de lo previsto en el art. 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

Además en el supuesto de que se pretendiera, mediante esta hipotética Ley de Arbitraje de Consumo, llevar a cabo este desplazamiento la cuestión sería la relativa a si es necesario que dicha norma tuviera que ser Ley orgánica, al menos en lo que respecta a este punto. A este respecto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su sentencia 224/1993 señalando que el legislador ordinario puede encomendar a uno u otro orden jurisdiccional el conocimiento de determinadas cuestiones litigiosas, pero sin contradecir la asignación genérica que efectúa el art. 9 LOPJ:

«Siendo en principio correcto en términos constitucionales que una Ley ordinaria atribuya a determinado orden jurisdiccional el conocimiento de tales o cuales asuntos, integrando los genéricos enunciados de la LOPJ, la cuestión ha de radicar en la verificación del grado de acomodo de aquélla a las previsiones de ésta, que, como propias de la reserva reforzada instituida por la Constitución, resultan indisponibles para el legislador ordinario y gozan frente al mismo de la fuerza pasiva característica de las Leyes Orgánicas (art. 81.2 CE), de modo que la Ley ordinaria no pueda excepcionar frontalmente o contradecir el diseño de que los distintos ordenes jurisdiccionales haya establecido la Ley Orgánica»

Por lo tanto, lo que no podrá hacer el legislador ordinario es alterar lo dispuesto en el art. 9 LOPJ. La pregunta entonces es ¿puede hablarse de «excepción frontal» a tales criterios establecidos en el art. 9 LOPJ cuando el legislador ordinario desplaza el límite de la jurisdicción contencioso-administrativa en perjuicio de la civil, por el simple hecho de insertar una resolución administrativa en el sistema de resolución del conflicto, pero sin que la Administración que dicta la misma esté aplicando el Derecho Administrativo, ya que se trata de una controversia materialmente privada? En mi opinión, lo que ocurre es que el art. 9 LOPJ emplea dos criterios para delimitar el ámbito de conocimiento de la jurisdicción civil y de la contencioso-administrativa, criterios que radican en la naturaleza de la relación litigiosa, en el primer caso, y en la presencia de una resolución administrativa, en el segundo. Con la consecuencia de que, si se concede a la Administración la facultad de pronunciarse arbitrariamente sobre un asunto de naturaleza privada que no se encuentra regido por normas administrativas, el conflicto que surge si una de las partes no está de acuerdo con la decisión administrativa puede encajar en los dos títulos del art. 9 LOPJ.

Por tanto, el desplazamiento de un asunto desde el orden civil al contencioso no se opone a lo dispuesto en el art. 9 LOPJ, ni tampoco a lo señalado en el art. 122.1 CE, aunque se encuentre exclusivamente basado en la interposición de una resolución administrativa en un conflicto sometido desde una perspectiva material al Derecho privado.

iii) A pesar de lo que acabamos de afirmar respecto a la viabilidad del desplazamiento de una cuestión de índole civil a la jurisdicción contenciosa en base a la confi-

guración del laudo arbitral como una resolución administrativa, igual no sería necesario en este sistema arbitral de consumo debido a que si en un principio las partes lo que acuerdan es la exclusión de la vía judicial y el sometimiento de su controversia a un procedimiento específico, lo lógico será que con independencia de la naturaleza –civil o administrativa- del laudo, este sólo pueda ser revisado por una serie de causas que deberán estar tasadas en esta futura Ley de Arbitraje de Consumo, tal y como ocurre en la actualidad con la referencia que hay a las causas de nulidad previstas en el art. 41 LA. De este modo, la jurisdicción contencioso-administrativa no estaría entrando a conocer sobre cuestiones materiales de Derecho privado, sino sobre las posibles causas de nulidad de la resolución administrativa que serían las generales establecidas en el art. 62.1 LPC, así como las que pudieran preverse en esta Ley de Arbitraje de Consumo (que el convenio arbitral no fuera válido, que no ha sido debidamente notificada la designación de un árbitro, etc.); recuérdese que la letra g) de este artículo establece como cláusula general de los motivos de nulidad de los actos administrativos «cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal». De este modo, la jurisdicción contencioso-administrativa sólo entraría a conocer sobre cuestiones que le son propias y no se produciría el desplazamiento del que hablábamos anteriormente. Además, la posible objeción que se podría hacer a la tesis aquí defendida relativa a que la vía judicial no quedaría excluida en este supuesto al ser la actuación de las Administraciones públicas impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa, se vería resuelta con esta posibilidad de que sólo entraría a conocer sobre los supuestos de nulidad del laudo y no sobre el fondo de la cuestión litigiosa.

VI. CONCLUSIONES.

Diversas han sido las cuestiones examinadas a lo largo del presente artículo que podrían conducirnos a las siguientes conclusiones que exponemos de forma resumida:

Deberían simplificarse los distintos procedimientos de resolución de conflictos en los que intervienen los consumidores y usuarios en aras a una mejor y más eficaz protección de sus derechos, eminentemente los de carácter económico.

Necesidad de modificar el RD 636/1993 de arbitraje de consumo.

Esta reforma debería llevarse a cabo mediante una norma con rango de Ley. De este modo podría elaborarse una Ley específica de Arbitraje de Consumo.

Esta Ley podría configurar el laudo como una resolución administrativa, de tal modo que la Administración pudiera ejecutarlo en caso de que una de las partes no lo cumpliera. Ello no tendrá que significar un significativo incremento en la carga de trabajo para las Administraciones públicas puesto que el número de laudos que requieren ejecución es pequeño (el 1,59% según la Memoria Arbitral del 2003) y sí supondría una más eficaz protección del consumidor. Además tampoco implicaría una mayor duración

del procedimiento arbitral puesto que el plazo de resolución del mismo podría venir impuesto en la Ley, tal y como hace el actual RD 636/1993 (4 meses, art. 14).

Igualmente, la posible reticencia con que el sector empresarial pudiera ver a esta administrativización del sistema arbitral, podría mitigarse con diversas fórmulas de fomento del sistema que redundarán en su beneficio. También podrían preverse medidas específicas como ha hecho la reciente Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de defensa y protección de los consumidores y usuarios de Andalucía que prevé en su art. 93 la condonación de sanciones para las empresas infractoras que se encuentren sometidas a los procedimientos de arbitraje.

CURSO MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

**Nuevos retos del arbitraje
de consumo**

LA RESOLUCIÓN DE CONTRATOS DE ENSEÑANZA A DISTANCIA EN EL ARBITRAJE DE CONSUMO



Fernando Zorrilla Ribot
Presidente de Colegio Arbitral.
Gobierno de Aragón

LA RESOLUCIÓN DE CONTRATOS DE ENSEÑANZA A DISTANCIA EN EL ARBITRAJE DE CONSUMO

Fernando Zorrilla Ribot

Presidente de Colegio Arbitral. Gobierno de Aragón

El Real Decreto 2.641/1.980, de 7 de noviembre, sobre la regulación de la modalidad de enseñanza a distancia impartida por centros privados, intentaba ofrecer una definición de esta actividad. Así en su art. 2 establecía que “ se entenderá por enseñanza a distancia... la que no requiriendo la concurrencia regular en el Centro de profesores y alumnos se desenvuelve a través de los medios de correspondencia, radio y televisión o por cualquiera otro análogo.” Desde entonces han sido muchos los aspectos que han incidido sobre esta modalidad de enseñanza, algunos tan poderosos como Internet, que le ha aportado herramientas antes inimaginables.

Analizando el conjunto de normativa que regula la enseñanza a distancia en nuestro país, podemos definirla como aquella en la que no siendo necesaria la presencia física del profesor, es impartida por centros privados a través de medios de comunicación a distancia y que tiene por objeto la consecución de una titulación, la adquisición de determinadas habilidades profesionales o la superación de una determinada prueba, para lo cual proporciona el material didáctico correspondiente, un método y procedimiento de seguimiento y evaluación del alumno y toda la información necesaria para conseguir el objetivo que se propone. Quedaría excluida la enseñanza universitaria.

El interés que suscita este tipo de enseñanza en las diferentes Administraciones competentes en materia de consumo se debe a la creciente conflictividad que la misma ocasiona. Preocupación que se recoge sin ningún disimulo en el Decreto 82/2.003, de 29 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento regulador de la protección al consumidor en la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de enseñanzas no dirigidas a la obtención de títulos con validez académica (que constituye un volumen muy importante de la oferta de los centros de enseñanza a distancia). En la exposición de motivos de dicho Decreto se establece que “... la promulgación de esta

norma trae causa principal en los problemas que el Departamento de Salud, Consumo y Servicios Sociales ha venido detectando en los últimos tiempos”.

Esta especial conflictividad se observa de una manera mucho más evidente en la memoria que con carácter anual edita la Dirección General de Consumo del Gobierno de Aragón. Así en el resumen estadístico de las materias objeto de arbitraje señala que las relativas, no ya a enseñanza en general, sino las específicamente propias de enseñanza a distancia, suponen un 9,75% del total de reclamaciones interpuestas, ocupando el segundo lugar en cuanto al número de éstas, inmediatamente detrás de las relacionadas con telefonía y telecomunicaciones. Es cierto que estos datos deben ser matizados y probablemente no sean exportables a otras Juntas Arbitrales de Consumo, ya que el número de reclamaciones que se someten a arbitraje dependerá de las condiciones en las que el empresario suscriba la adhesión pudiendo hacerlo sólo a una o unas determinadas Juntas Arbitrales, con lo que el número de laudos en éstas se ve muy incrementado o, simplemente porque la sensibilidad en el sector no es la misma en unas áreas geográficas que en otras.

En cualquier caso lo que parece claro es que la conflictividad que suscitan los contratos de enseñanza a distancia es muy superior a la que cabría suponer atendiendo al volumen que este tipo de actividades suponen en el conjunto del tráfico comercial; o lo que es lo mismo, que la resolución de este tipo de contratos dista mucho de ser pacífica. Y este hecho no deja de sorprender si tenemos en cuenta que las circunstancias que concurren sobre la resolución de los mismos no difieren mucho de las del resto de contratos y que podríamos resumir en el incumplimiento de las condiciones pactadas por alguna de las partes y, en este caso, puesto que estamos hablando de arbitraje de consumo, de las condiciones a las que se comprometió el empresario-vendedor.

Es cierto que las causas que pueden llevar al alumno a resolver el contrato pueden ir desde la publicidad engañosa, la mala calidad del material didáctico, el abandono o desinterés por parte del Centro en cuanto al seguimiento y evaluación de los conocimientos adquiridos, la deficiencia de los materiales proporcionados para realizar clases prácticas, la falta de comunicación con su profesor para resolver dudas, el incumplimiento de la oferta realizada en cuanto a bolsas de trabajo o salidas profesionales, la incompleta información en cuanto a fechas de exámenes o convocatorias similares, etc... motivo todas ellas de incumplimiento por parte del empresario y causa suficiente para solicitar la anulación del contrato. Pero también es cierto que estas causas, con las correspondientes matizaciones, atendiendo a la naturaleza del contrato que nos ocupa, son extrapolables a cualquier contrato celebrado entre dos partes, y por tanto no me detendré en ellas ya que el tiempo del que dispongo en esta ponencia es limitado y por otra parte no ofrecen particularidad alguna.

Sí me detendré en cambio sobre dos aspectos que inciden de modo singular en los contratos de enseñanza a distancia y que son causa importante de conflicto a la hora de

resolver los mismos. Me estoy refiriendo al plazo de desistimiento y a la forma de pago de este tipo de contratos, a los problemas que ambos suscitan y a las posibles soluciones que modestamente sugiero para superar los mismos.

1.- El plazo de desistimiento.

Se entiende por plazo de desistimiento aquél durante el cual el alumno puede revocar su voluntad de celebrar el contrato, una vez firmado este, sin necesidad de alegar causa alguna y sin que tenga que soportar coste alguno por dicho desistimiento.

Antes de seguir avanzando es preciso señalar que la posibilidad de desistir se establece para estos contratos no en razón del objeto del mismo (enseñanza a distancia), sino en razón de las circunstancias en que se celebran: fuera del establecimiento mercantil del empresario o que la visita al alumno por parte del empresario o vendedor por cuenta de éste no haya sido solicitada a iniciativa de aquél.



Pues bien, los contratos de enseñanza a distancia pueden celebrarse dentro o fuera del establecimiento mercantil del empresario y pueden hacerse a iniciativa del empresario o del alumno, que desea suscribirlo sin necesidad de información o seducción previa por parte del empresario, y pueden celebrarse a distancia o no (me refiero a la celebración del contrato, no a la prestación del servicio de enseñanza contratado que naturalmente siempre es a distancia).

El plazo de desistimiento se regula en la Ley 26/1.991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, que incorpora al derecho español la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 85/577, de 20 de noviembre, que establece un conjunto de medidas de protección al consumidor por entender que en los contratos que se celebren fuera de establecimiento del comerciante, concurren circunstancias de iniciativa de éste y de imposibilidad de comparación de la calidad y del precio de la oferta que pueden determinar la existencia de prácticas comerciales abusivas. En el art. 5 de dicha ley se establece un plazo de siete días contados desde la recepción (en el caso de enseñanza a distancia la recepción debe entenderse de los materiales didácticos). Asimismo el art. 3 establece que el contrato deberá contener una referencia clara del derecho de revocar el consentimiento así como el propio documento de revocación. Obligación ésta por parte del empresario que con relativa frecuencia es incumplida y que es causa de anulación del contrato según establece el art. 4. A este respecto me permito apuntar (puesto que entre la audiencia aquí presente, habrá sin duda representantes de estas asociaciones), que el art.10 legitima entre otros a las

asociaciones de consumidores para ejercitar la Acción de Cesación contra este tipo de conductas.

Este mismo criterio es asumido por la Directiva 97/7/CE el Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. En su art. 6 establece que “respecto a todo contrato negociado a distancia, el consumidor dispondrá de un plazo mínimo de siete días laborables para rescindir el contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos.” Pero si el proveedor no ha cumplido con sus obligaciones de facilitar la información esencial sobre el contrato al consumidor, el plazo será de tres meses.

De igual modo los modelos de contratos libres de cláusulas abusivas para centros de enseñanza no reglada aprobados por el Ministerio de Sanidad y Consumo establecen que “el alumno dispondrá de siete días naturales desde la recepción del material didáctico si el contrato se efectúa fuera de establecimiento comercial, o de siete días hábiles si lo formaliza utilizando alguna técnica de comunicación a distancia”, para ejercer su derecho de desistimiento.

De las referencias expuestas se deduce que nuestra normativa establece, para los contratos de enseñanza a distancia, un plazo de desistimiento de siete días siempre que el contrato se celebre fuera del establecimiento mercantil del empresario o se trate de un contrato celebrado a distancia. Habrá que deducir, a sensu contrario que para aquellos contratos de enseñanza a distancia celebrados en el establecimiento mercantil no será de aplicación dicho plazo de desistimiento. Sin embargo en la práctica esta distinción no se produce ya que los distintos centros de enseñanza incluyen en sus contratos una cláusula en la que reconocen el derecho del alumno a desistir en el plazo de siete días y puesto que es una cláusula pactada tiene eficacia entre las partes. Ello se debe a que dichos centros utilizan, con carácter general, contratos de adhesión que no establecen diferencias en función del lugar en que se firman. Por otra parte los contratos suscritos en establecimiento mercantil pueden no ser tantos en la práctica ya que estas empresas, por su propia naturaleza ofrecen sus servicios en todo o gran parte del territorio nacional, organizándose a base de delegaciones o franquicias que en algunos casos no siempre tienen reconocida capacidad para contratar, debiendo remitirse el contrato para su firma a la sede central. Pues bien, en todos estos casos estaríamos ante contratos celebrados a distancia aunque hubiera sido firmados por el alumno en la delegación comercial correspondiente.

Aceptado que el plazo de desistimiento de siete días se establece con carácter general en los contratos de enseñanza a distancia, por la vía de hecho o la de derecho, mi criterio es que resulta un plazo absolutamente insuficiente. Resulta imposible que el alumno pueda en siete días valorar la calidad del temario que se le ha ofrecido; es más que probable que en siete días no haya todavía acudido a la primera de las clases de evaluación o seguimiento; es casi seguro que en ese tiempo no haya planteado dudas y por tanto

comprobar la eficacia de las tutorías pactadas a distancia o in situ; y es más que probable que aunque en ese período haya apreciado alguna de esas deficiencias, la especial relación de confianza que se establece entre “profesor” y alumno le lleve a tomar la decisión de esperar con la convicción de que las cosas mejorarán cuando el curso contratado adquiera un poco de rodaje.

Por tanto, ya que desde un punto de vista legal no es posible abrir vías de interpretación normativa que permitieran ampliar el plazo de desistimiento, al ser éste fijado de un modo rígido para los contratos celebrados bajo ciertas circunstancias y no recoger las especiales características que concurren en los de enseñanza a distancia en cuanto a la indefensión del consumidor, soy partidario, amparándome en que la práctica totalidad de los laudos en esta materia son en equidad, de flexibilizar el plazo de desistimiento cuando, a juicio del colegio arbitral, así se estime justificado.

Aún comprendiendo la controversia que puede despertar esta opinión, y después de haber analizado bastantes de los laudos emitidos en la Junta Arbitral de Consumo de Aragón, quiero aclarar algunos aspectos:

- Que en todo momento estamos hablando de un plazo de desistimiento, es decir de un derecho que puede ser ejercido por el alumno sin necesidad de motivación alguna.

- Que por tanto no afecta a aquellos supuestos de incumplimiento grave por parte del empresario, ya que en tal caso estaríamos hablando de supuestos de anulación del contrato y no de desistimiento.

- Que en algunas ocasiones el plazo de desistimiento, a base de ser expuesto así por los centros de enseñanza, ha pasado de ser una garantía del alumno a una cláusula de exoneración de responsabilidad del empresario, al alegar estos que no cabe reclamación alguna al no haber sido ésta realizada en el plazo establecido para ello. Nuevamente hay que insistir en que los incumplimientos graves son causa de anulación del contrato en todo momento.

- Que la ampliación del plazo debe aplicarse con criterio restrictivo, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y al leal saber y entender del Colegio, y sin que en ningún caso pueda suponer indefensión para los centros de enseñanza, y limitado al tiempo imprescindible, a juicio del Colegio Arbitral, para que el alumno se forme un criterio sobre la valía del curso contratado y su relación calidad-precio.

Esta opinión, que por otra parte he observado que se sigue con más o menos entusiasmo, en los laudos que he examinado, es la que me parece correcta, en lugar de acudir a formulas de interpretación forzada de la norma, intentando aplicarla a supuestos para los que claramente no está prevista (como por ejemplo intentar aplicar las garantías en la venta de bienes de consumo al material didáctico facilitado por los centros de enseñanza, ya que en caso de que éstos no se ajustasen al fin propio del contrato estarían

amos ante un supuesto de incumplimiento y por tanto de anulación del contrato, o por ejemplo recurrir al principio general del derecho del enriquecimiento injusto ya que en este caso faltaría uno de sus requisitos esenciales como es la falta de causa, que claramente existe por ambas partes en el contrato de enseñanza a distancia).

2.- La forma de pago.

El segundo de los aspectos que más problemas suscita en relación con la resolución de los contratos de enseñanza a distancia es la forma de pago. Es corriente en estos contratos que el pago de los mismos se realice por adelantado, es decir antes del inicio de la prestación del servicio que se contrata. La razón de ser es lógica si tenemos en cuenta que la entrega de los materiales didácticos se realiza de una sola vez e inmediatamente después de suscribir el contrato, por lo que el empresario se vería amenazado con la suspensión del pago una vez el alumno tuviera éstos en su poder.

Naturalmente, en caso de incumplimiento del empresario, el alumno se encuentra con que ya ha abonado la totalidad del servicio y carece de la más poderosa herramienta para exigir el cumplimiento de las obligaciones a las que aquél se había comprometido: la suspensión del pago.

Aparte de al contado las modalidades de pago pueden ser varias:

Pago a plazos. El alumno podría suspender el pago aún no habiéndose declarado resuelto el contrato, comunicándolo fehacientemente al empresario.

Cesión de crédito. En este caso el centro de enseñanza cede su crédito a un tercero (entidad de crédito), que es quien reclama al alumno los pagos periódicos. El alumno podrá suspender el pago como en el caso anterior (excepción de incumplimiento), pero es necesario que antes comunique a la entidad financiera su voluntad de hacerlo a causa del incumplimiento del centro de enseñanza. El art. 11 de la Ley 7/195, de 23 de marzo, de créditos al consumo, establece que en caso de cesión, el consumidor tendrá derecho a oponer contra el tercero las mismas excepciones que le hubieran correspondido contra el acreedor originario.

Contratos vinculados. En estos casos el alumno celebra dos contratos; uno con el centro de enseñanza que paga al contado y otro de préstamo con una entidad de crédito que financia el anterior. El art. 15 de la citada ley establece que además de poder ejercitar los derechos que le corresponden frente al proveedor, podrá ejercitar esos mismos derechos frente al empresario que hubiera concedido el crédito, siempre que concurran los requisitos siguientes:

- Que el consumidor haya concertado un contrato de concesión de crédito con empresario distinto del proveedor.

- Que entre el concedente del crédito y el proveedor exista un acuerdo previo, concertado en exclusiva, en virtud se concederá crédito a los clientes del proveedor.
- Que el consumidor haya obtenido crédito en virtud de ese pacto.
- Que los bienes y servicios objeto del contrato no hayan sido entregados en todo o en parte o no sean conforme a lo pactado en el contrato.
- Que el consumidor haya reclamado judicial o extrajudicialmente por medio acreditado en derecho contra el proveedor sin obtener satisfacción.

Cuando el alumno presenta una reclamación ante la Junta Arbitral de Consumo correspondiente puede pretender o el cumplimiento de la obligación en los términos pactados en el contrato o la restitución total o parcial del precio del mismo. Nada se opone a que el laudo se pronuncie sobre ambos extremos en el caso de pago al contado o a plazos concertado con el proveedor del servicio de enseñanza. Pero en el caso de contratos vinculados el alumno debería formular reclamación contra la entidad financiera además de contra el centro de enseñanza y aquella difícilmente aceptaría someterse al procedimiento arbitral. Sin embargo el laudo sí puede pronunciarse en todos sus aspectos respecto al contrato principal suscrito con el centro de enseñanza y por consiguiente, en caso de apreciarse incumplimiento por parte del empresario, a la devolución total o parcial del importe del curso contratado; devolución con la que el alumno podrá cancelar el crédito que tuviera pendiente con la entidad financiera.

En resumen, el arbitraje de consumo, con todas sus limitaciones, aporta soluciones diferentes, mediante el juego que proporciona el arbitraje en equidad, que permiten flexibilizar la aplicación de las normas que regulan los contratos de enseñanza a distancia, adaptándolas a las circunstancias que concurren en ellas; flexibilidad que no permitiría el arbitraje en derecho.

CURSO MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

Nuevos retos del arbitraje
de consumo

MEDIACIÓN Y ARBITRAJE DE CONSUMO



Pilar Riera Sorolla

Secretaria de la Junta Arbitral de Consumo del
Ayuntamiento de Barcelona

MEDIACIÓN Y ARBITRAJE DE CONSUMO

Pilar Riera Sorolla

Secretaria de la Junta Arbitral de Consumo del Ayuntamiento de Barcelona

La Mediación y el Arbitraje son formas alternativas de resolución de conflictos entendiendo como tales las técnicas a las que el ciudadano puede acceder de forma voluntaria cuando le surgen conflictos en sus relaciones cotidianas a fin de conseguir la resolución de los mismos con carácter vinculante y al margen del proceso judicial.

Por consiguiente la voluntariedad es el requisito esencial en todas las modalidades de resolución alternativa de conflictos, ya que sin la avenencia de las partes implicadas no pueden tener ninguna validez las resoluciones a que se llegue. Esta sería una de las múltiples diferencias existentes con la justicia ordinaria, ante la cual se puede obligar a la contraparte a litigar.

La promoción y la implantación de técnicas alternativas de resolución de conflictos va ligada a la constatación de las ventajas que comporta, pero que al mismo tiempo, también conlleva limitaciones que hay que evaluar.

Una ventaja significativa sería el hecho de que se puede adaptar a las particularidades de cada controversia de una forma que no se puede hacer en el proceso judicial, también la rapidez, el coste, la confidencialidad, la especialización y los beneficios recíprocos que pueden obtener los litigantes, ya que al no tener dependencia de una jurisdicción ni una legislación determinadas, evita los conflictos de jurisdicción y leyes aplicables.

Sería erróneo afirmar que no existen limitaciones o inconvenientes en estos mecanismos. Conocer estos inconvenientes no desvirtúa de modo alguno estas técnicas sino que facilitan una buena praxis para el desarrollo de los mismos. Una limitación podría

ser la relativa novedad de estas técnicas que pueden crear en las partes unas expectativas erróneas, así como la libertad de formas que puede suponer un riesgo de caer en una falta de garantías o en una forma de actuación poco clara entre las partes.

Antes de comentar la práctica de la mediación en la Junta Arbitral de Barcelona quisiera hacer una breve distinción entre lo que entendemos por mediación y por conciliación.

Teniendo en cuenta que la mediación y la conciliación son el primer filtro por el que los conflictos de consumo pasan, y de su buen funcionamiento depende en gran medida que el sistema arbitral pueda seguir ofreciendo eficacia y agilidad sin empezar a sufrir saturaciones.

Si analizamos los textos de consumo, básicamente dedican la atención a la resolución de los conflictos a través de la figura del arbitraje sin entrar en el desarrollo expreso de otros conceptos como mediación o conciliación.

Sin embargo la Resolución del Consejo de la Unión Europea recomienda a los estados miembros la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo a través de vías alternativas, tanto de arbitraje como de mediación y conciliación.

El profesor estadounidense Robert Conlsum en unas jornadas sobre justicias alternativas celebradas en el Tribunal Arbitral de Barcelona señaló que la mediación y la conciliación eran sistemas tremendamente eficaces para resolución de problemas siendo un sistema muy empleado en EEUU donde ambos términos, mediación y conciliación se consideran equivalentes. No habría ninguna distinción entre ellos.

Estudiando a otros autores como por ejemplo la profesora Urine Ordanza Zubietu, separa los conceptos de mediación y conciliación y entiende como **conciliación** el sistema de solución de conflictos en el que una tercera personal neutral ve a las partes en disputa por separado, lleva y trae ofertas y opciones de las mismas, a veces hace sugerencias, y otras veces incluso recomienda propuestas amistosas.

La experiencia de la Junta se inclinaría más por esta última tesis, considerando que, Conciliación y Mediación son procesos de resolución de conflictos distintos, aunque existen una serie de características comunes a ambos procesos como:

Siempre llevan consigo la intervención de un tercero.

Son procedimientos voluntarios

Son procedimientos públicos.

Son procedimientos gratuitos.

Y que aunque no está regulado, las cuestiones excluidas del Arbitraje de Consumo creo que serían extrapolables también a la mediación y conciliación.

Entendemos que sería conciliación los procesos llevados a cabo, en algunos casos, por las Omics en los cuales se solicita a la parte reclamada que aporte alguna solución al conflicto, como también las conciliaciones previas al arbitraje que se llevan a cabo en las Juntas Arbitrales.

En cambio como **mediación** entendemos aquel procedimiento informal en el que **un tercero neutral (mediador)** trata de facilitar la comunicación entre las partes implicadas en el conflicto, asistiendo a los litigantes a definir y clarificar resultados reduciendo obstáculos y explorando posibles soluciones.



Es un procedimiento que da capacidad a las partes para enfrentar y pactar sus propios conflictos. La incorporación de un tercero mediador al sistema de relaciones sirve para ayudar la comunicación entre ambas partes, ya que muchas veces la mera presencia de este tercero independiente puede suponer un elemento desbloqueador de la situación en que se encontraban las partes. El mediador tiene control estricto sobre el proceso, pero no sobre el contenido.

En todo proceso mediador existen unos principios éticos que afectan a toda la relación establecida entre el mediador y las partes implicadas.

Estos principios éticos se basan en ideales como: la igualdad, la imparcialidad, la justicia, la integridad, la autonomía de las partes, la confianza, la paz y el derecho al desarrollo de la persona.

Toda persona debe ser tratada con respeto y no ser discriminada bajo ninguna circunstancia.

Nadie debe ser coaccionado para formar parte o para involucrarse en el proceso de mediación.

El anonimato de las partes debe protegerse y la confidencialidad del contenido del conflicto debe preservarse en función de los principios adoptados por el servicio de mediación.

Los mediadores/as deben mantener de forma clara los límites entre mediación y otras formas de intervención en conflictos como consultores, consejeros o representantes de los intereses de cualquiera de las partes involucradas.

Los mediadores/as deben buscar el método para potenciar la autonomía plena de las partes y mantenerse imparciales frente a los objetivos y resultados de la mediación.

Los mediadores/as deben tratar a todas las partes de forma justa y servir sus intereses de forma igualitaria.

Los mediadores/as deben ser conscientes de sus propios valores y prejuicios, y esforzarse para evitar comportamientos discriminatorios.

Los mediadores/as deben reconocer sus propias limitaciones con relación a sus conocimientos y competencia profesional, sobre la base de sus valores y experiencia y ser conscientes de que esto puede afectar negativamente a su capacidad para mediar en ciertas circunstancias.

Además de estos principios éticos prevalecen unos requisitos generales indispensables para todo proceso de mediación que el mediador debe adoptar y aplicar durante el proceso. Detallar todos estos requisitos sería demasiado extenso por lo que me ceñiré a algunos de los más significativos como pueden ser:

Al inicio del proceso

Acordar con las partes las condiciones y límites de la mediación.

Planear cada etapa del proceso.

Durante la mediación

Ayudar a las partes a que, de forma clara, identifiquen sus respectivos intereses.

Asistir a las partes para que construyan sus propios acuerdos.

Una vez terminado el proceso

Revisar el acuerdo a que se ha llegado

Respetar el principio de confidencialidad en relación a las partes implicadas.

Es de destacar el gran auge que esta adquiriendo la mediación como instrumento de resolución de conflictos de toda índole a nivel mundial, europeo y cada vez mas dentro del territorio español. En Argentina según la información recibida en unas jornadas

celebradas en Barcelona sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos, la mediación está tan introducida que, en algunas materias, es obligatoria como paso previo a la vía judicial. En Catalunya se están llevando a cabo mediaciones, como medida alternativa antes de recurrir a los Tribunales, En el ámbito familiar y de acuerdo con la “Llei de Mediació Familiar”, se efectúan mediaciones siempre a instancia de las partes para temas de guarda y custodia, alimentos, visitas, etc. y a falta de desarrollo del Reglamento pueden ejercer de mediadores tanto abogados como psicólogos o asistentes sociales.

La mediación juvenil, “Llei de Justícia Juvenil” va dirigida a jóvenes de entre 14 y 17 años y consiste básicamente en el asesoramiento a las instancias judiciales de las circunstancias sociales, familiares y personales de los jóvenes encausados. Recientemente se ha puesto en marcha el estudio para posterior creación de la figura de mediador infantil para tratar de solucionar los conflictos que se producen en las escuelas en la convivencia entre niños.

El Ayuntamiento de Barcelona está llevando a cabo, por su parte, un proyecto piloto de creación de oficinas de gestión alternativa de conflictos en algunos distritos.

El objetivo del proyecto es la creación de un Servicio Municipal de Gestión Alternativa de Conflictos pretende solucionar una serie de peticiones ciudadanas para las cuales actualmente no hay una respuesta tan eficaz como sería deseable, y ejercer a la vez de complemento del resto de mecanismos de atención al ciudadano que actualmente operan en el seno de la Administración municipal.

Se trata, en suma, de llenar un vacío existente en los sistemas de respuesta a manos de la Administración para facilitar una solución de las disputas y los conflictos que tienen lugar entre los ciudadanos en el uso y disfrute de los espacios comunes o en la convivencia cotidiana.

La filosofía del proyecto reside en el hecho de que el volumen total de trabajo que asume la Administración local no aumente a causa de la creación de este nuevo servicio. Lo que pretende es derivar hacia la mediación una serie de conflictos que, de otra manera, acabarían en otra oficina municipal (Guardia Urbana, Departamento de Calidad, OAC, etc.) o bien evolucionarían hasta estallar y hacer necesaria la intervención a gran escala de la Administración (aparición de patrullas ciudadanas, de pancartas de protesta, etc.)

Para poner en marcha el proyecto la idea subyacente a esta experiencia es la de poner a disposición de los distritos una persona (mediador) que ofrezca a los vecinos, de manera individual y/o colectiva, la posibilidad de plantear los problemas de convivencia que tengan con otros vecinos, tanto si se trata de personas físicas como jurídicas, siempre que:

no resulte legalmente obligatorio el acudir a la vía judicial.

no haya una violación de las ordenanzas municipales.

no se trate de reclamaciones manifiestamente infundadas la aceptación de las cuales implique un menoscabo de los derechos ajenos.

El mediador decidiría si la mediación resulta procedente o no y llevaría a cabo todos aquellos actos que considerara convenientes, dentro de una gradación que parte de una simple carta exponiendo las quejas formuladas a su causante hasta la convocatoria de las partes a reuniones con la finalidad de propiciar un acuerdo que ponga fin al conflicto.

La creación de este nuevo servicio se enmarca dentro de un plano más amplio para llevar a cabo, algún día, la creación de una auténtica Justicia Municipal, de acuerdo con las previsiones de la Carta Municipal, Llei de Barcelona que se encuentra en estos momentos en Madrid en negociaciones con los partidos para posteriormente presentarla en el Congreso de los Diputados para su aprobación

La Junta Arbitral de Barcelona viene realizando mediaciones y conciliaciones desde el año 1998, porque creemos muy positivo el poder resolver los conflictos de consumo además de a través del arbitraje con un proceso de negociación, ya que en muchos casos las partes que ya han intentado negociar entre ellos y no han llegado a una solución.

Durante las jornadas que se celebraron en La Rioja, se expusieron por parte de varias Juntas Arbitrales, las razones de porqué no realizaban mediaciones en sus Juntas y los motivos que daban eran principalmente de infraestructura y de índole eminentemente práctica.

Dedicación de tiempo a labores de mediación en detrimento del resto de actividades de la Junta Arbitral.

Falta de personal.

Separación de funciones mediadoras y decisivas ya que el mediador queda imposibilitado para actuar luego en el Colegio Arbitral.

Creo que existen estas limitaciones ya que el problema económico y de falta de personal afecta a la mayoría de Juntas Arbitrales. No obstante a la vista de los ventajosos resultados obtenidos con esta practica creo que seria aconsejable tratar de encontrar algún medio para poder compatibilizar dentro de la Junta las labores de mediación, por ejemplo, designando a una persona para ejercer solo los temas de mediación, la cual, no actuará posteriormente si la mediación no llega a buen término.

En el sistema que seguimos para efectuar mediaciones en la Junta Arbitral de Barcelona no solicitamos la petición previa del reclamante para aplicar la mediación, ya que al no estar regulado jurídicamente su procedimiento consideramos que hay factores

más determinantes que nos hacen decidir el camino de la mediación o del arbitraje, ya que en muchas ocasiones creemos que el consumidor elige uno u otro sistema sin saber en realidad que está escogiendo.

No obstante una vez se ha decidido que la reclamación va por esa vía se pide la aceptación de la misma a las dos partes.

Derivamos en general a mediación, las reclamaciones contra sectores empresariales que generalmente son reacios al arbitraje, por considerar, en estos casos, la mediación más productiva y así lo hemos experimentado en cuanto a resultados obtenidos.

Las reclamaciones presentadas en la Junta Arbitral, cualquiera que sea su procedencia, OMIC, asociación de consumidores o bien directamente de la Junta, una vez examinadas y en función del contenido de las mismas, de la identidad de la parte reclamada (profesionales, técnicos, etc.), en ocasiones incluso del importe económico o de cualquier otro motivo que se pueda producir, optamos por la vía de la mediación.

Derivamos también a mediación las reclamaciones que, si bien se iniciaron como arbitraje, al recibir la respuesta de la parte reclamada consideramos que, porqué así lo manifiestan, o por el contenido de la misma, se puede resolver satisfactoriamente por esa vía.

El procedimiento empleado es simple, una vez decidida la tramitación de la reclamación por la vía de la mediación se envía un escrito a ambas partes explicando qué es la mediación, ventajas que puede tener a la hora de solucionar sus conflictos y se les solicita que emitan por escrito las alegaciones y propuestas que estimen convenientes, una vez recibidas se les cita a la asistencia de una sesión con la presencia del mediador.

En el transcurso de la sesión, las partes exponen sus puntos de vista, el mediador procura acercar posturas, aunque son siempre las partes las que llegan a una propuesta o acuerdo que el mediador plasma en el acta de la sesión, que firman ambas partes, teniendo el carácter de acuerdo privado regulado específicamente en el Código Civil, y en caso de incumplimiento se puede acudir a la vía jurisdiccional, no hemos tenido ningún caso en el que no se haya respetado el acuerdo.

Por la experiencia de los años que llevamos practicando la mediación, destacaría de forma resumida, las ventajas que representa frente al arbitraje.

Representa una ventaja económica ya que no es necesario constituir ningún colegio arbitral ya que el mediador forma parte del personal de la Junta, en nuestro caso.

Es un sistema más ágil y más flexible ya que no tiene un desarrollo normativo expreso.

Las partes, al participar de forma activa en el acuerdo final se sienten más satisfechas y nunca padecen lo que se podría llamar “síndrome del perdedor”.

En la Junta Arbitral de Consumo de Barcelona, durante el año 2004, de las 3.323 reclamaciones que hasta el 1 de octubre de 2004 se han presentado, se han canalizado hacia el proceso de mediación 287, de las cuales en 135 casos han aceptado la propuesta de mediación ambas partes, de los cuales en 93 casos se ha llegado a un acuerdo.

Los sectores a los que deriva generalmente la mediación son:

Agencias matrimoniales e institutos de belleza, por considerar que el contenido de la reclamación debe tratarse de una forma más privada.

Taxistas que aunque son casos “atípicos” al ser la reclamación de particular contra particular, al aceptar el Instituto Metropolitano del Taxi la mediación, hemos resuelto casos por este procedimiento, sobre todo, en cuanto a la identificación del taxista por parte del usuario.

Comunidades de propietarios se han resuelto temas por esta vía, de desacuerdos de la Comunidad de Propietarios con algún propietario o viceversa.

Como conclusión diría que, este breve comentario sobre mediación y conciliación que he expuesto, está basado en la práctica y experiencia de nuestra Junta Arbitral, pero que, indiscutiblemente está abierta a cualquier sugerencia ya que dado lo novedoso y la escasa legislación sobre la materia puede estar sujeto a muy diversas interpretaciones.

CURSO MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

Nuevos retos del arbitraje
de consumo

EL FOMENTO DEL ARBITRAJE DE CONSUMO



Concepción Martín Benítez

Presidenta de la Junta Arbitral de Consumo Provincial de Huelva

EL FOMENTO DEL ARBITRAJE DE CONSUMO

Concepción Martín Benítez

Presidenta de la Junta Arbitral de Consumo Provincial de Huelva

En primer lugar quiero agradecer en nombre de La Diputación Provincial de Huelva la deferencia que ha tenido la organización de este Curso en invitar a la Junta Arbitral Provincial de Huelva a participar en este interesante encuentro.

D)INTRODUCCIÓN: MARCO HISTORICO Y LEGAL

Para situarnos un poco les diré que Andalucía tiene una población de 7.606.848 habitantes y una extensión de 10.148 Km. Cuadrados.

Existen en funcionamiento 20 Juntas Arbitrales de Consumo situadas geográficamente de la siguiente forma:

- 1 Junta Arbitral Regional en la Capital de Andalucía.
- 8 Juntas Arbitrales en todas las Capitales de Provincia.
- 8 Juntas Arbitrales en todas las Diputaciones Provinciales.
- 3 Juntas Arbitrales en pueblos de gran población de Andalucía.

En cuanto al proceso histórico de creación de la Junta Provincial de Huelva, tengo que decir que la misma se constituyó en diciembre de 1999, siendo por tanto una Junta Arbitral relativamente nueva, con sólo cinco años de funcionamiento. Con anterioridad

yo, personalmente, formé parte de la experiencia piloto que se llevó a cabo en 1986, en aquel entonces desde la O.M.I.C. del Ayuntamiento de Huelva.

La Junta Provincial Arbitral de Huelva atiende a una población de 327.615 habitantes distribuida en 79 Municipios; siendo unos de nuestros objetivos más importantes **la difusión y el fomento del Sistema Arbitral de consumo**, es decir que el mismo llegue a todos los ciudadanos de nuestra Provincia, en cumplimiento de lo establecido en el art. 14 de nuestra Constitución del que se desprende, que nadie puede ser discriminado, entre otros motivos, y en cuanto a lo que aquí nos interesa, por su situación geográfica.

Para conseguir este objetivo de difusión y fomento nos pusimos en contacto con las siguientes entidades:

Asociaciones Empresariales.

Los Ayuntamientos de la Provincia.

Los medios de comunicación, locales y Provinciales.

Gestorías o agentes locales en los municipios.

En cuanto al marco legal del tema que nos ocupa, y objeto de la presente conferencia, contamos con la siguiente regulación:

Por un lado, **la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/84) que en su artículo 31 punto 2 establece que:**

“El sometimiento de las partes al sistema arbitral, será voluntario y deberá constar expresamente por escrito”.

Por otro lado, **La Ley 13/03 de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, que establece en su artículo 98:**

“sin perjuicio de las competencias de las restantes Administraciones Públicas, corresponde a las Diputaciones Provinciales Andaluzas:

El fomento, divulgación y en su caso gestión del sistema arbitral de consumo, en colaboración con la Comunidad Autónoma, en los términos previstos en la legislación vigente”.

Y por último, **El Real Decreto 636/93 por el cual nos seguimos rigiendo, con la salvedad de la referencia en su artículo primero a la antigua Ley de Arbitraje (Ley 36/88), y que establece en su:**

Artículo nº4

“Las Juntas Arbitrales de Consumo desempeñan las siguientes funciones:

a) El fomento y la formalización de convenios arbitrales, entre consumidores y usuarios y quienes produzcan, importen, suministren o les faciliten bienes o servicios.

c) Confeccionar y actualizar el censo de las empresas que hayan realizado las ofertas públicas de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo en su ámbito territorial, con expresión del ámbito de la oferta. Éste censo será público.”

Y en su **Artículo nº 7 establece que:**

Las Juntas Arbitrales de Consumo otorgarán un distintivo oficial, a quienes realicen ofertas públicas de sometimiento al Sistema Arbitral de Consumo.

Cada Junta Arbitral de Consumo dispondrá de un libro, debidamente numerado, en el que se hará constar los datos de las Empresas o entidades que dispongan de dicho distintivo, el cual tendrá las características que figuran en el anexo de ésta disposición.



La renuncia de la oferta pública de sometimiento Arbitral, se comunicará, a la Junta Arbitral a través de la cual se ha formalizado la oferta, por escrito o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, y conllevará la pérdida del derecho a ostentar el Distintivo Oficial, desde la fecha de comunicación de dicha renuncia.

El otorgamiento de los Distintivos a las empresas y su renuncia por éstas, se plasmará en el Diario Oficial que corresponda a dicha Junta.

Con respecto a éste último artículo del Real Decreto y concretamente en lo relativo a los puntos 3 y 4, habría que plantearse las siguientes incógnitas y el modo de resolverlas.

Por ejemplo, las empresas adheridas, son muchas las veces, que cambian de actividad, o de razón social, o simplemente que cierran el establecimiento. ¿Cómo nos podemos enterar nosotros de estos cambios? quizás lo lógico sería que nos lo comunicaran, pero lo cierto es que no lo hacen. Y por otro lado, a los que se dan de baja y nos lo comunican ¿quién les quita el Distintivo Oficial?.

Es cierto, que está contemplado en el Real Decreto que las bajas se publiquen en el Diario Oficial de la Provincia. Pero, también es cierto que, a efectos prácticos, el usuario sigue viendo el distintivo en el escaparate del establecimiento, hecho que puede llevar a error y que creo, podría estar encuadrado en el marco de la publicidad engañosa, siendo motivo de sanción. Mi pregunta es si esta sanción está siendo aplicada en algún sitio por la autoridad competente.

Por otro lado, y en cuanto a las notificaciones, dentro del procedimiento, supone otro problema, porque son repetidas las veces que nos encontramos, que notificamos al reclamado adherido y nos contestan, que ya no lo están, o que han cambiado de personalidad jurídica y por ejemplo, antes eran Sociedad Limitada y ahora son Comunidad de Bienes.

Si bien es cierto que la Instrucción 1/01 SAC del Instituto Nacional del Consumo, regula la RETIRADA DEL DISTINTIVO A EMPRESAS ADHERIDAS AL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO QUE ACTÚAN FRAUDULENTAMENTE, hay que tener en cuenta que a nivel práctico, la problemática sigue siendo la misma, porque esta Instrucción se refiere al caso concreto de que exista una actividad fraudulenta en el cumplimiento de los laudos. Hecho que es fácil de detectar por la Junta Arbitral de Consumo del Ámbito competente. Pero... y en los demás casos, ¿cómo detectamos que han cambiado de personalidad, que ha habido un cierre, o simplemente que no quieren seguir adheridos al Sistema?. ...y materialmente ¿quién sería la persona competente para retirar el Distintivo? Un policía local, un inspector o tenemos que ir los Presidentes de las Juntas Arbitrales a retirarlos...

De toda esta problemática mencionada se deriva además, la dificultad de tener actualizado el censo de Empresas Adheridas tal y como requiere el Real Decreto.

Una solución podría ser, por ejemplo, la inclusión en el compromiso de Adhesión de Empresas de una cláusula, en virtud de la cual los empresarios adheridos se comprometiesen a comunicar, a la Junta Arbitral correspondiente, cualquier cambio en el compromiso de Adhesión, ya sea el cambio de personalidad jurídica, el cambio de actividad o el cambio de la dirección del establecimiento como Empresa.

II) ACUERDO DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

El Pleno del Congreso de los Diputados el 9 de Diciembre de 1997 aprobó el acuerdo siguiente:

“Instar al Gobierno a adoptar, en el plazo máximo de un año, cuantas medidas considere, en aras de promover y conseguir la adhesión de las empresas públicas estatales, empresas en cuyo capital participe el estado, o aquellas de titularidad privada que hayan asumido por cualquier mecanismo la prestación de un servicio público, al **sistema de**

arbitraje de consumo, para conseguir un más eficaz nivel del sistema de protección de los consumidores.

A tal efecto, dará instrucciones a los miembros representantes de la Administración del Estado en los consejos de Administración de las empresas públicas estatales o con participación estatal para que aquellos acuerden la adhesión.

Además, se establecerá (según dicho acuerdo) entre los criterios para la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos, la citada adhesión”.

Es de destacar que éste acuerdo no se haya llevado a cabo, en todas las Administraciones del Estado, ya sean nacionales, Autonómicas o locales.

La divulgación de este acuerdo y su puesta en marcha hubiera supuesto un enorme avance para el proceso de adhesión de Empresas y para el Arbitraje en general.

La finalidad de estas Jornadas, considero que es que con la ayuda de unos y otros vayamos avanzando, ahora bien tengo que advertir que lo considero una dejadez por parte de quien le correspondía la divulgación del Acuerdo.

Por todo ello nuestra labor, es aún más dificultosa, de lo que debiera, ahora bien, no hay que desanimarse, por estas trabas u omisiones, ya que las mismas nos tienen que llevar a trabajar con más esmero y más ilusión que nunca. Me daría por satisfecha si saliéramos de aquí, con el compromiso de comunicárselo a nuestros políticos, que a veces no por incompetencia, sino por desconocimiento, dejan de llevar a la práctica estos acuerdos tan beneficiosos para el tema que aquí nos ocupa: El fomento del Sistema Arbitral de Consumo.

III) TRABAJO CON LAS ASOCIACIONES EMPRESARIALES

El día que constituimos, La Junta Arbitral Provincial, 13 de Diciembre del 1999. Fueron invitados al acto, entre otros, las Asociaciones Empresariales.

En nuestra Provincia existe la Federación Onubense de Empresarios (F.O.E.) y las Asociaciones de pequeñas y medianas empresas (A.P.Y.M.E.).

Anualmente organizamos Jornadas de Arbitraje que han estado dirigidas a los consumidores, al personal de la Administración que trabaja en consumo y a los empresarios. Éstos últimos han colaborado en las Jornadas directamente, no sólo en el acto de apertura, sino en mesas redondas dónde expresaban su opinión junto con las otras partes en que se sustenta el arbitraje, es decir Administración y consumidores.

Para fomentar el arbitraje, le propusimos a la F.O.E. enviar a sus asociados una carta conjunta, comunicando por un lado, la puesta en funcionamiento de la Junta

Arbitral Provincial, solicitando, por otro, su adhesión al Sistema, y por último anunciándoles la visita de un técnico de la Junta arbitral, con la finalidad de proceder a la firma del correspondiente protocolo.

Ésta carta estaba firmada, por la Presidenta de la Junta Arbitral y por el Secretario General de la F.O.E.

Reconozco que fue un trabajo duro, llegamos a adherir 757 empresas. Hoy tengo que decir que no me arrepiento de la función desempeñada en esos momentos, ya que me otorgó la posibilidad de compartir un trato muy cercano con los empresarios y poder conocer qué era lo que ellos esperaban del Sistema Arbitral.

Las expectativas de los empresarios, además de las bondades del Sistema, eran la publicidad gratuita y la posibilidad de reconvenir, posibilidad, que aunque en el Real Decreto 636/93, no se contempla, nosotros la practicamos casi desde nuestros comienzos como Junta Arbitral.

Sí tengo que matizar que aunque estoy a favor de la reconversión no estoy de acuerdo con que el arbitraje se pueda instar por las Empresas. Ya que no podemos olvidar que somos consecuencia, como Junta arbitral del desarrollo del artículo 31 de la Ley General de Consumidores y Usuarios, y que por tanto nuestro procedimiento debe ser a instancia de éstos últimos. En caso contrario se desvirtuaría el espíritu del Arbitraje, porque las Empresas podrían utilizarlos, como en el caso de determinados arbitrajes privados, para gestionar sus cobros y por otro lado habría una masificación de reclamaciones de Empresa y ello nos podría llevar a morir de éxito.

IV) RELACIÓN CON LOS AYUNTAMIENTOS

Para el fomento del arbitraje en la Provincia, entendimos que era imprescindible la colaboración con los Ayuntamientos de las localidades en las que íbamos a iniciar la campaña de difusión y adhesión de empresas.

Esta colaboración se consiguió a través de diversas actuaciones, en primer lugar la visita al Alcalde y/o Concejales con competencia en Consumo, en segundo lugar concertamos una intervención en la televisión local, o vídeo comunitario, en la que explicábamos el funcionamiento del Arbitraje y sus atractivas ventajas, tanto para los consumidores, como para los empresarios.

Este mensaje se transmitía a los ciudadanos, no solamente por el personal técnico, sino también por los propios políticos representantes de la población y elegidos por la misma.

También se anunciaba mi visita a la empresa, con lo cual, cuando pedía una cita, ya no les era yo, una persona extraña, ni les era extraño el arbitraje, evitando así el rechazo a lo desconocido.

A continuación, acometíamos una fuerte difusión del folleto explicativo y de empresas adheridas, en toda la localidad.

El objetivo que procurábamos se consiguió ya que cuando yo visitaba, personalmente, a los empresarios, ya estaban informados, aunque fuera levemente de lo que era el arbitraje.

Casi nunca se plantearon problemas por parte de la Empresa para adherirse. Tampoco existieron dificultades con respecto a las limitaciones a la oferta.

Los empresarios tan sólo desconfiaban del carácter gratuito del Sistema, pero cuando les explicaba, que era un servicio más que se prestaba desde la Diputación Provincial, y que ya estaba pagado con sus impuestos, me llegaban a decir ¿por qué no ha venido Usted con anterioridad?.

Una de las mayores ventajas que contemplaron los empresarios les podía ofrecer la Adhesión al Sistema era no tener que enfrentarse directamente con el consumidor, debido a las relaciones tan estrechas que existen en los pueblos entre empresarios y consumidores, y para ellos suponía un consuelo el poder decir a sus clientes que estaban adheridos y se someterían a lo que dictaminara el Colegio Arbitral.

Otros incentivos para los empresarios de la adhesión al Sistema serían la **Publicidad para su Empresa** que podían adquirir y la posibilidad de reconvenir en las reclamaciones planteadas.

V PUBLICIDAD DE LAS EMPRESAS ADHERIDAS

En cuanto a la publicidad de las Empresas Adheridas, en todos los pueblos que hemos hecho la campaña de adhesión, hemos procedido de la siguiente manera: Una vez que teníamos un grupo considerable de empresas adheridas, contratábamos con el vídeo comunitario de la población, la difusión de dichas empresas.

Por otro lado, aprovechando las fiestas del pueblo, realizábamos una página de la revista que lanzaba el Ayuntamiento, con ocasión de la festividad, con la finalidad de difundir el arbitraje y a la misma vez dar publicidad a las empresas que estaban adheridas. A efectos prácticos, es importante que la factura de esta publicación la emita la imprenta que elabora la revista, ya que el Ayuntamiento no puede emitir facturas y nosotros las necesitamos para poder justificar el importe de la difusión.

Otra forma de publicidad, difusión y de alguna forma de fomento, ha sido a través del periódico local que algunas poblaciones tienen. En este medio, el procedimiento ha sido el mismo que el anteriormente explicado para la revista. Ambos medios de difusión son gratuitos para el consumidor y repartidos por el Ayuntamiento. Permitiendo así que la difusión llegue a todos los hogares.

Con posterioridad a la realización de estas campañas en los pueblos siempre recibíamos llamadas de los empresarios, manifestándonos su intención de adherirse al Sistema porque habían visto la publicidad realizada. Esta demanda ya era suficiente para justificar y considerar exitosa nuestra actuación.

Sí quiero dejar patente que para la realización de esta campaña es imprescindible la estrecha y cordial colaboración con los Ayuntamientos de los pueblos.

La difusión a nivel general de todos los empresarios adheridos de la provincia, la realizábamos elaborando a finales de año un boletín con todas las empresas censadas en ésta Junta Arbitral, aprovechábamos para adjuntar a este censo, el folleto de divulgación e información de esta Junta Arbitral, con la intención de que los ciudadanos conocieran también el funcionamiento del procedimiento Arbitral.

Con éste folleto, elaborado a final de cada año, hacemos un encarte en el periódico local de mayor difusión, aprovechando la época de navidad y aquellos días que presumimos hay una mayor tirada, coincidiendo, por ejemplo, con el día en que el periódico regala una pequeña participación de la lotería de navidad.

En estas publicaciones junto a la felicitación por navidad a los ciudadanos, les informamos del número de empresas adheridas hasta el momento, e invitamos a nuevos empresarios a adherirse al Sistema.

VI MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Con todo lo anteriormente expuesto queda patente el papel tan importante que tienen los medios de comunicación en la difusión y en el fomento del Arbitraje. Por esta razón, y para reducir costes no nos hemos limitado a utilizarlos por nuestra cuenta, sino que hemos intentado llegar más lejos.

En Junio del año en curso, propusimos a una televisión local, que tiene cobertura en casi toda la provincia, la realización de un programa semanal, sobre temas de consumo.

Promoviendo para ello, la firma de un convenio de colaboración entre distintas entidades:

La Diputación Provincial.

La Delegación del Gobierno en Huelva de la Junta de Andalucía.

La Unión de Consumidores en Huelva (U.C.E)

Huelva Información y Televisión.

Una de las importantes ventajas de este convenio de colaboración, es que, en general, no tiene coste alguno. Los programas se emiten los jueves y sábados por la noche. Al mismo comparecen, cuando es necesario, según los temas a tratar, responsables políticos.

Otra de las ventajas de esta difusión, es que durante los minutos del intermedio, conseguimos, como promotores de la idea, que se divulgara información sobre el servicio de Arbitraje que se ofrece desde la Diputación Provincial y sobre los beneficios de la adhesión al Sistema. Aunque este spot teníamos que pagarlo, el coste es mínimo en comparación con las ventajas que el mismo nos reporta. Por último al final de cada programa, cada día de emisión, sale la relación de los empresarios adheridos de un pueblo concreto de nuestra Provincia. Ésta relación de pueblos también es gratuita.

Con todo ello hemos conseguido que por un coste muy reducido, haya una **Información, divulgación y fomento** del Arbitraje bastante importante para nuestros objetivos.

VII CAMPAÑAS DE ADHESIÓN DE EMPRESAS

Como ya he comentado anteriormente, en la actualidad, debido al resto de actividades que desempeño en la Junta Arbitral como presidenta, me es totalmente imposible, visitar a los empresarios uno a uno, es por este motivo, por el que contratamos una empresa, que se dedicaba a la adhesión a nivel nacional. Este contrato de servicio, se realizó para una comarca en concreto y los resultados, según mi criterio, no fueron muy satisfactorios.

Fue por ello, por lo que me plateé la idea de contratar a Gestorías Locales, con un presupuesto previo y con un compromiso, en principio, de adherir a 50 empresas en sus pueblos, por un plazo de dos meses.

Las ventajas que nos reporta esta actuación con las Gestorías son las siguientes:

- 1º Se trata de profesionales que conocen y tratan con muchas empresas.
- 2º Las Empresas tienen confianza en lo que las gestorías les propone.
- 3º A nosotros como Junta Arbitral nos resulta mucho más económico.

El funcionamiento de estas gestorías es satisfactorio, ya que nos encargamos de transmitirles el espíritu del Arbitraje, dándoles una serie de directrices a seguir. Por otro lado, como el plazo del contrato de servicio es breve, esto nos permite cambiar de gestoría en el caso de no quedar satisfechos.

Estamos en una fase experimental, en este barco del Arbitraje, en que hasta la travesía es nueva, y en el que todos los días nos encontramos con un nuevo reto. Y tenemos que tener presente, que incluso equivocándonos, estamos haciendo camino.

Mi ponencia no ha tenido más interés, que el contar la experiencia de lo que estamos haciendo en nuestra Junta Arbitral, con ello no he querido decir que estemos en lo cierto. Ahora bien, si en algo os he podido ayudar y con lo que me llevo de vuestras propuestas, doy por acertada la asistencia a esta, vuestra invitación.

Muchas Gracias.

CURSO MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

**Nuevos retos del arbitraje
de consumo**

**LA COOPERACIÓN DE LAS OMIC EN
EL ARBITRAJE DE CONSUMO**



Eduardo Mora Cabo

Secretario de la Junta Arbitral de Consumo de Castilla-La Mancha

LA COOPERACIÓN DE LAS OMIC EN EL ARBITRAJE DE CONSUMO

Eduardo Mora Cabo

Secretario de la Junta Arbitral de Consumo de Castilla-La Mancha

1.-LA COMPETENCIA DE LA ADMINISTRACION LOCAL EN MATERIA DE CONSUMO

1.1 PLANTEAMIENTO INICIAL

Si nos fijamos en nuestro quehacer diario como profesionales relacionados en cuestiones relacionadas con el consumo, inmediatamente extraeremos una conclusión evidente: la enorme ambigüedad, la escasa concreción al trabajar sobre un asunto en lo que constituye la defensa del consumidor.

Este está protegido en muchas facetas que no están configuradas formal y explícitamente como defensa del consumidor sino que la mayoría de las ocasiones viene plasmada como intervención administrativa en los más diversos sectores como puedan ser : turismo, vivienda, transportes, seguros, banca, publicidad, etc, pero es que además, en cada uno de estos campos suele haber normas sobre distribución de competencias. Así la frontera de las competencias administrativas en materia de protección al consumidor llegan a presentar picos o entrantes cuando no, como en algunas ocasiones llegan a difuminarse. Para ello, basta una lectura de la normativa al respecto para darnos cuenta de ello.

LA ATRIBUCION NORMATIVA DE COMPETENCIAS

El artículo 137 de la Constitución además de dibujar la organización territorial del Estado garantiza la autonomía de los Entes Locales para la gestión de sus respectivos

intereses pero no señala cuales son éstos , ni siquiera realiza una enumeración de mínimos. Por tanto tenemos una dificultad añadida delimitar cuales son esos intereses respectivos.

Como en otras muchas ocasiones habrá que acudir a la jurisprudencia y en este caso la del Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Carta Magna para aclarar este concepto. Se viene considerando que por intereses respectivos no podemos entender una delimitación taxativa de materias que por definición se consideren propiamente locales, sino que muchas materias o actividades son susceptibles de convertirse en locales desde el momento en que afectan a los ciudadanos como miembros de una comunidad municipal.

Ahora bien, desde un punto de vista concreto y desde el punto de vista material del consumo y funcional de las Omics, poco aclara esta afirmación.

Si de entidades locales estamos hablando, vayamos a la legislación local.

El artículo 25.2 de la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local atribuye competencia a los municipios en las siguientes materias:

“g) *Abastos, mataderos, ferias mercados y defensa de usuarios y consumidores.*”

Ha de ser la Ley 26/1984 General de los Consumidores y Usuarios en su artículo 41 la que aluda por primera vez a la existencia o creación de las OMIC al señalar que corresponde a las Corporaciones Locales

“1.- *La información y educación de los consumidores estableciendo las oficinas y servicios correspondientes de acuerdo con las necesidades de la localidad*”

2.-FUNCIONES DE LAS OMICS EN RELACION CON EL ARBITRAJE DE CONSUMO

Las funciones de las OMIC directamente relacionadas con el arbitraje de consumo hay que buscarlas primeramente en la legislación estatal y posteriormente en la legislación autonómica.

Legislación estatal.- Art. 14.2 de LGCU que señala “*las oficinas de información de titularidad pública.....podrán realizar tareas de educación y formación en materia de consumo y apoyar y servir de sede al Sistema Arbitral de Consumo.*”

Legislación autonómica.- El tratamiento que se hace de la actividad de las Omics en los respectivos Estatutos del Consumidor es diversa:

Por un lado hay Comunidades Autónomas con competencia plena en materia de consumo que al amparo de la STC 15/1989 que declaró inconstitucional el artículo 41 de la LGCU en estas autonomías no las citan como tales (País Vasco) o simplemente las menciona(Galicia Art. 24- Cataluña Art.11)

La práctica totalidad de los Estatutos del Consumidor vigentes hoy día recogen funciones de cooperación con el arbitraje de consumo bajo diversas redacción:

Servir de sede al Sistema Arbitral de Consumo

Elevar solicitud de arbitraje al Organo correspondiente.

Participar en los colegios arbitrales de consumo en su ámbito territorial.

Propiciar sistemas de resolución voluntaria de reclamaciones.

Fomento, divulgación y ser sede del Sistema Arbitral

3.-LA COOPERACIÓN DE LAS OMICS EN EL ARBITRAJE DE CONSUMO

Así pues ¿Como se articula la cooperación de las OMIC's con las Juntas Arbitrales de Consumo? Después de examinar, aunque sea someramente la normativa autonómica antes señalada, podemos extraer dos conclusiones:

I.- Todas estas funciones están diluidas dentro de un concepto genérico que es el fomento del Sistema Arbitral de Consumo

II.- Es muy difícil discernir en la práctica o establecer una frontera entre las mismas, ya que están íntimamente ligadas; no obstante y para clarificar la exposición se pueden diferenciar en dos grupos.

1.- Actividades arbitrales.-

Entendido este concepto en sentido amplio y como contraposición a actividades informativas, divulgativas o inspectoras y que quedan subsumidas dentro de la actividad arbitral y como desarrollo del Sistema Arbitral de consumo.

La información y asesoramiento del Arbitraje de consumo tanto a consumidores y usuarios como a empresarios.

La realización de campañas de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo.

La actualización, modificación o corrección del Censo de Empresas

Adheridas en los establecimientos que radiquen en su ámbito territorial de actuación.

La elaboración de estadísticas.

Ser sede de Junta Arbitral o en su caso de Colegio Arbitral.

Formalización de convenios arbitrales

2.-Actividades prearbitrales.-

Se trata de actividades preprocesales, es decir anteriores al proceso arbitral y están recogidas en algunos Estatutos del Consumidor como diferenciadas de lo que es propiamente el Arbitraje de Consumo.

Fomento de resolución voluntaria de reclamaciones.

Cauce de resolución de conflictos mediante procedimientos voluntarios.

Cauce de mediación voluntaria de conflictos.

Como pueden adivinar, me estoy refiriendo *a la mediación* que realizan las OMIC,s en su triple vertiente: como filtro o trámite previo al arbitraje, como procedimiento distinto a la conciliación propiamente arbitral y como función que se solapa o yuxtapone a la mediación de las Juntas Arbitrales.

Concepto de la mediación

Actividad desarrollada por un tercero aceptado por consumidor y empresario dirigido a que éstos intenten resolver amistosamente un conflicto de consumo surgido entre ellos.

Aproximacion con la conciliación.

Técnicas de composición amigable

Intervención de un tercero

Sin poder de decisión

Eficacia supeditada a un acuerdo

Diferencias.

Propuesta de solución o simple aproximación entre las partes

Previa al arbitraje o durante el procedimiento arbitral

Ventajas de la mediación.

I.- Negociación frente a imposición

II.- Cercanía al ciudadano

III.- Rapidez

IV.- Economía procesal y presupuestaria

V.- “No confusión” del consumidor con respecto al empresario respecto a la adhesión o limitación de la misma.

VI.- Fácil comprensión para el consumidor

4.-MEDIACION OMIC — MEDIACION JUNTAS ARBITRALES.-

El artículo 4.2 del Real Decreto 636/1993 establece como función de las Juntas Arbitrales de Consumo:

“Actuaciones de mediación respecto de las controversias derivadas de las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios”.

Por otra parte el artículo 12.4 del mismo texto señala que durante la audiencia, el Colegio Arbitral intentará la conciliación entre las partes que, de lograrse, se recogerá en el laudo.

Tal vez sea esto lo primero que sorprende: conciliación, mediación y arbitraje suelen ser vías generalmente excluyentes y cuando coinciden lo hacen de manera alternativa; así en algunas esferas del derecho privado como es la propiedad intelectual, transportes o arrendamientos urbanos apenas se utilizan fórmulas mediadoras pero sí arbitrales, por el contrario en el ámbito personal y familiar la mediación ha conocido un desarrollo extraordinario, pero apenas se utiliza procedimientos arbitrales.

Así pues, en la práctica parece que la mediación la realizan las OMIC y Juntas Arbitrales y la conciliación los Colegios Arbitrales; ambas figuras tienen en común ser fórmulas de autocomposición donde deciden las partes, pero también hemos dicho antes que en la mediación el tercero acaba proponiendo una solución, mientras que en la conciliación solo supone una labor de acercamiento entre las partes. Por tanto parece que las OMIC y las Juntas Arbitrales tienen en la misma función, es decir la mediación.

¿ En que consiste la mediación de las Junta Arbitrales?.-

Como la preparación del convenio arbitral impulsando la aceptación del arbitraje, pero este es una reiteración del artículo 4a) que encomienda a las Juntas Arbitrales la formalización del convenio arbitral.

Que la mediación se refiere al fondo del asunto, pero a nosotros la práctica nos ha traído algunas conclusiones:

Cuando el consumidor o usuario acude al arbitraje, lo que quiere es precisamente, eso, una resolución ejecutiva, vinculante y de fácil cumplimiento para las partes.

Si la empresa esta adherida, como saben, no es preceptivo, el traslado de solicitud de arbitraje, por ello, muchas veces, no es viable la mediación.

Hay dificultades técnicas: la práctica totalidad de las Juntas Arbitrales carecen de medios humanos o departamentos que realicen correctamente una función mediadora

Hay dificultades procedimentales: en ningún texto normativo se prevé la forma de insertar la mediación en el trámite arbitral ya que esto es muchas ocasiones difícil por:

El traslado que hace la Junta Arbitral al empresario es para que éste acepte o rechace el arbitraje .

La fijación definitiva de las pretensiones o las alegaciones finales se realizan en el momento de la vista oral.

En definitiva, el legislador no ha regulado, y tiempo ha tenido, no ha mencionado de manera expresa la figura de la mediación en relación con unos órganos importantes en la protección del consumidor, como son las OMIC,s y si la ha citado no se ha preocupado de su desarrollo como ocurre con la legislación arbitral.

5.-ESTADO ACTUAL DE LA CUESTION.-

1.- DESDE UN PUNTO DE VISTA PROCEDIMENTAL

Oportunidad en la implantación de OMIC

Ambito competencial de las mismas

Reconocimiento de las OMIC;S en diversos sectores (Correos)

Falta de regulación jurídica

Sólo un acuerdo transaccional

Meros efectos de un contrato

Dificultades de prueba, periciales.

Difícil encaje de la reconvencción

“Contaminación” del mediador.

2.- DESDE EL PUNTO DE VISTA MATERIAL O SECTORIAL.-

2.1. Suministro de gas.- R.D. 1434/2002 de 27 de Diciembre de suministro de gas natural. Art. 61.

Las reclamaciones derivadas de suministro, tarifas o facturaciones, serán resueltas por el Organismo competente en materia de energía de la C. Autónoma.

Luz y electricidad.- R. D. 1955/2000 de 1 de Diciembre de suministro de energía eléctrica.

Las reclamaciones o discrepancias derivadas de tarifas o facturaciones serán resueltas por el Organismo competente en materia de energía de la Comunidad Autónoma.

Telecomunicaciones.- Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones.-

I.- Reclamación previa ante el operador en el plazo de un mes.

II.- Podrán someter las controversias a las Juntas Arbitrales

III.- Procedimiento administrativo rápido y gratuito con impugnación ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

2.4.- Comercio electrónico.- Ley 34/ 2002 de 11 de Julio y Real Decreto 292/2004 de 20 de febrero.(Art. 32,y D. A 3ª)

- Distintivo de confianza on line

-Mediación de AUTOCONTROL Y AECE.

- Acuerdo en siete días. Si no se logra el acuerdo se acude a las Juntas Arbitrales PERO SOLO LAS EMPRESAS CON DISTINTIVO.

2.5.- Servicios financieros y entidades aseguradoras.- Orden de 11 de marzo de 2004 y R.D.303/2004 de 20 de febrero.-

2.5.1.-DEPARTAMENTO O SERVICIO DE ATENCION AL CLIENTE Y EN SU CASO DEFENSOR DEL CLIENTE.

- Vinculación de las resoluciones del servicio de atención al cliente y del defensor sólo en determinados casos.

- Cada entidad está facultada para elaborar su propio reglamento de defensa del cliente.

- Incompatibilidad con el procedimiento administrativo o arbitral

2.5.2. COMISIONADO PARA LA DEFENSA DEL CLIENTE DE LOS

SERVICIOS FINANCIEROS.

- No tienen la consideración de órgano administrativo
- Resolución no vinculante ni ejecutiva para ambas partes.
- No simultaneidad con procedimientos administrativos o arbitrales
- Imposibilidad de restitución de daños y perjuicios

CURSO MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

Nuevos retos del arbitraje de consumo

HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE UN VERDADERO SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO



Pablo Martínez Royo

Secretario de la Junta Arbitral de Consumo de Aragón

SUMARIO

- I. Sistema: conjunto de reglas.
LA REGULACIÓN DEL ARBITRAJE DE CONSUMO.**
- II. Sistema: conjunto de órganos.
LA ADMINISTRACIÓN DEL ARBITRAJE DE CONSUMO.**
- III. ALGUNAS CLAVES PARA LA CONFIGURACIÓN DE UN VERDADERO SISTEMA.**
 - 1. Un sistema coherente con la organización territorial del Estado.
 - 2. Un sistema integrador de los agentes activos de consumo.
 - 3. Un sistema integrado de mediación y arbitraje.
 - 4. Un sistema que apueste por la calidad como servicio público.

HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE UN VERDADERO SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO

Pablo Martínez Royo

Secretario de la Junta Arbitral de Consumo de Aragón

I. LA REGULACIÓN DEL ARBITRAJE DE CONSUMO

Estamos en un momento emergente y de desarrollo de sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos.

Ello debe ser revelador del dinamismo social entre los agentes sociales y económicos, y la participación de los ciudadanos para establecer vías de solución y acuerdo, con intervención directa de los afectados. También en el orden jurisdiccional, y de desde las propias leyes procesales (LEC, 2000) estamos avanzando en las denominadas *justicia de lo cotidiano* y *justicia sin intermediarios*.

Entre estos mecanismos, el Arbitraje de Consumo coexiste con la mediación diferentes ámbitos, como el familiar y el laboral; también con el arbitraje industrial, arbitraje internacional, arbitraje de transportes, arbitraje corporativo, arbitraje de arrendamientos rústicos, etc.

La incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación a la sociedad, y viceversa, de los ciudadanos a las TIC, el mercado en la red, sus accesos y el comercio electrónico también están adaptando, en el seno de la propia red, mecanismos de resolución de conflictos.

SISTEMA: *Conjunto de reglas o principios sobre una materia, racionalmente ordenados entre sí. (DRAE).*

Son ya conocidos el origen y los antecedentes del Arbitraje de Consumo. Entre los objetivos de la LGDCU figura el establecer procedimientos eficaces para la defensa de los consumidores y usuarios, así en su artículo 31 se dispone:

Previa audiencia de los sectores interesados y de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales atienda y resuelva, con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución.

El sometimiento de las partes al Sistema Arbitral de Consumo será voluntario y deberá constar expresamente por escrito.

3. 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.

En definitiva, el Arbitraje de Consumo es la fórmula encontrada para responder al mandato constitucional (art. 51) de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, estableciendo un *procedimiento eficaz, sin formalidades especiales*, para la defensa de los legítimos intereses económicos de los consumidores.

En cumplimiento de los mandatos constitucional y legal se aprobó el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (RDAC, en adelante), que concreta, en un procedimiento sencillo y abreviado, la posibilidad de acceder a la vía arbitral como solución, más inmediata y rápida que el proceso judicial, para resolver reclamaciones en materia de consumo, sin merma por ello de las garantías que deben reconocerse a las partes, la tutela judicial efectiva y la protección administrativa por las autoridades de Consumo.

¿Existe arbitraje o existe un sistema arbitral?. Entramos en más que una consideración de matiz, puesto que el mandato constitucional se refiere al establecimiento de *procedimientos eficaces* y la LGDCU define el establecimiento de un *Sistema Arbitral de Consumo* (SAC) inicialmente también denominado *Sistema Arbitral de Reclamaciones de Consumo* (SARC).

Efectivamente, un sistema sin formalidades especiales tiene la gran ventaja de la accesibilidad. El Arbitraje de Consumo es tan accesible, que sólo lo inadmisibile, o lo no arbitrable, (en los términos del RDAC, artículo 2.2), puede dejar de atender.

El aforismo de la Ley 60/2003, de Arbitraje, “sólo es arbitrable lo que es disponible”, implica también lo mismo: las Juntas Arbitrales de Consumo deberán atender,

admitir y tramitar toda demanda de Solicitud de Arbitraje, a no ser que, por su contenido no pueda ser arbitrable.

El inconveniente de la falta de formalismo, se concreta en la sobrecarga de trabajo que generan para las Juntas y los Colegios Arbitrales aquellos expedientes en los que el consumidor no hace un relato suficiente de los hechos; no acredita sus pretensiones o bien no concreta el *petitum*.

Todo ello, sin entrar a considerar la proporción de solicitudes en las que, en la conciencia del consumidor, en su voluntad interna, lo que hay es la demanda de un escarmiento, de una sanción o de una actuación correctora, inmediata y ejemplarizante por parte de la Administración. Estos son los casos, en los que no fracasa el SAC, son las expectativas erróneas del consumidor las que se ven frustradas y le harán desconfiar de los mecanismos de protección. Insisto, no porque sean inútiles, sino porque el reclamante partía del un desconocimiento de las competencias y posibilidades del arbitraje.



Estamos en un procedimiento sustanciado en sede de Administración Pública y en un proceso administrativizado, ya que también va a aplicarse el procedimiento administrativo. Por esta razón, ha de regir el principio de impulsión del procedimiento por parte de la administración, por parte de la Junta Arbitral de Consumo correspondiente o del órgano administrativo en el que reside.

A su vez, el reglamento arbitral de consumo establece que la inactividad de las partes no paraliza el procedimiento, ni priva de la posibilidad de dictar Laudo, ni le restará eficacia a este.

Pero ambos principios de actuación (*impulsión del procedimiento y no paralización del mismo por inactividad de las partes*) deben estar regidos también por los de garantía de derechos, igualdad y equilibrio entre las partes, por lo cual, la administración del arbitraje debe ser especialmente cuidadosa en practicar eficientemente las notificaciones de manera que quede garantizada la audiencia y la posibilidad de defensa.

El marco normativo actual, no prevé excepciones, así podemos tener, procedimientos arbitrales de consumo con una total pasividad de las partes, y el total desconocimiento (material, aunque no formal) de lo que está sucediendo.

Serviría como ejemplo la solicitud de arbitraje contra un reclamado adherido, pero que, a los pocos días de producirse la reclamación, cerró el establecimiento; y, a su vez,

la situación de un reclamante a quien no es posible practicar las notificaciones y no comparece, para nada en el expediente.

En ambos casos, y si ambos coincidieran, la Junta Arbitral tendría que notificar por edictos la solicitud de arbitraje al reclamado adherido (en Boletín Oficial y en el tablón de edictos de su Ayuntamiento). Al quedar formalizado el convenio arbitral, proseguiría el procedimiento. Habría que citar al acto de audiencia de la misma manera e igualmente notificar el Laudo que se dictara. Sería de esperar, en un caso como este que, el Colegio Arbitral no acordara la práctica de pruebas...

Ante ello es momento de plantearnos si es adecuado, en un mecanismo voluntario y gratuito para las partes, siendo la Administración quien soporta los costes del arbitraje, este tratamiento de la inactividad. En mi opinión, es un exceso la carga de impulsión del procedimiento a la Junta Arbitral, hasta su total resolución, máxime en el supuesto de que la parte inactiva sea el consumidor reclamante, esto es, quien promovió y solicitó que se iniciara el proceso.

II.- LA ADMINISTRACIÓN DEL ARBITRAJE DE CONSUMO.

SISTEMA: *Conjunto de cosas que, ordenadamente relacionadas entre sí contribuyen a determinado objeto (DRAE).*

Las Juntas Arbitrales de Consumo (JAC, en adelante) son los órganos a los que les corresponde la administración del arbitraje. No estamos ante un arbitraje estrictamente privado o “ad hoc” en el cual las partes someten su litigio, nombrando los árbitros y acordando el procedimiento. Tampoco estamos ante lo que la Ley 60/2003, de Arbitraje (artículo 14) denomina Arbitraje Institucional, ya que las JAC no son Corporaciones de Derecho Público ni entidades asociativas sin ánimo de lucro.

Sin perjuicio del principio de autonomía de la voluntad de las partes, y libre poder de disposición, que son las condiciones básicas para la celebración de un arbitraje, en el Arbitraje de Consumo, consumidor y empresario confían la administración del arbitraje a una Junta Arbitral.

El Arbitraje de Consumo está administrado por órganos que residen y dependen funcionalmente de administraciones autonómicas o locales. Las JAC se crean mediante acuerdos, convenios bilaterales entre la Administración General del Estado y las administración correspondiente (local, mancomunada, provincial o autonómica).

La naturaleza jurídica de las JAC también es peculiar. No se trata de corporaciones en sentido estricto, ni gozan de personalidad jurídica propia, sino que tienen la misma naturaleza jurídica que las del órgano administrativo en el que se asientan o las promueve.

Las JAC necesariamente han de estar promovidas por administraciones públicas, lo que le da al sistema la garantía de ser un servicio público prestado bajo principios administrativos de legalidad, objetividad, eficacia e imparcialidad. Y, en esta misma concepción de servicio público, dado que las administraciones están soportando los costes del sistema arbitral, permiten que tenga ese carácter esencial de la gratuidad.

Estamos pues, desde el punto de vista procesal, también ante un arbitraje si no *administrativo*, sí *administrativizado*, por cuanto toda actuación procesal que no esté contemplada en el RDAC, y dado que emana o la ejerce un órgano de la Administración Pública, tendrá que estar sometida al derecho administrativo.

El procedimiento arbitral de consumo comienza con la designación del Colegio Arbitral (artículo 10 del RDAC), por tanto, toda la fase previa, hasta la materialización del convenio arbitral y la designación de árbitros, deberá estar regida por la normas y principios de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en su modificación hecha por Ley 4/1999 (LRJAP y PAC).

Cuestiones como el sistema de notificaciones, la garantía de derechos de las partes, el acceso y vista al expediente, la protección de datos personales, el trato e información por empleados públicos, en las que es esencial la vigencia del principio de legalidad y objetividad, quedan confiadas al derecho que rige el actuar de la Administración Pública. Por tanto, en cuanto al procedimiento a seguir y a aplicar en el arbitraje de consumo, poco queda a la libre disposición de las partes.

Podemos entrar a considerar que una de las claves del éxito del arbitraje de consumo, tanto por la creciente demanda de los ciudadanos como por la aceptación y sometimiento de las empresas, es la creciente confianza de ciudadanos y empresas en el sistema público de protección al consumidor.

La doctrina se ha referido a que *las partes eligen la institución que por su experiencia y prestigio les merece mayor confianza*. Y añade: *la institución arbitral vigila el procedimiento arbitral en todas sus fases, respaldando su resolución final –el laudo– con su autoridad y prestigio*. (Javier GUILLÉN, 2002).

Se trata pues de un sistema peculiar, jurídicamente hablando; un sistema de resolución de conflictos de índole privada, asentado en sede de administraciones públicas, cuya finalidad es servir a los intereses generales. Sin embargo, la eficacia demostrada del arbitraje de consumo, como un sistema consolidado en los términos del mandato constitucional, así como la posibilidad real que representa de acceso de los ciudadanos a la justicia, justifica estas peculiaridades, al menos, de facto.

En resumen, las Juntas Arbitrales de Consumo son los órganos encargados de la administración del arbitraje, dependen de administraciones públicas y nacen de una rela-

ción exclusivamente bilateral entre la Administración General del Estado (a través del INC) y el órgano correspondiente de la administración local o autonómica.

Aun sin estar así formalmente establecido, esta fórmula tiene cabida en la denominada *encomienda de gestión* establecida en el artículo 15 de la LRJAP y PAC, conforme al cual, la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos, podrá ser encomendada a otros órganos de distinta administración. La encomienda de gestión no supone cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda.

Actualmente existen en España 73 Juntas Arbitrales, de los siguientes ámbitos: 1 nacional; 19 autonómicas; 3 de mancomunidad de municipios; 10 provinciales y 40 municipales.

Los criterios para el establecimiento del JAC fueron acordados en el seno de la Conferencia Sectorial de Consumo, pero, junto a esta consideración, planteo que no es, en absoluto suficiente, para establecer un verdadero sistema (o *red*, término contemporáneo), que los órganos administradores del arbitraje no tengan más relaciones que las bilaterales nacidas del convenio entre la administración encomendante (Administración General del Estado) y la encomendada (local o autonómica).

Más de 10 años de vigencia y aplicación del RDAC, la gestión desarrollada, y el funcionamiento de las Juntas Arbitrales que coexisten en el Estado, atesoran una experiencia importante para abordar una mejora normativa que solucione cuestiones procesales y avance para la configuración de un verdadero sistema. Por otro lado, la entrada en vigor el 26 de marzo de 2004 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, y su repercusión en el SAC, también lo hacen necesario.

Sin embargo, la competencia en la materia (en materia de regulación del Arbitraje) es propia del Estado a tenor del artículo 149.1.5 y 6 de la CE. Así lo ha ratificado el Tribunal Constitucional (STC 15/1989, de 26 de enero y STC 62/1991, de 22 de marzo), considerando al arbitraje un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que en la jurisdicción civil: la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con carácter de cosa juzgada.

En este marco competencial, Entidades Locales y Comunidades Autónomas están prestando el servicio público de un sistema de reclamaciones de consumo sin posibilidad de intervenir, directamente, en su regulación.

III. ALGUNAS CLAVES PARA LA CONFIGURACIÓN DE UN VERDADERO SISTEMA.

Un sistema coherente con la organización territorial del Estado

La competencia en la materia –la de regulación del arbitraje- es exclusiva del Estado, pero por otro lado, las competencias ejecutivas en materia de protección a los consumidores y usuarios son propias de todas las Comunidades Autónomas en sus territorios respectivos, sin perjuicio de las que corresponden a las administraciones locales y a la administración estatal de consumo.

III. 1. 1. Es necesario dotar al sistema arbitral de Consumo de una estructura, planta y demarcación coherente con la organización territorial del Estado y con la población a la que se va a prestar el servicio, sin perjuicio de la potestad de las partes de elegir las partes la JAC a la que van a encomendar su arbitraje y atender al criterio de competencia de la JAC de ámbito más reducido o más próximo con respecto del domicilio del consumidor.

Una nueva ordenación, en mi opinión, ha de comenzar en el conjunto del Estado para establecer un sistema consolidado de cooperación e intercambio de información entre las Comunidades Autónomas y sus Juntas Arbitrales Autonómicas, y de estas con la Administración General del Estado. Pero, a su vez, integrado en el conjunto del sistema público de protección al consumidor, esto es, en relación directa con otras áreas funcionales de las potestades de fomento y limitación (representación, asociacionismo, formación, educación, y control de mercado, especialmente).

En un segundo nivel es necesario establecer el marco de relaciones que han de darse en el seno de cada una de las CCAA entre la administración de consumo, la Junta Arbitral Autonómica y las JAC locales o municipales existentes en ese territorio. Pensemos, simplemente en la necesidad de disponer en común de los censos de empresas adheridas en una ciudad, capital de provincia, en la que coexistan las sedes de la Junta Arbitral de Consumo Autonómica, la Provincial y la Municipal.

Y, en el siguiente nivel, en el ámbito territorial de cada una de las JAC hay que establecer un marco eficaz de cooperación con todos los agentes activos de consumo, servicios de inspección y control de mercado, información y educación a los consumidores y, en especial, con las OMIC.

III. 1. 2. Junto a una ordenación coherente, se hace necesaria la creación de un órgano rector, de participación y representación del Arbitraje de Consumo de ámbito estatal con competencias definidas en el funcionamiento y fomento del Sistema Arbitral. Entre las funciones de este órgano estarían: interlocución y representación del SAC; resolución de incidentes procesales generales; evacuación de consultas y dictámenes y admisión y promoción de ofertas públicas de sometimiento de ámbito general.

III. 1. 3. Un Sistema Arbitral de Consumo que, siendo un equivalente jurisdiccional, establezca relaciones con el Sistema Judicial, en aras a:

Facilitar los procesos de la llamada *justicia sin intermediarios* a los consumidores.

Facilitar la demanda de ejecución forzosa de los laudos arbitrales de consumo sin necesidad de representación y postulación procesal, mediante el establecimiento del formulario adecuado.

Establecer un procedimiento específico de consumo, en vía judicial, hasta determinada cuantía (Procedimiento Monitorio, hasta 900 euros), de manera que la solicitud de arbitraje, archivada por no aceptación de la empresa, sirva de base a la demanda válida para el procedimiento judicial que pudiera instarse.

Nos estamos refiriendo a la adopción de acuerdos, medidas, programas de actuación e incluso producción normativa a las que sólo puede llegarse a través de la cooperación, entendida como principio que debe presidir las relaciones interadministrativas.

Y, nos estamos refiriendo, a su vez, al ejercicio de competencias sobre un mismo ámbito, que son *coejercitadas* por el Estado, las Comunidades Autónomas y, en determinados supuestos por los Municipios. Así, en un ámbito como es el consumo, las actuaciones públicas deben hacerse de forma conjunta y sobre la base de la cooperación.

Dicho esto, nos tenemos que referir a la Conferencia Sectorial de Consumo, al ser el órgano constituido con el objeto de asegurar la necesaria coherencia, coordinación y colaboración entre la Administración del Estado y la de las CCAA en materia de consumo.

La Conferencia Sectorial de Consumo está presidida por la Ministra de Sanidad y Consumo y forman parte de ella los Consejeros responsables del área de consumo de las CCAA y representantes de otros organismos y de la Administración central.

Además de ello, por cuanto en la configuración de un verdadero Sistema Arbitral de Consumo, no puede dejarse de lado la participación de las administraciones locales, está abierta la posibilidad (así lo prevé el art. 5.8 de la LRJAP y PAC) de que, tratándose de esta materia, puedan participar en la Conferencia Sectorial, junto al Estado y las CCAA asociaciones de ámbito estatal, en representación de los municipios, como pueda ser la FEMP.

Corresponde, entre otras funciones, a la Conferencia Sectorial de Consumo:

Servir de cauce de colaboración, comunicación e información entre las Comunidades Autónomas y la Administración del Estado en materia de consumo.

Aprobar los criterios comunes de actuación y coordinación, así como las propuestas en relación con la política del sector.

Aprobar los planes, proyectos y programas conjuntos.

Cuantas otras funciones le atribuya la legislación vigente, o acuerde someter su consideración la Comisión de Cooperación de Consumo.

Es obvio concluir que la financiación, la aportación de recursos por parte del Estado a los órganos arbitrales que están ejerciendo una competencia estatal, debe concretarse en los parámetros de coherencia, suficiencia y objetividad.

Múltiples pueden ser los criterios que determinen el reparto de las subvenciones a las JAC. Desde luego, en nuestra consideración, no deben obviarse criterios como el volumen de gestión por cada una de las JAC y elementos correctores en función de las necesidades específicas de cada territorio. Por ello no consideramos adecuado un reparto lineal de los fondos a las JAC, sin considerar siquiera su volumen de gestión, el número de reclamaciones atendidas o laudos dictados.

Es necesario, junto a garantizar la suficiencia de recursos, que la Conferencia Sectorial de Consumo acuerde los criterios para establecer un sistema de financiación coherente.

2. Un sistema integrador de los agentes activos de consumo

El Arbitraje de Consumo contempla un sistema participativo, por cuanto, junto a la Administración, formarán parte de los órganos de Arbitraje (los Colegios Arbitrales) las organizaciones de consumidores y las organizaciones empresariales. Pero, a mi entender, en la consolidación de un *verdadero sistema*, la participación de estas entidades asociativas, no debe verse limitada a la designación de árbitros.

III. 2.1. Las organizaciones de Consumidores

El artículo 5 del RDAC, establece que los consumidores y usuarios presentarán las solicitudes de arbitraje personalmente o a través de Asociaciones de Consumidores y Usuarios. En términos porcentuales, en el conjunto del Estado, en 2003, el 8,50 % de las solicitudes de arbitraje se tramitaron por asociaciones de consumidores, (en la Junta Arbitral de Consumo de Aragón fueron el 13 %). Hay que señalar que, en los inicios del Arbitraje de Consumo, incluso antes del RDAC (1993), la vía de entrada eran las asociaciones de consumidores en un 80 y un 84 % (1990).

Debemos pensar, en sentido positivo, que esta tendencia a la baja se debe al éxito de la mediación desarrollada por las asociaciones de consumidores, la cual evita la iniciación del procedimiento arbitral, si bien, esa opinión, habría que contrastarla con los

datos. Por otro lado, el asesoramiento y la información previa a prestar al reclamante por parte de las organizaciones de consumidores, es esencial para el buen desarrollo del proceso de arbitraje.

Sin embargo, en cuanto a la mediación, ni la LGDCU, ni los estatutos del consumidor de las CCAA hacen una regulación específica de esta técnica, ni la atribuyen como función propia de las asociaciones de consumidores.

Hay que avanzar, por tanto en las líneas del *Plan Estratégico de Protección al Consumidor*, 2002-2005, y en el establecimiento de las cartas de servicios a prestar por las organizaciones de consumidores, de tal manera que se contemplen de manera clara y eficaz las actuaciones de éstas, su participación en la mediación y en el Sistema Arbitral de Consumo.

III. 2.2. Las organizaciones empresariales.

De la misma manera, el sistema debe integrar su participación con mayores cometidos, en aras a fomentar de manera decidida el conocimiento por empresarios y comerciantes del Sistema Arbitral de Consumo.

Corresponde a las organizaciones empresariales cooperar, como condición previa, en que se fomente el conocimiento del sistema entre sus asociados, antes de promover adhesiones en masa. La voluntariedad por parte del empresario no debe limitarse a aceptar, de una manera pasiva, el arbitraje propuesto. La aceptación específica o de carácter general ha de estar acompañada de una actitud positiva en el sentido de contestar a la reclamación en términos leales, dar una respuesta al consumidor y ofrecer, si ha lugar, propuestas de solución.

Y, en el sentido de plantear propuestas de futuro para la regulación de sistemas voluntarios de resolución de conflictos de consumo, considero que el Consejo Aragonés de Consumo, que articulará la representación de las organizaciones empresariales, de consumidores y la administración, cuya constitución puede hacerse en breve (creado por Decreto 224/2004, de 19 de octubre, del Gobierno de Aragón), deberá tener una dedicación especial en el fomento de la concertación, diálogo con los consumidores, autocontrol empresarial y códigos de buenas prácticas.

Se hace necesario abordar ámbitos estratégicos donde la concertación de empresarios y consumidores, a través de sus representantes puedan mejorar, de forma voluntaria, las pautas del mercado.

Los Códigos de Buenas Prácticas empresariales que conlleven, junto a su específica normativa, una propia autorregulación, deben ser impulsados desde este Consejo Aragonés de Consumo. Estos códigos de conducta, cumpliendo lealmente las normas reguladoras de cada sector, han de servir para mejorar y garantizar la calidad de su acti-

vidad así como los derechos de las partes, por lo que, desde el Gobierno de Aragón se fomentará que incluyan la adhesión al Arbitraje de Consumo como mecanismo preferente para la resolución de conflictos.

III. 2.3. Los servicios de atención al consumidor de los municipios. Las OMIC

La información al consumidor, como derecho, es también la vía de acceso al ejercicio de los derechos, de ahí la importancia de los servicios de atención al consumidor, sobre todo de índole municipal, por cuanto son la primera instancia en el sistema público.

En 2003, el 37 % de solicitudes de arbitraje fueron presentadas a través de organismos públicos. La explicación a esta tendencia podemos encontrarla en la consolidación de estructuras administrativas de protección al consumidor, especialmente las redes de OMIC, o de oficinas comarcales, que han ido estableciendo los municipios en cooperación con sus CCAA. Se trata de servicios accesibles, especializados, públicos y gratuitos.

La LGDCU (Art. 14.2) encomienda, entre las funciones de las OMIC, apoyar y servir de sede al Sistema Arbitral de Consumo. Sin embargo, ni la LGDCU o la Ley de Administración Local de Aragón, ni tampoco el La Ley 8/1997, del Estatuto del Consumidor y Usuario de la Comunidad Autónoma de Aragón, (ECyU CAAr. en adelante) incluyen expresamente actuaciones de mediación entre las funciones de las OMIC.

En lo referente a su función de apoyo al arbitraje de consumo, sí se definen:

(ECyU CAAr. 27. b.) Recibir, registrar y acusar recibo de denuncias y reclamaciones de los consumidores y usuarios y remitirlas a las entidades u órganos correspondientes y hacer un seguimiento de las mismas para informar debidamente a los interesados.

(ECyU CAAr. 27. c.) Elevar, a instancia de las partes interesadas, solicitud de dictamen o, en su caso, de arbitraje al órgano correspondiente, acompañando a la citada solicitud información completa y detallada de la cuestión.

(ECyU CAAr. 27. j.) En los municipios donde no exista Junta Arbitral de Consumo, elevar, a instancia de las partes interesadas, Solicitud de Arbitraje a la Junta Arbitral de Consumo de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Es esta base más que suficiente para concretar una participación esencial no sólo como agentes de puro trámite del papel, sino como eficaces cooperadores, concretando su función principal en la información al consumidor sobre el arbitraje de consumo, sus posibilidades, la información sobre las fases que se van a ir sucediendo y, en definitiva, facilitar la relación entre el consumidor y la JAC.

Para ello, lo primero que resulta esencial es conocer el dato de la adhesión o no de la empresa. Actualmente, no existe un censo integrado de empresas adheridas, de alcan-

ce estatal, que pueda ser consultado desde cualquier punto y desde cualquier OMIC del país. Bien es cierto que la mayoría de las JAC Autonómicas tienen disponibles los censos de empresas adheridas *on line*.

Además de estas, en su condición de órgano municipal, las OMIC deber ser un agente activo en el fomento del arbitraje de consumo en sus respectivos territorios.

III. 4. Un sistema integrado de mediación y arbitraje.

Mediación, conciliación y arbitraje son métodos diferentes, aunque parten de principios comunes. El proceso arbitral ha de estar impregnado de ese espíritu mediador, conciliador y de búsqueda de acuerdos. A diferencia del mecanismo de mediación, el arbitraje, llevado a término, va a proporcionar una resolución o Laudo que es vinculante y es título ejecutivo.

La mediación es una técnica consolidada en la resolución de conflictos de consumo, sin embargo, no existe actualmente una regulación jurídica de la mediación en materia de consumo, salvo en el RDAC.

El Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, regulador del Sistema Arbitral de Consumo, otorga a las Juntas Arbitrales entre sus funciones:

(art. 4, b.) *actuaciones de mediación respecto de las controversias derivadas de las quejas o reclamaciones de consumidores y usuarios.*

El reglamento arbitral de consumo contempla la mediación pero no regula el método para llevarla a cabo. Sin embargo, la labor de mediación hecha por las JAC, está dando como resultado, en el conjunto del Estado, que más del 22 % de las reclamaciones que resuelven, se resuelvan por acuerdo entre las partes, sin necesidad de intervenir el Colegio Arbitral y evitando costosos procesos.

En la Junta Arbitral de Consumo de Aragón, de las reclamaciones resueltas en el primer semestre de 2004, el 46,2 % lo fueron en fase de mediación. En 2003 fueron el 44 %.

Debemos plantearnos, *de lege ferenda*, si la mediación debería ser una fase previa y preceptiva en muchos casos de arbitraje; esto es la actividad de mediación debería realizarse por parte de las OMIC y de las organizaciones de consumidores de manera sistemática y previa a elevar la solicitud de arbitraje a la JAC. Así, las solicitudes de arbitraje tramitadas por estos organismos procederían sólo en el caso de no haber prosperado la mediación y en su envío a la Junta Arbitral deberían acompañar informe de las actuaciones de mediación, que servirán al Colegio Arbitral para mejor estudio de la reclamación planteada.

La mediación ha sido la gran apuesta de la Junta Arbitral de Consumo de Aragón, como un medio preferente para dar esta salida a cuantas reclamaciones sea posible. A tal fin se han establecido, y venimos aplicando desde 2001 protocolos de mediación y se está en constante diálogo con empresas adheridas y sectores empresariales para hacer posible las actuaciones de mediación. En el mismo sentido, estamos contando con la participación de OMIC y organizaciones de consumidores que, incluso, junto con la solicitud de arbitraje aportan el informe de su tarea de mediación.

¿Regular la mediación? Si bien un procedimiento regulado o reglado tiene el valor de la seguridad jurídica, se plantea la reflexión sobre los efectos que podría tener la reglamentación a métodos o técnicas cuya esencia es la falta de formalismos, la exclusión de la coerción, la autorregulación de los interesados, así como la frecuente concurrencia de factores extrajurídicos en los conflictos de consumo.

Actualmente la mediación no está concebida como un trámite previo para un procedimiento posterior. En todo caso, el reto consiste en armonizar en un mismo sistema ambos mecanismos, especialmente si un nuevo modelo del Arbitraje de Consumo otorgara un protagonismo en la mediación previa al Arbitraje a las OMIC, y a las organizaciones de consumidores y consolidara, a su vez a las JAC como órganos para la mediación y el arbitraje.

III. 4. Un sistema que apueste por la calidad como servicio público._

III. 4.1. Adhesiones de calidad

Es necesario que el Sistema Arbitral crezca pero no sólo en cantidad de adhesiones sino también en la calidad de las mismas, por lo que, en términos de propuesta, se plantean los siguientes métodos:

El establecimiento de “convenios de adhesión al Arbitraje”, para que la adhesión de las grandes empresas no sea una declaración unilateral que dificulte el acceso de los consumidores al sistema, sino un acuerdo pactado con las administraciones y los consumidores, que garantice la mediación y el arbitraje.

La consolidación de un auténtico sistema, en el conjunto del Estado, donde sea competentes todas las Juntas Arbitrales de los territorios donde las empresas adheridas prestan servicios, sin otras limitaciones territoriales.

El establecimiento, junto con la adhesión, de procesos de calidad en la atención al cliente, y aceptación de la mediación, en aras a evitar saturación de los servicios de reclamaciones y Juntas Arbitrales.

La adhesión, con carácter ejemplar, de empresas públicas, prestadoras de servicios públicos y de servicios de interés general.

Incentivar la adhesión al Arbitraje de Consumo de las empresas que reciben subvenciones en materia de fomento empresarial y comercial. Del mismo modo, la adhesión al Arbitraje debería ser un criterio a tener en cuenta en la valoración de los concursos para contratos públicos.

Como objetivo, el sistema de adhesiones debe dejar de ser exclusivamente unilateral por parte de las empresas. Convendría regular tanto el procedimiento de adhesión, como de retirada del distintivo y el derecho a admitir o no la adhesión en los términos que se formula y según las limitaciones que contenga. Desde luego, el sistema debe protegerse frente a adhesiones desleales, e incluso en fraude de ley.

III. 4.2. La cualificación de los árbitros.

Es necesario un plan de formación continua para todos los agentes activos del arbitraje de consumo, que aborde las novedades legislativas. La formación ha de referirse, a los aspectos procesales del arbitraje, las técnicas y métodos de mediación, y también al derecho material que viene regulando las relaciones de consumo en los diferentes sectores.

Hay que hacer un reconocimiento a la dedicación y buen trabajo de los árbitros y su aportación al trabajo de las JAC. Prueba de ello es que sólo se conoce, en 2003 de 62 laudos impugnados, esto es, el 0,35 % del total. Y, no hay que ocultar que, en muchos casos, se trata de una aportación casi en términos de voluntariado, aunque con toda profesionalidad.

A los/as Presidentes/as y Secretarios de Colegios Arbitrales se les exige la condición de ser personal al servicio de las administraciones públicas y tener la titulación académica de Licenciados en Derecho. Sólo si el arbitraje es en derecho se exige a los Vocales la condición de ser abogados en ejercicio.

La tecnificación de determinados sectores y la necesaria actualización en conocimientos jurídicos del ámbito del consumo nos plantean si sería conveniente, o necesario, obtener determinada cualificación o acreditación para ejercer la función de árbitro y una habilitación específica.

Otro dato que conviene analizar es el diferente grado de profesionalización con la que actúan los árbitros de organizaciones empresariales y de consumidores. Prueba de ello es la existencia de organizaciones empresariales *ad hoc* si otro propósito evidente que la aportación de árbitros en aquellos asuntos que sea reclamada una de las empresas asociadas.

III. 4.3. La mejora de los procesos y procedimientos.

III. 4.3.1. Rapidez.

Efectivamente, el procedimiento es rápido y sencillo, si lo comparamos con los procesos judiciales u otros procedimientos administrativos, pero no podemos ocultar que el incesante crecimiento del número de reclamaciones que llegan a las Juntas Arbitrales, y la falta de medios de estas, hacen que los plazos de resolución se estén alargando por acumulación de asuntos.

Es cierto que, en 2003, prácticamente el 80 % de los Laudos se dictaron en un plazo medio de dos meses desde la designación del Colegio Arbitral; pero también es cierto que entre la Solicitud de Arbitraje y la designación del Colegio Arbitral, transcurren plazos significativos. Hay que señalar también que, en el proceso, a la duración y dilación del mismo también influye la actitud de las partes.

Aplicando un cómputo normal de plazos (los propios del RDAC y de la LRJAP y PAC), en un funcionamiento administrativo óptimo, son necesarios un mínimo de cien días hábiles entre la solicitud de arbitraje y el Laudo.

Actualmente, en la JAC de Aragón, estamos en una media de 120 a 150 días naturales desde la fecha de entrada de la solicitud de arbitraje hasta la fecha de dictar Laudo, si bien, en el expediente puede apreciarse que, en este tiempo no hay periodo de inactividad alguno, considerando que, sistemáticamente se hace la mediación por escrito y, el mínimo tiempo para cursar una notificación es de 25 días.

Se viene hablando, en los últimos años de la posibilidad de un arbitraje virtual, un procedimiento arbitral iniciado, tramitado en todas sus fases, y resuelto por medios electrónicos o informáticos, sin presencia física ni de las partes, ni si quiera los árbitros.

Como deseo y como propuesta, es una buena idea, pero hay que tener en cuenta algunos factores que determinan sus posibilidades:

El diferente grado de desarrollo de la *e-administración* o gobierno electrónico en las administraciones públicas.

La incorporación de los ciudadanos a las TIC, el número de hogares con acceso a Internet.

La necesidad de un sistema de certificación o firma electrónica, que generalmente, en el momento actual, no se posee por parte de los consumidores.

La utilización de medios telemáticos para las comunicaciones, ya está prevista, tanto el RDAC (1993) como en la LRJAP y PAC (1992); sin embargo su utilización es escasa.

El simple, pero trascendental dato de dejar constancia de haber efectuado las notificaciones, y de ello depende la garantía de derechos para las partes, no está actualmente superado.

Sirva un dato: en 2003, la Dirección General de Consumo del Gobierno de Aragón tramitó 630 consultas recibidas y atendidas por correo electrónico. Sin embargo, con las mismas posibilidades, ante la Junta Arbitral de Consumo de Aragón sólo fueron presentadas 2 solicitudes de arbitraje por medio del correo electrónico.

No obstante lo anterior, para los procesos internos de gestión en el seno de nuestra JAC, empleamos al máximo de las posibilidades los sistemas electrónicos.

III. 4.3.2. La concertación con laboratorios acreditados y otras entidades para la práctica de pruebas.

El coste de la práctica de pruebas, cuando han de ser pagadas por la administración, limita, a veces las posibilidades del Colegio Arbitral. También es razonable, que se pondere el coste de la prueba con la cuantía en litigio.

Resulta necesario que el SAC cuente con la colaboración de laboratorios, especialmente los de titularidad pública, para facilitar análisis y pruebas y la concertación con corporaciones profesionales para emitir informes periciales.

Sirvan estas consideraciones como propuesta para el debate que necesariamente hemos de abordar los agentes activos del Arbitraje de Consumo, proceso que sólo puede avanzar sobre las bases del diálogo, el consenso y la cooperación. La construcción y fortalecimiento de un verdadero sistema es, a la vez que un reto para los poderes públicos, una exigencia de la sociedad que sigue demandando servicios eficaces y eficientes a su vez.

La voluntad decidida de las administraciones se ha de ver concretada en abordar, de manera cualificada, la mejora del marco normativo del arbitraje de consumo, y junto a ello, de manera decidida, un sistema coherente para su financiación.

CURSO MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

Nuevos retos del arbitraje
de consumo



ARBITRAJE DE TRANSPORTES

Jaime Angulo Sáinz de Varanda

Presidente de la Junta Arbitral del Transporte de Aragón

ARBITRAJE DE TRANSPORTES

Jaime Angulo Sáinz de Varanda

Presidente de la Junta Arbitral del Transporte de Aragón

Las Juntas Arbitrales del Transporte fueron creadas por la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante LOTT), como un instrumento de protección y defensa de las partes intervinientes en el transporte y, a tenor de lo establecido en el artículo 38 de la mencionada Ley, una de las principales funciones de las Juntas Arbitrales del Transporte, si no la principal, es la de resolver las controversias de carácter mercantil surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre.

En cuanto a su naturaleza jurídica, se estima que las Juntas Arbitrales del Transporte son Organos Colegiados de la Administración Pública, de participación social, equiparables a los órganos colegiados previstos el artículo 22 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Naturaleza que también parece inferirse de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, al dictar, en el ejercicio de sus funciones, resoluciones que contiene efectos jurídicos frente a terceros.

Sobre su composición, la LOTT solo dice (artículo 37) que formaran parte de las Juntas miembros de la Administración, a los que corresponderá la Presidencia, representantes de las empresas de transportes y representantes de los cargadores y de los usuarios.

El Reglamento de ejecución de la LOTT (Real Decreto 1211/1990 de 28 de septiembre, en adelante ROTT), mucho más minucioso, nos dice, en su artículo 8, que las Juntas estarán compuestas por:

1.- Un Presidente, que habrá de ser Licenciado en Derecho, nombrado entre el personal de la Administración y con conocimiento en las materias que constituyen el objeto de las Juntas.

2.- Dos Vocalías obligatorias, de las cuales una estará ocupada por un representante de los cargadores o de los usuarios y la otra por un representante de las empresas de transporte o de actividades auxiliares y complementarias de este. El nombramiento de estos vocales se realiza a propuesta de las asociaciones de usuarios ó cargadores y de las profesionales.

3.- Vocalías administrativas, con un máximo de dos, que solo intervendrán en aquellas controversias que en razón de la materia pueda ser conveniente y que son designados entre el personal de la Administración con conocimiento en las materias competencia de las Juntas.

4.-Un secretario, que habrá de ser también designado entre el personal al servicio de la Administración.

Una de las partes en litigio, demandante o demandado, será siempre un transportista o empresa de transportes. Podrá ser de transporte de viajeros o de mercancías y también de actividades auxiliares y complementarias del transporte, los llamados operadores del transporte, como lo son las agencias de transporte, transitarios o almacenistas distribuidores. Pero quien ahora nos interesa es la otra parte interviniente en el contrato de transporte y consiguientemente del eventual litigio ante las Juntas Arbitrales del Transporte, quien nos interesa es el usuario del transporte en tanto en cuanto coincide con el definido por el artículo primero, apartados 2 y 3 de la Ley 26/1984, de 19 de junio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Pues bien, en el transporte de viajeros, la practica totalidad de las reclamaciones ante las Juntas las interponen los usuarios, es decir, los pasajeros que se consideran perjudicados o con sus derechos vulnerados por algún incumplimiento o cumplimiento defectuoso del transportista, siendo preciso, para que las Juntas Arbitrales del Transporte puedan entrar a conocer, que el medio de transporte utilizado sea terrestre, es decir, ferrocarril, carretera o de tracción por cable (teleféricos y funiculares), pudiendo ser tanto urbano (autobús, taxi, tranvía, funicular, etc.) como interurbano (autocar, taxi, ferrocarril, etc.), careciendo de competencia objetiva por razón de la materia para resolver sobre cualquier otro medio de transporte.

En cuanto a las causas o motivos más frecuentes de las reclamaciones que se interponen, cabe citar la aplicación incorrecta de tarifas, la inaplicación de los descuentos

legalmente previstos, la modificación unilateral de alguna de las condiciones del transporte (categoría del vehículo, lugar de llegada, hora de salida, etc.), los retrasos, la no realización del servicio y el extravío de equipajes, autentico quebradero de cabeza en los servicios regulares de viajeros por carretera.



También, dentro de este apartado del transporte de viajeros, es preciso señalar que los consumidores o usuarios, como arrendatarios, han de acudir al arbitraje de transportes por los problemas surgidos en la relación con los contratos de alquiler de vehículos sin conductor.

En el transporte de mercancías, por el contrario, las reclamaciones de los usuarios tienen una menor incidencia, tanto por el número de asuntos como por la cuantía económica, aunque en algunas modalidades de transporte, como por ejemplo los servicios de transporte de muebles y enseres, las comúnmente llamadas “mudanzas”, nos encontramos siempre que una de las partes es un usuario, que o bien reclama al transportista por las averías sufridas en el mobiliario que le han transportado, o es a quien le reclaman por que no ha abonado los portes del servicio.

Así mismo, en los denominados transporte de carga fraccionada (paquetería, servicios urgentes, courier, etc.), es frecuente encontrarse con que una de las partes es un usuario y los motivos que originan la reclamación pueden ser, entre otros, la pérdida, extravío o robo del envío, las averías o daños en los mismos, los perjuicios causados por los retrasos en la entrega, el incumplimiento de las tarifas contratadas o el cálculo incorrecto del peso o del volumen.

Tanto en el transporte de viajeros como en el de mercancías, la competencia de las Juntas Arbitrales del Transporte alcanza al transporte interno y al internacional y desde

luego al intermodal, siempre que una de las formas de transporte sea terrestre y se ampare en un único contrato de transporte.

La competencia de las Juntas para realizar estas funciones, según dispone el artículo 7, 2 del Reglamento de la LOTT, viene determinada por el origen o el destino del transporte o por el lugar de celebración del contrato, a elección del peticionario o demandante, salvo que expresamente se haya pactado en el contrato la sumisión a una Junta concreta.

La localización geográfica y el ámbito territorial de las Juntas se determina por las correspondientes Comunidades Autónomas en las que estén situadas (artículo 7, punto 1 del ROTT). En nuestra Comunidad, al igual que en la mayoría, existe una única Junta, denominada Junta Arbitral del Transporte de Aragón, que celebra sus sesiones indistintamente en las tres capitales de provincia, a elección del demandante y teniendo en cuenta las reglas de competencia territorial antes expuestas.

También conviene resaltar que las controversias han de ser de carácter mercantil, con un contenido meramente económico y basadas en el contrato de transporte, lo que excluye las reclamaciones por daños extracontractuales.

En principio y como ya se ha dicho, las Juntas Arbitrales del Transporte son competentes para resolver 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 ostente un interés legítimo en su cumplimiento, lo que supone el necesario y previo convenio arbitral.

Sin embargo, la LOTT establece un sistema de presunción legal de sumisión a las Juntas Arbitrales del Transporte, en virtud del cual se presumirá que existe sometimiento al arbitraje de las juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de seis mil euros 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 contratada.

Esta presunción legal de sumisión da lugar a que de hecho y siempre y cuando no se haya excluido previamente el arbitraje por alguna de las partes intervinientes en el contrato de transporte, las Juntas Arbitrales del Transporte sean los únicos órganos que pueden resolver aquellos litigios cuya cuantía no supere los seis mil euros, convirtiéndose de este modo en una suerte de primera y única instancia para resolver estas controversias.

En todo caso y sobre esta cuestión, es preciso señalar que es muy habitual en los contratos de transporte de mercancías, tanto de carga completa como en fraccionada, el hacer constar expresamente la sumisión a las Juntas, aun cuando la cuantía litigiosa supere los seis mil euros.

Pasando ya al procedimiento arbitral, el artículo 38, punto 2, de la LOTT dispone que este debe caracterizarse por la simplificación de trámites y por la no exigencia de formalidades especiales.

En el artículo 9 del ROTT, se establece que las actuaciones arbitrales ante las Juntas serán instadas por escrito firmado por el actor o sus representantes, en el que se expresara el nombre y domicilio del reclamante y de la persona contra la que se reclama, haciendo exposición de los fundamentos de hecho y de derecho en los que se justifique la reclamación, especificando en contenido de la misma y proponiendo las pruebas que se estimen pertinentes.

Tras examinar la reclamación y comprobar que no existe problema de competencia que pueda dar lugar a que sea rechazada, se remite copia de la reclamación a la parte contra la que se reclama señalándose en ese mismo escrito fecha para la vista, que será comunicada también al demandante.

El reclamante debe asistir inexcusablemente a la vista, por sí o por su representante, pues de no acudir, de conformidad con lo establecido en el artículo 9, punto 5, del ROTT, se le dará por desistido en su reclamación y consecuentemente no habrá ni vista ni laudo. Sin embargo, la inasistencia de la parte reclamada no impedirá la celebración de la vista y, por ello, de que el correspondiente laudo sea dictado.

En cuanto al “modus operandi”, abierto el acto, y tras exhortar a las partes, mas por estilo que por imperativo legal, para que lleguen a un acuerdo transaccional, se le concede la palabra al reclamante para que efectúe las alegaciones que considere convenientes, quien ha de concretar su pretensión, coincidiendo con la inicialmente expuesta en su escrito de demanda. A continuación, ha de aportar ó proponer las pruebas que estime conveniente, que por la Junta habrán de ser, en su caso, consideradas pertinentes y admisibles, si bien, por principio y dada la amplitud de libertad en cuanto al procedimiento, no suelen plantearse nunca problemas de admisibilidad. A continuación se le da la palabra al reclamado, quien efectúa sus alegaciones y propone asimismo la prueba que le interesa.

Se practican las pruebas en el mismo acto, salvo las que por su naturaleza no resulten posibles y caso de existir pruebas que la Junta no pueda efectuar por sí misma, se vendría a solicitar el auxilio al Juez de Primera Instancia.

Se da a las partes un último turno de conclusiones, tras la práctica de la prueba y se levanta acta de la sesión por el Secretario que es firmada por todos los asistentes.

Obviamente el final de nuestro procedimiento arbitral, al igual que en cualquier otro arbitraje, es la emisión del correspondiente laudo que viene a resolver la cuestión debatida. Aun cuando está previsto (artículo 9, punto 4 del ROTT) que el laudo se dicte en esa misma sesión y dado que existe la posibilidad de demorarlo en atención a la natu-

raleza de las pruebas, lo habitual es hacerlo unos días después, normalmente en un máximo de quince, habiendo dejado en el acta la oportuna constancia de dicho plazo.

Por lo que respecta a las normas aplicables al fondo de las controversias, la nueva Ley de Arbitraje ha venido a modificarlas de manera sustancial, pues el artículo 34, punto 1, establece que los árbitros solo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello, de donde se deduce, a “sensu contrario”, que en todos los demás casos habrá de resolverse con arreglo a derecho. Por el contrario, preciso es recordarlo, la anterior Ley, la de 1988, en el punto 2 del artículo 4, establecía que en el caso de que las partes no hubieran optado expresamente por el arbitraje en derecho, los árbitros resolverían en equidad.

Sobre el papel, esta modificación supone un giro de ciento ochenta grados respecto a la situación anterior, pero en la practica no ha supuesto para las Juntas Arbitrales del Transporte un cambio tan drástico, ya que desde un principio y en la practica totalidad de las ocasiones, se ha venido resolviendo conforme a derecho. y ello, en mi opinión, por dos razones que han pesado mucho para actuar en tal sentido.

De una parte hay que tener en cuenta que las Juntas Arbitrales del Transporte, como herederas de las antiguas Juntas de Detasas, tienen un fuerte espíritu de tribunal profesional, de tribunal compuesto por los que se dedican al transporte, por los que saben y entienden del transporte y al fin y al cabo, entender y saber de una materia es, en gran medida, estar al corriente de la legislación que lo regula.

De otra parte, no puede obviarse que existe la sensación, falsa pero interesadamente extendida, de que al resolver en equidad se cae con frecuencia en una suerte de juicio salomónico en el que se parten y reparten pros y contras, razones y desafueros, de forma y manera que a nadie se le da toda la razón, aunque la tenga, ni a nadie se le quita toda ella, aunque no la tenga en absoluto, contraponiendo así derecho a equidad cuando, desde luego, no solo no son términos antitéticos sino complementarios.

Esta cuestión la considero de suma importancia, pues esa impresión de incertidumbre, de supuesta falta de seguridad jurídica, ha acarreado el que algunas empresas hayan excluido expresamente nuestro arbitraje como método de resolver los conflictos en los que pudieran verse inmersas, prefiriendo las teóricamente mucho más específicas y mucho más previsibles reglas de la jurisdicción ordinaria que, además, no conviene olvidar, permiten una segunda instancia.

En todo caso, esta obligación de resolver conforme a derecho ha de matizarse en cuanto a su alcance, pues del tenor literal de los preceptos de nuestra legislación específica y mas concretamente del artículo 8 del ROTT, se desprende la no exigencia de que los componentes de las Juntas Arbitrales del Transporte sean abogados en ejercicio, lo que se contrapone de plano con la previsión del punto 1 del artículo 15 de la nueva Ley

al referirse al nombramiento de los árbitros y establecer que para ser nombrados tales se requerirá la condición de abogado en ejercicio.

Así, siendo en el arbitraje de transporte tan solo preciso que el Presidente sea Licenciado en Derecho, pero no los vocales y desde luego ni uno ni, obviamente los otros, abogados en ejercicio, considero que la resolución de las controversias y la motivación del laudo en derecho no debe implicar una delicada construcción jurídica que conlleve unas referencias concretas e inexcusables de los preceptos legales aplicables y aplicados, de la jurisprudencia al caso, de la doctrina, etc. etc., siendo suficiente que la decisión de la cuestión debatida tenga su base y apoyo en el derecho positivo y este sea citado. Es decir, nuestros laudos, aun conforme a derecho, no tiene por que ser técnicamente similares a las sentencias judiciales, no siendo preciso que contengan una carga jurídica ni tan docta ni tan exhaustiva como aquellas.

En cuanto a la decisión que venga a resolver la controversia, esta deberá adoptarse por mayoría simple de los miembros de la Junta, dirimiendo los empates el voto de calidad del Presidente y admitiéndose incluso (artículo 9, punto 7, del ROTT), la posibilidad de que el laudo sea dictado solo por este, al establecer textualmente el citado precepto que “la inasistencia de cualquiera de los miembros de la Junta, con excepción del Presidente, no impedirá que se dicte el laudo”.

El plazo para dictar el laudo será, por remisión a la legislación general de arbitraje (artículo 37, punto 2) de seis meses, que en nuestro caso habrá de contarse desde la fecha de celebración de la vista oral, acto procesal equiparable a la contestación de la demanda al ser el momento en que el reclamado puede oponerse a las pretensiones del reclamante. En cuanto a las formalidades del laudo y dado que nuestra legislación específica nada determina al respecto, hemos de remitirnos también a la general de arbitraje y así, (artículo 37, puntos 3, 4 y 5) el laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su parecer discrepante. Desde luego deberá ser motivado, en nuestro caso con arreglo a derecho. Y deberá constar la fecha y el lugar en que ha sido dictado, cuestión de importancia en orden a determinar la competencia territorial del Juzgado que, en su caso, ha de ejecutarlo (artículo 9, punto 8 del ROTT).

Por lo que se refiere a los efectos del laudo, este tiene la consideración de “cosa juzgada” cuando ha transcurrido el plazo para poder solicitar la anulación del mismo, que con la nueva Ley de Arbitraje es de dos meses desde la notificación y viene a denominarse acción en vez de recurso. A este respecto, es de resaltar la modificación que ha supuesto el pasar de un plazo de diez días para interponer el recurso de anulación, que establecía la legislación anterior (artículo 45 y siguientes de la Ley de Arbitraje de 1988), al de dos meses para solicitar la acción de anulación, que establece la ahora vigente (artículos 40 y siguientes de la actual Ley de Arbitraje), pues en principio, resulta evidente que multiplicar por seis el plazo para poder solicitar la anulación del laudo parece excesivo.

Sin embargo, lo verdaderamente importante no es cuanto tiempo tarda el laudo en devenir firme, sino cuanto tiempo hay que esperar para poder ejecutarlo y en este sentido, el punto VIII de la Exposición de Motivos de la nueva Ley de Arbitraje aclara de forma concluyente que esta ampliación del plazo para solicitar la anulación “no ha de perjudicar a la parte que haya obtenido pronunciamiento de condena a su favor, por que el laudo, aun impugnado, tiene fuerza ejecutiva”. En efecto, el punto 1 del artículo 45 de la nueva Ley de Arbitraje establece que el laudo es ejecutable aun cuando contra el se haya ejercitado acción de anulación, por lo que, a dichos efectos prácticos de poder ejecutar el laudo, resulta indiferente el plazo para instar la anulación del mismo.

Además, la nueva Ley de Arbitraje, como se recoge en el punto IX de la Exposición de Motivos y en el citado artículo 45, sigue la orientación de la ejecución provisional establecida en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, a la que expresamente se remite y mediante la cual, si el ejecutado, condenado en un laudo, quiere oponerse a la ejecución, deberá ofrecer caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que puedan derivarse de la demora en la ejecución del laudo. Esta caución, tal como dispone el párrafo segundo del punto tercero del artículo 529 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deberá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento y emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate.

Consiguientemente, ya que el condenado en un laudo no podrá evitar la ejecución sino es prestando tal caución, que en el caso de nuestros arbitrajes de transporte alcanzará al menos principal e intereses y en cuanto a las costas habrá de estar a lo que nos vayan diciendo los tribunales, lo previsible es que no se insten demasiadas acciones de anulación, pues con este sistema es de suponer que desaparezca cualquier tipo de interés dilatorio.

De conformidad con el artículo 9, punto 9, del ROTT, se puede solicitar la ejecución forzosa del laudo transcurridos diez días desde que fuera dictado, si bien este plazo hay que matizarlo a la vista del envío que el artículo 44 de la Ley de Arbitraje hace, a estos efectos de ejecución, a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues habrá de tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 548 de este cuerpo legal, por lo que, con independencia de que el condenado inste o no la acción de anulación, el tribunal no despachará ejecución del laudo arbitral hasta que no hayan transcurrido al menos veinte días desde la fecha en que se le notificó a aquel.

En todo caso y a tenor de la modificación llevada a cabo en la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio de 1985, del Poder Judicial, la ejecución, incluso la provisional, de los laudos dictados por las Juntas Arbitrales del Transporte, deberá instarse ante los Juzgados de lo Mercantil, en vez de ante los Juzgados de Primera Instancia.

Es preciso señalar que en el ROTT se prevé expresamente la gratuidad del arbitraje de transportes. Además, como no se precisa la intervención ni de Abogado ni de Procurador, solo cabría pensar en la generación de costas como consecuencia de la práctica de las pruebas, estableciéndose así mismo que el pago de las costas se regirá por lo dispuesto en la legislación general de arbitraje (artículo 9, punto 9 del ROTT).

Por último, por lo que respecta a la eventual anulación y revisión del laudo, no existiendo tampoco normas específicas en la legislación de transportes, son de aplicación los artículos 40 y siguientes de la Ley de Arbitraje, siendo también de tener en cuenta la remisión que esta hace a la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 509 y siguientes de la LEC).

CURSO MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

Nuevos retos del arbitraje de consumo

ARBITRAJE EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

Mercedes Zubiri de Salinas

Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Zaragoza

I. Introducción

II. La contratación electrónica

1. Perfección del contrato

1. A. Oferta del contrato
1. B. La aceptación
1. 3. El acuse de recibo
1. 4. Lugar de celebración

III. Forma y contenido del contrato

1. Forma
2. Contenido
 - 2.A. Las obligaciones del prestador de servicios
 - 2.B. Las obligaciones del destinatario. Especial referencia al pago mediante tarjeta de crédito
 - 2.C. Los derechos del destinatario: el derecho de desistimiento

IV. El arbitraje telemático

V. Tramitación

VI. Validez de las comunicaciones

ARBITRAJE EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

Mercedes Zubiri de Salinas

Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Zaragoza

INTRODUCCIÓN.

El arbitraje es una forma resolución de conflictos que puede ser útil cuando alguien realiza una contratación por medios electrónicos y por la razón que sea dicho contrato no llega a cumplirse o no se efectúa de una forma satisfactoria. Dentro de su estudio debemos partir, en primer lugar, de lo que es la contratación electrónica, la forma y el contenido de los contratos que pueden ser sometidos a esta solución extrajudicial que es el arbitraje en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso. La segunda parte del trabajo la centraré en el arbitraje telemático, los principales trámites que pueden ser efectuados por medios telemáticos y, por último, el valor de las comunicaciones realizadas por estos medios.

II. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

La contratación electrónica es un tema de actualidad porque está en la calle, en la publicidad y en la realidad “virtual” y real, aunque quizá su desarrollo no ha sido tan importante como inicialmente se pensó sino que su implantación está siendo progresiva y para determinados productos y servicios¹.

¹ Según nota informativa del INE de 17 de diciembre de 2003 sobre datos relativos a los tres primeros trimestres de 2003, el comercio electrónico tiene una incidencia relativamente baja entre los hábitos de compra de los españoles. Las personas que realizaron alguna compra de bienes o servicios fueron 1.625.615 que representan un 4,6% de la población de 15 y más años. Los productos que destacan en la compra por internet son los viajes y alojamientos de vacaciones (39%) y las entradas de espectáculos (31,2%).

Su régimen lo encontramos en la Ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Esta es la norma básica a la que voy a hacer referencia, sin perjuicio de tener en cuenta otras normas como la LOCM Ley 7/1996 de 15 de enero modificada por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre o la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, sobre firma electrónica.

La contratación electrónica está íntimamente relacionada con el comercio electrónico pero tiene contornos más precisos. Además ambos van asociados al uso de Internet pero no se ciñen exclusivamente a este medio. En Internet, literalmente red de redes, un usuario puede comunicar en tiempo real con otro usuario para cualquier tipo de fin (diversión, investigación o para efectuar cualquier trabajo o negocio). Asimismo a través de los BBS (*Electronic Bulletin Board*) y de los *Chats room* se pueden enviar mensajes a cualquier parte del mundo o comunicarse sobre los más variados temas.

Por otra parte el propio concepto de comercio electrónico se ha quedado pequeño, por eso tanto la Directiva comunitaria (2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior) como la Ley española se refieren a un objeto más amplio cual es la noción de “servicios de la sociedad de la información”². Estos servicios cubren una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan “on line”, por tanto, no sólo la contratación sino otros servicios no remunerados por los destinatarios como p.ej. ofrecer información o las comunicaciones comerciales, los instrumentos de búsqueda, acceso y recuperación de datos, buscadores, la publicidad o el marketing directo a través del correo electrónico etc.. De ahí que se hable de sociedad de la información ya que una de las mayores revoluciones que implican todos estos avances tecnológicos es la facilidad y las posibilidades de obtener rápidamente la información.

En un sentido estricto se habla de contratos electrónicos cuando se perfecciona el contrato en el momento de la transacción electrónica y por medios electrónicos. La ley española nos da un concepto en el ANEXO letra h “contrato celebrado por vía electrónica o contrato electrónico es todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones” a diferencia, de otras definiciones contenidas en los primeros anteproyectos de esta Ley que lo contemplaban como aquel en el que bastaba con que sólo la aceptación constara por medios electrónicos. En los preceptos de la ley solamente indica que son los celebrados por vía electrónica (Art. 23.1).

Cuando nos estamos refiriendo a la contratación electrónica debemos distinguir por una parte la contratación efectuada por los empresarios en su tráfico mercantil

² Ya la Directiva 89/34, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas, definió estos servicios como: “aquellos que son prestados normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico para el tratamiento y almacenamiento de datos, y a petición individual de un receptor o destinatario”.

“business to business” (B2B); y la contratación llevada a cabo por los destinatarios finales de los productos o servicios, es decir, por los consumidores “business to consumers” (B2C); y entre estos últimos “consumers to consumers” (C2C). Contratos B2B o B2C, estableciendo normas dispositivas para la primera modalidad e imperativas para la segunda. Respecto al ámbito geográfico, podemos distinguir entre contratos nacionales, comunitarios o internacionales.



Dependiendo del modo de ejecución de los contratos, podemos distinguir entre aquellos cuya realización es posible también a través de medios electrónicos contratos on line (C-E directo), y los que no, puesto que requieren una ejecución material o física contratos off line (C-E indirecto).

En todos ellos destaca como nota característica, a mi juicio por encima de todas las demás, que nos encontramos ante una contratación a distancia. Por tanto, en principio tendríamos que afirmar que todas estas formas de contratación son contratación entre ausentes por lo que, a la hora de determinar su régimen jurídico, tendríamos que acudir a los art. 1262 y ss. del Cc y 54 del Ccom modificados por la ley 34/2002 de 11 de julio en su DA 3ª que utiliza el término “lugares distantes”. Esto hace que debamos considerarlos como contratos negociados a distancia de los regulados en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante LOCM), norma que tenemos que tener en cuenta a la hora de determinar su regulación (vid. los art. 38 a 48 y la Dispo. Adic. 1º de la LOCM). El Art. 38 p. 6 prevé la aplicación preferente pero no exclusiva de la LSSICE. La razón por la que podemos calificarla como contratación a distancia es porque no es tanto la presencia física de los contratantes lo que determina la diferencia en el tratamiento de estas formas de contratación sino que la comunicación sea o no simultánea. A mi juicio no es cuestión de lugar sino de tiempo lo que implica que deba darse a esta forma de contratación un tratamiento diferenciado. De hecho incluso en la Directiva (art. 10.4) y en la Ley (art. 27.2.b) se excluye la aplicación de ciertas normas cuando se prevé la contratación por medio de correo elec-

trónico, ya que aquí lo fundamental es que se trata de una contratación por correo, por tanto semejante a la prevista en la legislación codificada para la contratación entre ausentes y es perfectamente posible aplicar dichas reglas. En el correo electrónico lo importante es el sustantivo, que es un correo, y no el adjetivo, que se transmite por un medio electrónico, porque esto implica rapidez pero no necesariamente simultaneidad. Por eso pueden darse los mismos problemas que en la contratación por carta tradicional. Es posible distinguir entre el momento en el que se emite la declaración de voluntad (tesis de la emisión); el momento en el que se envía el correo electrónico (tesis de la remisión); el momento en el que el receptor lo recibe (tesis de la recepción) y el momento en el que el receptor lo lee efectivamente (tesis del conocimiento) pudiendo pasar periodos de tiempo más o menos largos entre uno y otro. Esto no es posible en el caso de la contratación electrónica pues una vez que se efectúa la conexión por medios telemáticos la llegada de la oferta y de la aceptación puede ser prácticamente simultánea. Lo importante es que nos encontramos ante un tipo de contratación que se realiza entre personas que están distantes entre sí y, en consecuencia, las especialidades tienen que venir por el hecho de que no siempre se tiene a la vista lo que es objeto del contrato y por las deficiencias técnicas de los medios de comunicación.

En la contratación electrónica rigen una serie de principios entre los que destaca el de equivalencia funcional de los actos electrónicos respecto de los autógrafos o manuales. Este principio implica aplicar a los mensajes de datos electrónicos una pauta de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad, es decir, los efectos jurídicos de una declaración se deben producir independientemente del soporte material o electrónico en el que esta conste. La LSICE consagra este principio, en su art. 23.1, al indicar: “ los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el Ordenamiento jurídico...”. Este principio trata de favorecer la celebración de los contratos vía electrónica.

No obstante, pueden existir excepciones a la equivalencia funcional. El legislador español, inspirándose en la Directiva comunitaria (art. 9.2), restringe el ámbito de las exclusiones a aquellos contratos relativos a Derecho de familia y sucesiones, aquellos que requieran la forma documental pública (como forma *ad solemnitatem*) o requieran la intervención de órganos jurisdiccionales, Notarios, Registradores o Autoridades Públicas (art. 23.4). Además hay que tomar en consideración determinados contratos a los que no se aplicarán a pesar de haberse efectuado por un medio electrónico por estar expresamente excluidos. En concreto, el art. 38 de la LOCM, establece dos supuestos excluidos:

a) *Las ventas celebradas mediante distribuidores automáticos o locales comerciales automatizados*, exclusión que tiene su causa en la existencia de una regulación específica para este tipo de contratación en la que interviene una máquina. En la LOCM se dedican a esta modalidad de venta los art. 49-52. En este tipo de ventas el elemento característico es que una de las partes es una máquina y por eso tiene una regulación especial. En la contratación a distancia hay una voluntad de un oferente expresada a través de un medio o técnica de comunicación aunque este sea una máquina. Podría plantearse si debemos considerar como contratación con una máquina el caso antes enunciado en el que el diálogo

contractual es entre dos ordenadores preordenados. Pero, aún en este supuesto, no hay una contratación con una máquina, sino *por medio* de una máquina con una voluntad contractual previamente programada para ella.

b) *las ventas celebradas en subastas, excepto las efectuadas por vía electrónica a las que justamente sí que se aplican.*

Otro de los principios que hay que tener en cuenta en este tipo de contratación es el de inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados. La electrónica no es un nuevo Derecho sino un nuevo soporte o medio de transmitir declaraciones negociales. Por ello, atendiendo al principio de libertad de forma que rige en materia contractual, el uso de medios intangibles no debe provocar un cambio en el Derecho preexistente referente a la perfección, ejecución y consumación de los contratos. La LSSICE, en armonía con la Directiva Comunitaria, trata simplemente de regular aquellas pequeñas particularidades que la utilización de este medio puede provocar en los contratos, pero sin alteración alguna del Derecho existente, (art. 23.1 último inciso). Como manifestación de este principio, se mantiene la libertad contractual, eso sí, matizada o restringida cuando en la contratación intervienen consumidores.

De conformidad con estos principios, el art. 23 LSSICE declara la validez y eficacia del consentimiento por vía electrónica sin necesidad de un acuerdo previo de las partes respecto la utilización de medios electrónicos. Finalmente, el art. 23.3 contiene una novedad importante, que deja consolidado el principio de equivalencia funcional de los contratos realizados por medios electrónicos, puesto que establece que, siempre que la Ley exija que un contrato figure por escrito (forma *ad probationem*), este requisito se entenderá satisfecho cuando el contrato figure en soporte electrónico.

1.PERFECCIÓN DEL CONTRATO

1. A. OFERTA DEL CONTRATO

Pensemos que partiendo de estos criterios queremos contratar electrónicamente. La primera consideración a tratar en el proceso contractual es, la necesidad de diferenciar cuando nos encontramos ante una verdadera oferta contractual, y cuando simplemente ante una invitación a contratar. La oferta debe consistir en una verdadera comunicación comercial, es decir, debe consistir en una comunicación dirigida a proporcionar a terceros, directa o indirectamente, los bienes o servicios prestados por una empresa de cualquier índole. Ha de ser precisa, completa y definitiva. Por ello, nos encontraremos ante una oferta electrónica cuando la página *web* contenga el dispositivo técnico para que se produzca la aceptación por vía electrónica, en caso contrario estaremos ante una simple *invitatio ad offerendum*, donde el destinatario del bien o servicio habrá sido el ofertante.

Con el fin de promover la máxima transparencia en las relaciones entre usuarios y los proveedores de servicios, se establecen una serie de obligaciones a cargo de los pres-

tadores de servicios. A este respecto, siguiendo lo dictado por la Directiva, art. 5 y 10, se obliga a los prestadores de servicios a facilitar el acceso a los usuarios a la información básica sobre sí mismos y a los datos exactos sobre los productos o servicios que ofrecen.

Además el art. 27 de la LSSICE establece la obligación por parte de los prestadores de servicios, de informar de manera clara, comprensible e inequívoca y antes de iniciar el procedimiento de contratación sobre los siguientes aspectos:

Los trámites a seguir para celebrar el contrato

Si el prestador archivará el documento electrónico en que se formalizará el contrato.

Los medios técnicos que ponen a disposición para corregir errores.

La lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato. Entiendo, que si son varias las lenguas posibles, sea el usuario quien la elija.

Estas exigencias son imperativas cuando el destinatario del servicio es un consumidor, sin embargo entre empresarios es una norma dispositiva, es decir, pueden pactar su inaplicación. Tampoco será exigible cuando el contrato se haya celebrado a través de correos electrónicos, siempre que este medio no sea utilizado con el único propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación. Este último inciso, se recogió por primera vez en el anteproyecto de Ley de 22 de febrero de 2002, y se ha mantenido en la Ley, lo cual se puede valorar, en mi opinión, positivamente.

El diseño de una página *web* es un elemento esencial en la contratación electrónica. La oferta contractual se realiza a través de un escaparate virtual "*websites*", estas, podrán ser activas, porque promueven la comercialización, o pasivas, puesto que simplemente hacen ofertas públicas genéricas. Por ello, aunque la LSSICE no lo diga, en opinión de Juliá Barceló³ sería apropiado que se añadan a la página *web* herramientas que faciliten al usuario la elección de productos y envío de la orden de compra, como por ejemplo utilización de carritos de compra que ayuden a la selección de productos. También sería importante que antes de la aceptación se presente una hoja recapitulativa con todos los objetos seleccionados, su precio, los gastos del transporte y el total de los impuestos.

El art. 27 de la Ley de C-E, termina diciendo en su apartado 4, que "con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario" ..

3 Juliá Barceló, R., "*Formación del contrato electrónico: consideraciones prácticas*", RCE nº18, 2001, pag. 38.

El art.2 RD 1906/1999 , de 17 de diciembre, aplicable ya que es el desarrollo reglamentario de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, se exige disponer de las condiciones del contrato con tres días de antelación. Este requisito no lo menciona el art. 27.4 de la LSSICE, pero este deber de información previa se cumplirá siempre que, el profesional las ponga a disposición del usuario en la página *web*, de forma que cualquiera pueda conocerlas al entrar en ella, y sin la necesidad por lo tanto, de proceder al reenvío de las mismas (como exige el art.2 RD1906/1999).

El art. 5.2 párrafo 2º RD1906/1999 está redactado de forma que parece exigir ante un contrato electrónico, la utilización de una firma electrónica avanzada, sin embargo el art. 3 del RD-Ley 14/1999, de 17 de septiembre sobre firma electrónica y ,en el mismo sentido, se mantiene en el art. 3.9 de la LFE de 2003 se indica: “No se negarán efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de firma electrónica reconocida en relación a los datos a los que esté asociada por el mero hecho de presentarse en forma electrónica” por lo que se establece el carácter voluntario en la utilización de una firma electrónica simple o avanzada.

A esta información hay que añadir la establecida en el art. 40 de la LOCM. Esta norma tiene carácter imperativo para los empresarios de ventas a distancia. Esto implica que debe ser cumplido necesariamente por lo que no podrá el empresario, mediante pacto, no incluir alguna de las menciones o remitirse a otros documentos que no sean la propia oferta contractual. Las menciones tienen que aparecer contenidas en la misma oferta contractual.

De estas especificaciones voy a hacer referencia, de forma separada, a los gastos de transporte porque en las ventas a distancia es un gasto necesario por la propia esencia de las mismas especialmente en caso de contratos *off-line*. Para que no se causen sorpresas posteriores al comprador de los bienes se exige su mención. De esta manera el consumidor debe contar previamente con un incremento en el precio del bien que pretende adquirir debido a la necesidad de que le sea transportado a su domicilio.

Asimismo se exige que en el precio estén incluidos todos los impuestos. En la redacción tras la Ley 47/2002 se incluyen expresamente puesto que al consumidor es al que se le repercute el IVA por el sujeto pasivo del impuesto (art. 88.1 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el valor añadido). La razón es la antes citada con relación a los gastos de transporte: que se le determine el precio cerrado.

Por otra parte se le debe informar del plazo de validez de la oferta, que hace que ésta tenga la naturaleza de irrevocable para el vendedor durante el tiempo que ha fijado para que surta efecto. Por consiguiente, el vendedor no podrá cambiar las condiciones anteriormente determinadas durante ese periodo que debe indicar. Con este requisito se pretende favorecer al consumidor que tiene constancia del tiempo en el que puede emitir su aceptación y por tanto perfeccionar el contrato.

Por último, en este momento inicial de la contratación también se deberá informar al consumidor acerca del procedimiento extrajudicial del conflicto del que dispone o al que esté adherido. (letra k art. 40). Será entonces cuando conocerá si puede someter las posibles controversias a un arbitraje de consumo lo cual se indicará habitualmente en las condiciones generales.

También tiene que tener una información en sentido negativo puesto que la Directiva sobre el Comercio Electrónico (art. 7), al referirse a las comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico (el *spam*), impone al prestador del servicio la obligación de identificarse de manera clara e inequívoca, y a consultar con periodicidad frecuente las listas de exclusión voluntarias (“*opt-out*”). En cambio, la LSSICE va más allá y establece no sólo la prohibición del *spam* (art. 21), sino que además el art. 22 establece un sistema de “*opt-in*” o consentimiento previo. Cuando el destinatario de un servicio deba facilitar su dirección de correo electrónico durante el proceso de contratación y el prestador que pretendiera utilizarla posteriormente para el envío de comunicaciones, se deberá poner en conocimiento del cliente esta intención y solicitar su consentimiento para la recepción de esas comunicaciones, antes de finalizar el procedimiento contractual. Este derecho y la necesidad de una actitud activa podemos considerarlos clásicos en nuestro Ordenamiento puesto que ya se exigía en el art. 29.2 de la derogada Ley Orgánica 5/1992 en el que se establecía que “los afectados tendrán derecho a conocer el origen de sus datos de carácter personal, así como a ser dados de baja de forma inmediata del fichero automatizado, cancelándose las informaciones que sobre ellos figuren en aquél, a su simple solicitud”; lo cual se mantiene en la L.O. 15/1999 al reconocerse un derecho de acceso (art.15) y de rectificación y cancelación (art.16).

1.B. LA ACEPTACIÓN

En nuestro ordenamiento la perfección del contrato, como es bien sabido, se produce por el concurso de la oferta y de la aceptación. Tales declaraciones de voluntad pueden expresarse, en virtud del principio de libertad de forma (arts.1258Cci y 51Cco) a través de cualquier medio salvo en los contratos formales que constituyen la excepción. Por perfección del contrato entendemos como aquel momento a partir del cual el contrato comienza a desplegar sus efectos, esto es, el momento a partir del cual las partes pueden exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

La Ley sobre el comercio electrónico optó por modificar a través de su Disposición Adicional Cuarta los artículos del Código Civil y Mercantil relativos a la contratación entre personas ausentes estableciendo un criterio uniforme para los contratos civiles y mercantiles y un régimen especial en caso de contratación mediante dispositivos automáticos. Las vacilaciones del legislador en este punto se ponen de manifiesto si se observa el iter pre-legislativo. Antes de llegar a la Ley hubo cinco anteproyectos de Ley en los que se fueron recogiendo criterios diferentes. En la versión de septiembre de 2000, no se decantaba por ninguna de las teorías clásicas que rigen el momento de perfección del contrato. En cambio, el art 23 del Anteproyecto de enero de 2001, se inclinaba por la teo-

ría de la recepción, superando en esta materia la clásica dualidad de criterios. Sin embargo, en el Anteproyecto de abril de 2001, da un giro el legislador y decide recoger el momento de la emisión (art. 30), momento también deseado por la propuesta alternativa al proyecto actual de la LSSICE por parte de la Asociación de Cibernautas (art.30). Pero finalmente, el legislador nos sorprendió con la solución adoptada en el Proyecto de Ley de 22 de febrero de 2002 y ratificada con la aprobación de la Ley de 3 de julio de 2002. Esta vez no acoge una solución unitaria para este tipo de contratos. Según la DA 4ª quedan regulados ambos artículos del siguiente modo:

El art. 1262 Cci, “El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y causa que han de constituir el contrato. Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no puede ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”.

El art. 54 Cco, “Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en le que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”.

En la contratación entre personas distantes, que es la terminología que se acoge por los Códigos modificando la tradicional de contratación entre ausentes, se adopta el criterio del conocimiento matizado con el de la recepción, lo cual supone que se aplicará en los contratos celebrados por el intercambio de correos electrónicos con el consiguiente deber objetivo de consulta permanente del buzón del correo electrónico. Deber que se debe matizar si el destinatario es un consumidor, así, mientras entre empresarios la perfección se puede considerar desde la llegada del mensaje al buzón electrónico, ante un consumidor dicha recepción se entenderá la del día siguiente al de la entrada en el buzón.

Por lo que se refiere a los contratos que hemos calificado estrictamente como electrónicos, la aceptación, si es un consumidor, tendrá que ser expresa por exigirlo así el art. 41 de la LOCM. La finalidad del artículo es la protección del consumidor que puede verse obligado a contratar por otorgarle el vendedor un valor a su silencio. La necesidad de que la declaración sea expresa se pone de manifiesto por el hecho de que el aceptante debe contestar por un medio de comunicación a distancia y, para la contratación electrónica este medio será electrónico. El último párrafo de los preceptos, introducido tras el dictamen del Consejo de Estado, prevé la aplicación de la tesis de la emisión en caso de contratos celebrados mediante dispositivos automáticos. Aquí tenemos que incluir el caso típico en el que la manifestación del consentimiento se efectúe mediante el “clickeo” en un punto con-

creto indicado por el prestador de servicios de la sociedad de la información indicándolo expresamente en la página web, que es el supuesto más habitual de contratación electrónica y el que nosotros estamos analizando. Quizá el legislador debía haber sido más explícito y no introducir un concepto como el de “dispositivo automático” que, amén de no ser jurídico puede plantear problemas de interpretación⁴.

1. 3. EL ACUSE DE RECIBO

Además, específicamente para el comercio electrónico, tanto la Directiva comunitaria (art.11) como el 28 de la Ley exigen que el prestador de servicios acuse recibo del pedido del destinatario sin demora indebida (la ley dice que en plazo 24 horas) y por vía electrónica. La necesidad de acusar recibo no se debe entender como que es éste el momento en el que el contrato se perfecciona. No se debe confundir con la aceptación sino que su finalidad es otorgar certeza acerca de la recepción del pedido (no quedando probado su contenido lo cual se probará por otros medios como la firma electrónica o la firma electrónica avanzada o reconocida)⁵. La necesidad de acuse de recibo rápido -ya que la Directiva utiliza los términos “sin demora indebida”- es una exigencia indeterminada no estableciéndose además, consecuencias en caso de incumplimiento en cuanto al tiempo. La ley lo califica como una de las infracciones leves art. 38.4.f lo mismo que no facilitar la información si es un consumidor o no se ha pactado expresamente su exclusión⁶. El hecho de que el acuse de recibo deba hacerse por el mismo medio por el que se efectuó la contratación implica una cierta inmediatez al mismo para que tenga sentido. Si no hay que considerar que el mensaje con el pedido no ha sido recibido y por tanto reiterarlo o desistir de la contratación. Esto puede entenderse en el sentido de que el legislador comunitario ha pretendido introducir, como criterio para perfeccionarse el contrato electrónico el de la recepción del acuse de recibo de la aceptación por parte del oferente⁷. A mi entender, el legislador comunitario lo que ha pretendido es el establecimiento de una norma que tiende más a la seguridad⁸ que a afectar a la perfección de los contratos para lo cual tendremos que acudir a la teoría general del contrato⁹.

4 GARCÍA MÁ, F.J. *Comercio y firma electrónicos. Análisis jurídico de los servicios de la sociedad de la información*, Edit. Lex Nova, 2ª ed. Valladolid 2004, p.286

5 En este sentido vid. ILLESCAS ORTIZ, R. *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid 2001, p. 242-246.

6 La falta de información previa del art. 27 y la obligación de confirmación son infracciones leves que se pueden sancionar con multa de hasta 30.000 euros Art. 38 y 39

7 CLEMENTE MERO, M.E. “Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica, *RdP*, año 2000-1, nº 4, pág. 80.

8 VATTIER FUENZALIDA, C. “Sobre la formación del contrato en el Anteproyecto de Ley de comercio electrónico” *RCE*, nº 8 septiembre de 2000, pág. 16 RECALDE CASTELLS, A. “Comercio y contratación electrónica” *Derecho e Informática* nº 30-32, 1999,pág. 61considera que es un requisito formal que tiene la finalidad de garantizar la autenticidad del mensaje recibido.

9 El Anteproyecto de ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico en la versión de 30.04.01 contenía un precepto en el que se hacía referencia expresa al momento de la celebración del contrato. Este precepto se suprimió en la versión definitiva de la ley. En él se decía:

Art. 30 Momento de celebración del contrato

En los contratos electrónicos, se entenderá prestado el consentimiento en el momento en que el destinatario de la oferta de contratación emite su aceptación.

1.4. LUGAR DE CELEBRACIÓN

Esta cuestión es importante desde el punto de vista de la competencia territorial. En la LSSI art. 29 prevé un criterio especial si el que contrata es un consumidor, indudablemente más favorable:

“Art. 29 Lugar de celebración del contrato.

Los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual.

Los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.”¹⁰

Se determina un doble criterio en función de la condición de consumidor o no del destinatario de los bienes ya que en ese caso se establece, como criterio favorable al consumidor, el del lugar que tenga su residencia habitual. Este criterio es claramente más beneficioso en este tipo de contratación que el previsto en el art. 1262 del Cc que es el del lugar en el que se hizo la ofertas y el que se aplicará a los demás contratos realizados a distancia¹¹.

III. FORMA Y CONTENIDO DEL CONTRATO

1.FORMA

Por lo que se refiere a la forma del contrato hay que partir del principio de libertad de forma previsto, con carácter general, para los contratos civiles (art. 1278 del Cc) y mercantiles(art. 51 del Ccom). No obstante, si es un contrato civil realizado entre un empresario y un consumidor por un medio de comunicación electrónico tenemos que tener en cuenta el art. 47 de la LOCM en lo relativo a la información que se debe suministrar al destinatario en el momento de la ejecución del contrato. La razón de la existencia de este derecho de información en esta fase contractual se encuentra en el reconocimiento legal del derecho de desistimiento. Esta información debe ser entregada por escrito o en soporte duradero adecuado (art. 47.2). La forma escrita se exige para garantizar que el comprador pudo tener conocimiento de las condiciones del contrato. Es una

¹⁰ En el primero de los Anteproyectos elaborado por el Ministerio de Fomento el art. 22 indicaba “ A los efectos de esta ley, el contrato electrónico se presume celebrado en el lugar desde el que el destinatario del servicio efectúe su petición, salvo que ninguna de las partes contratantes sea consumidor o usuario y ambas pacten lo contrario. El lugar de celebración del contrato así determinado, servirá para interpretarlo conforme a los usos y costumbres y para determinar, en su caso, la exigencia de requisitos especiales para su formalización y la jurisdicción competente para conocer de su impugnación o exigir su cumplimiento”.

En la versión elaborada por el Ministerio de Ciencia y Tecnología se cambia la orientación y se fija como lugar el que el prestador del servicio esté establecido.

¹¹ Ténganse en cuenta los art. 50 y 51 de la LEC. Si se trata de un contrato con condiciones generales será aplicable el fuero especial del art. 52, 14 de la misma ley.

forma *ad probationem* que pretende asegurar el contenido de los derechos del consumidor, no *ad solemnitatem* que afecte a la validez del contrato. En puridad no se puede hablar de forma del contrato sino de determinación de su contenido por escrito para garantizar los derechos del consumidor. El contrato se ha perfeccionado anteriormente tal como ha quedado indicado y no es preciso que se documente por escrito sino que se le informe al comprador de los derechos, especialmente el de resolución, y del contenido del contrato. Esto queda claro si lo comparamos con la regulación en la Ley 26/1991 de 21 de noviembre sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. El art. 3 de esta ley se refiere a la documentación del contrato y exige que el “contrato o la oferta contractual (...) deberán formalizarse por escrito en doble ejemplar, acompañarse de un documento de revocación e ir firmados y fechados de puño y letra por el consumidor”. Evidentemente en este caso se exige una forma especial para el contrato cosa que no ocurre en la LOCM¹². Las consecuencias del incumplimiento no son tampoco las mismas. Mientras la Ley 26 /1991 establece un efecto civil para la falta de forma: la posible anulación a instancia del consumidor (confer art. 4 de la citada ley), la LOCM atribuye a la falta de información por escrito una sanción administrativa al tratarse de una infracción grave del art. 65 1 letra ñ, por la que el empresario podrá ser sancionado (art. 68. 2 de la LOCM).

En los contratos electrónicos esta información podrá efectuarse mediante el preceptivo acuse de recibo.

2. CONTENIDO

Una vez perfeccionado el contrato surgen las obligaciones para ambas partes contratantes. En el momento de la ejecución del contrato se deben abordar tres cuestiones:

2.A. Las obligaciones del prestador de servicios

2.B. Las obligaciones del destinatario. Especial referencia al pago mediante tarjeta de crédito

2.C. Los derechos del destinatario: el derecho de desistimiento

2.A. Las obligaciones del prestador de servicios

Dentro de estas obligaciones podemos distinguir el plazo de ejecución y la obligación de información.

A) Plazo de ejecución

¹² Los califica de contratos formales VERGEZ, M. “Configuración y régimen jurídico de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. (Análisis de la Ley nº 26/1991 de 21 de noviembre)” *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Prof. Broseta Pont*, Tomo III, Valencia 1995, pág. 4034.

Al plazo de ejecución se dedica el art. 43 de la LOCM. Al regular la LOCM específicamente las ventas a distancia el precepto se refiere al vendedor. La principal obligación del vendedor es la entrega de la cosa vendida (confer. art. 1461 del Cc). La ley no utiliza estos términos sino los de ejecución del pedido, pero hay que considerarlos equivalentes.

El precepto fija un contenido de Derecho dispositivo ya que empieza diciendo que: “salvo que las partes hayan acordado otra cosa”. Por lo que habrá que estar, en primer lugar, a lo que las partes hayan convenido justamente porque el oferente lo haya incluido en la oferta contractual y haya sido aceptado por la otra parte en el momento de manifestar su consentimiento por el medio de comunicación utilizado. Esto se debe a que nos encontramos ante un contrato de adhesión en el que el comprador se somete a las prescripciones impuestas por el vendedor. No obstante, el plazo determinado por el vendedor no puede ser superior a treinta días ya que si no se vulnerará el art. 48 de la LOCM.

Si en la oferta no se ha indicado plazo para ejecución del contrato, es decir para realizar la entrega, la ley impone un plazo de treinta días a partir del día siguiente en que el comprador le haya comunicado su pedido. Podemos considerar que el legislador ha pretendido hacer cumplir al vendedor dentro de un plazo por lo que, en caso de incumplimiento, los efectos son la constitución en mora del deudor y la consiguiente indemnización de los daños y perjuicios de acuerdo con el art. 1100, 1º y 1101 del Cc. Sin embargo, la finalidad del artículo es que el cumplimiento del contrato no quede al arbitrio de uno de los contratantes, tal como establece con carácter general el art. 1256 del Cc, por eso la ley impone un plazo para que se ejecute el contrato. El plazo queda fijado en treinta días. Se contará desde la recepción por parte del vendedor lo que plantea que el comprador deberá adoptar un medio de contestar a la oferta mediante el cual le quede constancia de que ha sido recibido por el proveedor, ya que, transcurrido el plazo de treinta días podrá considerar que el vendedor ha incumplido el contrato y podrá reclamar, en su caso, los daños y perjuicios. En todo caso sabrá que queda desvinculado del contrato. Por eso no todos los medios para efectuar el pedido por parte del comprador son igualmente eficaces sino que son preferibles aquellos que permiten tener constancia de la recepción. Para esto tiene especial importancia el acuse de recibo previsto en las normas en materia de contratos electrónicos.

Además el art.43 sigue diciendo que: “en caso de no ejecución del contrato por parte del vendedor por no encontrarse disponible el bien objeto del pedido, el comprador deberá ser informado de esta falta de disponibilidad y deberá poder recuperar cuanto antes y en cualquier caso en un plazo de treinta días como máximo las sumas que haya abonado”. Pero incluso la Ley española va más allá ya que indica que si no se abona el comprador podrá reclamar que le pague el doble de la suma adeudada, como una suerte de cláusula penal, amén de la indemnización de los daños y perjuicios que deberán ser probados por el comprador. Asimismo se prevé la posibilidad de sustituir el bien o servicio por otro de calidad y precio equivalentes o incluso superior siempre que se hubiese previsto antes de la celebración del contrato o en el momento de la celebración o cuan-

do se le informa al consumidor de la falta de disponibilidad. Entonces los gastos de devolución corren a cargo del proveedor no pudiendo asimilarse al régimen previsto para los suministros no solicitados, gozando también del derecho de resolución del contrato.

B) Obligación de información

La obligación de información que aparece en el art. 47 de la LOCM tiene especial relevancia en caso de contratación electrónica con consumidores. Como ya se ha hecho referencia a esta necesidad de información y a su valor en el epígrafe anterior sólo me voy a referir en este momento al idioma utilizado y al contenido de la información.

La información se debe efectuar en la misma lengua utilizada para la propuesta de contratación. La relevancia de la contratación transfronteriza en las ventas a distancia, en general, y en las contratadas electrónicamente, en particular, hace que se quiera asegurar que el comprador no sólo recibe la información sino que tiene posibilidades de enterarse de ella. Por eso la LOCM de una forma acertada exige que, si la oferta contractual se ha redactado en un idioma, la información posterior se encuentre en el mismo idioma. La Ley indica que esta información puede suministrarse “sobre cualquier otro soporte duradero a su disposición” lo cual es especialmente relevante en la contratación electrónica.

La información que debe ser suministrada al comprador debe versar sobre el contenido de la oferta contractual de acuerdo con el art. 40 de la LOCM. Asimismo se exige que se suministre al comprador la “dirección del establecimiento del vendedor donde pueda presentar sus reclamaciones”.

La importancia del derecho de desistimiento en el momento de la ejecución de la venta a distancia se pone de manifiesto en la letra a) del art. 47 que determina que se debe suministrar información sobre las condiciones y modalidades de ejercicio de los derechos de desistimiento y resolución. Todas las menciones incluidas lo que pretenden es hacer más fácil el ejercicio del derecho de desistimiento. Por ello tiene que identificarse el documento como “documento de desistimiento o revocación”, contener el nombre y la dirección de la persona a quien debe enviarse. Puede ser que no coincida con la dirección del vendedor incluida en la letra b) del art. 47, pero, al ser éste el que la pone, la notificación en el domicilio indicado tiene que ser totalmente eficaz para producir el desistimiento. Por último, se tendrá que identificar el contrato. Lo que exige la LOCM es que, prácticamente, se redacte el documento por parte del vendedor debiendo únicamente el comprador rellenar, en su caso, algún dato y enviarlo.

Por último, si se trata de bienes naturaleza duradera el vendedor a distancia deberá enviar, junto con la información del art. 47, la garantía por escrito del art. 11. 2 de la LGDCU y garantizar el servicio post-venta así como cumplir los plazos de garantía mínimos previstos en el art. 12 de la LOCM, de acuerdo con la Ley 23/2003 de 10 de julio.

2.B. Las obligaciones del destinatario. Especial referencia al pago mediante tarjeta de crédito

Dentro de estas obligaciones que serán las propias del contrato de que se trate la fundamental es el pago del precio, teniendo especial importancia el pago mediante tarjeta de crédito previsto en el art. 46. El supuesto de hecho que plantea el precepto puede ser frecuente en la práctica. Se trata de que el pago de la venta electrónica se haya efectuado por medio de una tarjeta de crédito que no haya sido identificada (personal o electrónicamente) por el vendedor. Esto es habitual en las ventas electrónicas pero también en otros tipos de ventas a distancia como las efectuadas por medio de catálogo y por correo en las que el vendedor, en la oferta contractual, permite la utilización de diversos medios de pago a elegir por el comprador y, entre ellos, la utilización de una o varias tarjetas de crédito. Si el comprador opta por una de estas tarjetas como instrumento de pago hace constar el número de identificación de la misma pero no la presenta materialmente al vendedor ni éste puede identificarla electrónicamente por medio de la banda magnética de la tarjeta. Esto hace que el pago mediante tarjeta sea especialmente peligroso en este tipo de contratación ya que es relativamente fácil que una persona distinta del titular conozca el número de la tarjeta y efectúe la compra en nombre y por cuenta de éste¹³. La LOCM considera que el titular podrá exigir la inmediata anulación del cargo. Se establece una facultad para el titular que podrá ejercitar cuando el uso de la tarjeta haya sido fraudulento.

Es preciso distinguir, por un lado, los efectos de la anulación dentro de funcionamiento de la propia tarjeta y, por otro lado, los efectos frente a la contratación electrónica a distancia.

A) Efectos de la anulación dentro de funcionamiento de la propia tarjeta

En la práctica el supuesto de hecho contemplado en el art.46 de la LOCM se producirá cuando el titular de la tarjeta se entere porque le avisen del cargo de una operación que él no ha realizado. A estos efectos la Ley utiliza el término “ tarjetas de pago” por lo que debe abarcar tanto las tarjetas de crédito como las de débito, en las que el

¹³ Las tarjetas son en el presente el método más utilizado para las compras en Internet. En interés de los vendedores se ha creado un protocolo SSL (*Secure Socket Layer*) que, básicamente, encripta los datos que se envían mediante un sistema de cifrado llamado RSA. Para ello la comunicación se tiene que realizar a través de un servidor seguro. El comprador tiene que haber obtenido una certificación de una organización reconocida que le garantiza que el vendedor es el que dice ser y que la información que le envía esta codificada por lo que no cabe interceptación por parte de terceros. Sin embargo no se puede evitar el problema de la posible utilización fraudulenta. Para ello, las principales emisoras de tarjetas de crédito buscaron una solución lo que dio lugar al estándar SET (*SECURE ELECTRONIC TRANSACTION*). Este protocolo copia la estructura del proceso de pago por medio de tarjetas de crédito y reemplaza las llamadas telefónicas y la entrega de papeles por su equivalente electrónico. El comprador debe tener un medio de pago y recibir de la entidad bancaria un certificado en el que se incluye la firma digital del banco y la fecha de expedición de la tarjeta. El vendedor tiene que obtener un certificado del banco donde tenga la cuenta de liquidación. Cuando el comprador hace un pedido, recibe la firma digital del vendedor y verifica su validez, luego envía la información sobre el pedido, la orden de pago y la relación entre pedido y orden acompañado de su firma digital. El vendedor recoge el pedido, verifica la validez de la firma y pasa la información de la orden de pago codificada al banco sin poder leerla. El banco autoriza la transacción tras comprobar los datos.

abono y el adeudo se realizan inmediatamente o todo lo más con unos días de retraso por lo que, más que un crédito, hay una transferencia electrónica de fondos. En las tarjetas de crédito, estrictamente hablando, el emisor de la tarjeta pone a disposición del cliente hasta una cantidad determinada de dinero al mes que se reembolsa mediante una cantidad fija mensual o un porcentaje del saldo deudor siendo el crédito rotativo¹⁴.

Los efectos de este artículo dependerán del tipo de tarjeta que sea. No es el momento para hacer una clasificación exhaustiva de las tarjetas de crédito¹⁵ pero es interesante la distinción entre tarjetas bilaterales y trilaterales. Son bilaterales cuando sólo existen dos sujetos titulares de derechos y obligaciones derivados de la tarjeta de crédito. Estas son las tarjetas emitidas por los propios vendedores para la adquisición de productos de sus establecimientos. Son las típicas de los grandes almacenes. Son trilaterales cuando intervienen tres sujetos que asumen derechos y obligaciones. Este es el supuesto más normal de tarjetas de crédito pudiendo tener, en muchas ocasiones, carácter de cuatrilateral. De ésta forman parte el titular, la entidad emisora de la tarjeta y el establecimiento adherido, pudiendo intervenir además la gestora propietaria de la marca. En este sentido la Recomendación de la CEE de 17 de noviembre de 1988 distingue entre el emisor que es la “persona que en el marco de su actividad profesional pone a disposición del cliente un instrumento de pago, en virtud de un contrato suscrito con él”; titular, que es “la persona que, en virtud de un contrato suscrito con el emisor, posee un instrumento de pago” y el suministrador de sistemas que es “la persona que facilita un producto financiero con una marca comercial concreta vinculada normalmente a una red”. A estos habría que añadir el establecimiento adherido. Tampoco es el objeto de este trabajo analizar la diferente naturaleza jurídica de las relaciones que surgen entre todos estos sujetos,¹⁶ pero lo que sí resulta de interés es determinar en qué medida pueden verse afectados por la anulación de la operación por parte del adquirente que ha contratado electrónicamente. El párrafo 1º del art. 46 es un precepto cuyo destinatario es la entidad emisora de la tarjeta de crédito ya que ésta, puesto que el contrato de emisión se materializa a través de una cuenta corriente asociada de depósito o crédito, lleva la contabilidad del titular y realiza los correspondientes cargos y abonos. Lo que le exige la LOCM es que dichas operaciones se realicen con la mayor brevedad. Se trata de un concepto indeterminado que habrá que fijar en el caso concreto. Si la tarjeta es bilateral esta obligación tendrá que ser cumplida por el vendedor a distancia, que es el emisor de la tarjeta, por lo que será más fácil exigir el abono en la cuenta del cliente y la rapidez y diligencia del establecimiento a la hora de llevarlo a cabo. Sin embargo, si las tarjetas tienen el carácter de trilaterales esto resulta más complejo ya que el titular se dirigirá a

14 GÓMEZ MENDOZA, M. “Tarjetas de crédito y crédito al consumo”, *La Ley* 3, 1993, pág. 789.

15 Para ello vid. PÉREZ SERRANOVA GONZÁLEZ, J.L. Y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, L.M. *La tarjeta de crédito. Derecho comunitario europeo. Doctrina y formularios*. Granada 1993, pág. 35 y ss. ;GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. *Las tarjetas de crédito. Relaciones contractuales y conflictividad*, Madrid 1997, p. 16 y ss. ; NÚÑEZ LOZANO, P.L. *La tarjeta de crédito*, Madrid 1997, p. 29.

16 En este sentido vid. RIVERO ALEMÁN, S. *Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor*, Pamplona 1995, pág. 498-899.

su entidad emisora de la tarjeta en el momento en que tenga conocimiento de la operación para pedir su anulación. La entidad emisora deberá efectuar el adeudo en la cuenta del establecimiento adherido y reabonar al titular de la tarjeta la cantidad pagada por éste. Para que puedan producirse todos estos efectos es preciso que concurra un presupuesto: el uso abusivo de la tarjeta de crédito. En la contratación a distancia el pago mediante tarjeta de crédito tiene como especialidad que el establecimiento adherido no hace las comprobaciones que forman parte de su obligación en relación con el contrato de afiliación que media con la entidad emisora de la tarjeta. Dentro de estas obligaciones destaca la obligación de verificar la vigencia de la tarjeta, la identidad del titular, la comprobación de la firma, petición de permisos a la Central si es necesario, etc. Todas estas verificaciones no se realizan y es lo que puede dar lugar a un uso abusivo de la tarjeta de crédito. Dentro de este posible uso abusivo (ya que son posibles otros casos de uso abusivo como la utilización por encima del límite contractual de disposición) tiene especial interés el contemplado en la LOCM que consiste en el uso de una tarjeta válida por parte de terceros no titulares. A este respecto es preciso distinguir tres supuestos: la utilización por parte de un tercero previa autorización del titular(A); la pérdida o la sustracción con utilización ilegítima por parte de un tercero(B) y la utilización por un tercero sin que la tarjeta haya sido sustraída o perdida (C).

A) En la utilización por parte de un tercero previa autorización del titular. El titular está incumpliendo una obligación contractual al entregar la tarjeta a un tercero y comunicarle el PIN (clave de identificación personal) con lo que le permite el acceso al sistema perdiendo éste virtualidad. Este caso no podría ser contemplado por el precepto que estamos comentando por dos razones: primera, porque el tercero ha accedido al sistema por medio de la utilización del PIN con lo que ha habido una identificación electrónica de la tarjeta y, en segundo lugar, el incumplimiento de la obligación del titular de mantener en secreto la clave hace que no se pueda estimar abusivo el uso de la tarjeta. En este caso la seguridad del sistema - y por tanto del tráfico jurídico- hace que sea válida la orden dada por un tercero ¹⁷.

B) El segundo supuesto sería la pérdida o la sustracción con utilización ilegítima por parte de un tercero. En estos casos, independientemente de la calificación que los hechos pudieran tener desde el ámbito del Derecho penal (hurto, robo, apropiación indebida, estafa etc.) la conducta sí que estaría claramente incluida dentro del supuesto reconocido en la LOCM y tendría especial importancia el hecho de que el titular de la tarjeta hubiera hecho constar al emisor la desaparición de la misma.

C) Pero la LOCM plantea un tercer supuesto que no está dentro de los anteriores y que es el que puede resultar más problemático en la práctica. Se trata de aquellos casos en los que sin haber sufrido el titular la pérdida o desaparición de la tarjeta se utiliza la misma por parte de un tercero que, generalmente tendrá relación con el titular, para efec-

¹⁷ RIVERO ALEMÁN op. cit. pág. 536.

tuar una compraventa a distancia. Piénsese, por ejemplo, en la utilización por parte de algún familiar que convive con el titular o persona que por su relación con el mismo tiene acceso a la tarjeta (servicio doméstico, personal de administración, etc.). Este caso se encuadra dentro de lo previsto en el art. 46 primero ya que no hay ningún tipo de incumplimiento claro por parte del titular y se encuentra con que se ha efectuado una operación a su nombre sin haber intervenido ni haberse enterado de la misma.

B) Los efectos frente a la contratación a distancia

Desde el punto de vista de la venta electrónica el hecho de que el pago se efectúe en virtud del uso de una tarjeta de crédito no implica ninguna modificación en la configuración de la venta. Tal como ha quedado indicado la LOCM no es excesivamente explícita acerca de cómo hay que efectuar la anulación y los efectos que produce en el contrato de compraventa. Lo normal será que el comprador que ha visto utilizada su tarjeta de crédito por otra persona quiera desistir y resolver el contrato. Sería posible plantear que el comprador quisiera anular la operación de pago mediante tarjeta de crédito pero deseara mantener en vigor el contrato y por tanto pagar de otra manera. O dicho de otra forma ¿siempre que se proceda a la anulación de un cargo se está desistiendo de la venta de acuerdo con el art. 44 de la LOCM?. La respuesta a mi juicio debe ser afirmativa porque lo contrario sería desvirtuar el supuesto de hecho de la anulación tal como lo hemos definido. Si el comprador pretende mantener la vigencia del contrato de venta y abonar los productos de otra forma esto significa que no está seguro de que no ha efectuado personalmente la operación. La consecuencia de dicha pretensión podría ser permitir que el vendedor, tal como establece el párrafo 2 del art. 46, pudiera pedir la indemnización de daños y perjuicios.

En este párrafo 2 del art. 46 se determina que, si el vendedor consigue probar que ha sido el comprador el que efectivamente ha comprado con la tarjeta, es decir, que no ha existido utilización fraudulenta, deberá resarcirle los daños y perjuicios causados por la anulación. Este precepto también pone el peligro la utilización de la tarjeta de crédito como medio de pago en este tipo de venta, ya que significa perjuicios y molestias para todos los implicados por el sistema de pago por tarjeta. Pueden verse afectados: la entidad de crédito, por tener que efectuar abonos y adeudos, el establecimiento adherido que se ve aquejado por la pérdida de una cantidad y también de la confianza en el sistema - lo que constituye la mayor ventaja para éstos del pago mediante tarjeta de crédito-. Estos problemas tienen menos incidencia en las tarjetas bilaterales y será más fácil al proveedor detectar el uso abusivo por parte del comprador del derecho de anulación que le reconoce la LOCM. En todo caso el vendedor tendrá que probar que ha sido el titular el que efectivamente ha utilizado la tarjeta. Esta prueba es verdaderamente difícil para el vendedor. El derecho que se concede a los vendedores de reclamar los daños y perjuicios puede tener una función configuradora del contrato y de advertencia para el consumidor. Más que para conseguir una indemnización en el caso concreto, permite al vendedor, a la hora de configurar el contrato y, no se olvide que nos encontramos ante un contrato de

adhesión predispuesto por el vendedor, advertir al consumidor de que si paga con tarjeta y anula el cargo se le podrá pedir una indemnización. Sería una especie de función ordenadora del contrato o de “prevención general” si se nos permite aplicar un concepto propio de la ciencia penal.

2.C. Los derechos del destinatario: el derecho de desistimiento

Dentro de los derechos del destinatario tiene especial relevancia el derecho de desistimiento del contrato reconocido en el art. 44 de la LOCM. El problema que plantea el desistimiento del contrato es que afecta a la propia configuración de la contratación a distancia. En una compraventa civil, de acuerdo con la regulación de los art. 1445 y ss. del Cc, no es posible que el comprador “desista del contrato” -por seguir usando los términos de la LOCM- si no ha existido un incumplimiento previo del vendedor. Por tanto el reconocimiento del derecho de desistimiento del destinatario afecta a la configuración de la contratación a distancia. Esta se puede entender en un triple sentido:

a) Como una venta a ensayo o prueba de las previstas en el art. 1453 del Cc ¹⁸.

Como una venta salvo aprobación análoga a la del art. 328 del Código de comercio ¹⁹.

Como una venta perfecta en la que el legislador reconoce el derecho a desistir del contrato con absoluta libertad, de la misma manera que el art. 1596 del Cc lo reconoce para el dueño de la obra en el contrato de arrendamiento de obra o en la Ley de venta a plazos de bienes muebles (Ley 28/1998, de 13 de julio) art. 9.

Esta tercera posibilidad es la que parece más adecuada. Lo que se está reconociendo en la LOCM es que el contrato de venta distancia es perfecto desde el momento en que el comprador manifiesta su consentimiento por cualquiera de los medios de comunicación a distancia, pero la Ley le reconoce, como algo excepcional, que pueda desistir del contrato, por tanto, resolverlo o rescindirle -utilizando todos estos términos como sinónimos- sin necesidad de causa alguna. Esto es, a mi juicio, más acorde con lo establecido en las sucesivas redacciones de la Directiva comunitaria en materia de con-

¹⁸ En dicho precepto del Cc se indica que estas ventas se presumirán hechas siempre bajo condición suspensiva. Esto implica que los efectos del contrato están sujetos al cumplimiento de la condición. En este caso la condición sería que transcurra el plazo de siete días establecido por la ley sin que el comprador haya desistido, pero entonces el desistimiento actúa como una condición no suspensiva, como indica el Código, sino resolutoria (LACRUZ, *Elementos* ...cit. pág. 28). Esta razón, unida a que en la venta en calidad de ensayo se suele exigir que el rechazo se deba a que la cosa vendida no se adecúe a lo prometido por no cumplir unas circunstancias objetivas comprobables mediante peritación, hace que no podamos encuadrar la venta distancia dentro de esta categoría de venta especial.

¹⁹ En este caso la mayoría de la doctrina mercantilista considera que, a diferencia de la venta a ensayo o prueba, el contrato está en formación y no se perfecciona hasta que se aprueba. En este mismo sentido se entiende el derecho de revocación establecido para los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil en el art. 5 de la Ley de 1991. Así VÉRGEZ, M. “Configuración y régimen jurídico de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. (Análisis de la Ley nº 26/1991 de 21 de noviembre)” *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Prof. Broseta Pont*, Tomo III, Valencia 1995 pág. 4037. Este art. 5 permite al consumidor revocar su declaración de voluntad, lo que no coincide con el texto de la LOCM que utiliza los términos “desistir del contrato”.

tratación a distancia. La LOCM ha huido de estos términos para dejar la cuestión algo ambigua pero tampoco ha utilizado el de revocación de la Ley 26/1991 porque en ese caso lo que se revoca es la declaración de voluntad y, por tanto, el contrato se puede considerar que todavía está en formación.

C) Características

La LOCM establece como características del desistimiento que es libre y no necesita forma. Como único requisito positivo que debe cumplir estrictamente el destinatario se exige que se desista en el plazo de siete días hábiles. Para determinar cuáles son esos días hábiles hay que estar a la ley del lugar donde se ha entregado el bien, lo cual es una norma que favorece al consumidor.

Este plazo de siete días debe contarse desde la fecha de recepción del producto (art. 44.4). Esta precisión es una excepción al art. 5.1 del Cc en virtud del cual, al ser un plazo señalado por días, debería excluirse el primero del cómputo y empezar a correr a partir del día siguiente. El *dies a quo* es el de la recepción del producto por lo que al vendedor le interesa que quede constancia de que el mismo se ha recibido. De esa forma facilitará la prueba y asegurará que el comprador no ha hecho uso de su derecho de rescisión del contrato.

En todo caso el desistimiento que se establece en la ley es libre. Esta libertad implica que el destinatario de la contratación a distancia puede abandonar el contrato sin necesidad de justa causa, o más bien sin necesidad de mencionar causa alguna, simplemente por el hecho de que el producto no satisfaga sus expectativas, porque considere que no lo necesita o porque supere sus previsiones económicas.

La tercera de las características es que no hace falta que el desistimiento revista forma especial alguna (art. 44.2). La forma se exige únicamente a efectos de prueba. El prestador del servicio, desde el momento en que transcurran los siete días desde que ha enviado el producto -tal como le deberá constar porque para ello exigirá la constancia de la entrega-, podrá considerar que el destinatario no ha desistido y pasará a exigirle el pago. El desistimiento es una declaración unilateral y recepticia por lo será al comprador al que le interesa que quede acreditado de forma que conste su recepción. Según el precepto es posible acreditarlo por cualquiera de los medios admitidos en Derecho. En los contratos electrónicos dicha comunicación podrá efectuarse por vía electrónica.

B) Consecuencias

El párrafo 3 del artículo 44 de la LOCM prevé las consecuencias del desistimiento. Empieza afirmando el precepto que no puede implicar “la imposición de penalidad alguna”. No está permitida la inclusión de cláusula penal alguna por parte del vendedor. Pero esto constituye una puntualización innecesaria ya que, si se impone una penalización por desistir, el desistimiento no es libre y esto, tal como ha quedado indicado, es

una de las características del mismo. De ahí que se determine la nulidad de pleno derecho de las cláusulas que impongan al consumidor una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento o de renuncia.

A continuación, el art. 44 indica que el comprador deberá satisfacer los gastos directos de la devolución. Esta opción deberá hacerla constar el vendedor en el contrato. La finalidad de este reconocimiento a favor del vendedor es el mantenimiento del equilibrio de las prestaciones. Si el vendedor tuviera que abonar las devoluciones las ventas a distancia sería un tipo de venta llamado a la extinción. Si el vendedor se hubiera reservado el derecho a cumplir por equivalente (de acuerdo con el art. 40, letra j) y hubiera suministrado tal bien los costes de la devolución serán, en todo caso, de cuenta del vendedor debiendo informar al comprador en este sentido. En la versión actual de la Ley tras la reforma de 2002 se resuelve el problema de la posible indemnización por los desperfectos y su compatibilidad con el art. 10 de la LOCM. El art. 10 prevé que: “cuando en el ejercicio de un derecho previamente reconocido se proceda a la devolución de un producto, el comprador no tendrá obligación de indemnizar al vendedor por el desgaste o deterioro del mismo debido exclusivamente a su prueba para tomar una decisión sobre su adquisición definitiva sin alterar las condiciones del producto en el momento de la entrega”. Este artículo proclama que no serán indemnizables los daños causados al producto como consecuencia de la prueba del mismo, pero los demás sí que pueden ser indemnizables. En el caso de las ventas a distancia habría que estimar de aplicación preferente el art. 44.

Otra consecuencia del desistimiento que se establece en el art. 44 es que si la venta a distancia está unida a un “acuerdo de crédito” el desistimiento de la venta implica la resolución del contrato de crédito. Nos encontramos con lo que el art. 14 de la Ley de Crédito al Consumo (LCC) denomina contratos vinculados. En este precepto se establece: “1. La eficacia de los contratos de consumo, en los que se establezca expresamente que la operación incluye la obtención de un crédito de financiación, quedará condicionada a la efectiva obtención de ese crédito.” Mientras que el párrafo 2º, que es el que más nos interesa, determina que: “la ineficacia del contrato, cuyo objeto sea la satisfacción de una necesidad de consumo, determinará también la ineficacia del contrato destinado a su financiación, cuando concurran las circunstancias previstas en los párrafos a), b) y c) del apartado 1 del art. 15, con los efectos previstos en el art. 9”. La ineficacia, de acuerdo con la LCC, es más limitada ya que sólo se produce en los casos determinados en el art. 15 que consisten en que el consumidor haya concertado el contrato de crédito con un empresario distinto del proveedor; que entre el concedente y el proveedor exista un contrato en exclusiva para ofrecer crédito para los clientes del proveedor y, por último, que el consumidor haya obtenido el crédito en virtud del acuerdo previo.

El art. 44, 7 de la LOCM especifica los casos en los que procede la resolución del contrato de préstamo: cuando el crédito ha sido concedido por el proveedor del bien y cuando sea un crédito concedido al consumidor por un tercero previo acuerdo celebrado

entre el tercero y el proveedor (art. 6.4). Son semejantes a los de la LCC pero ésta es todavía más restrictiva ya que exige que entre el concedente y el proveedor del crédito exista un contrato en exclusiva para ofrecer crédito. La LOCM sigue siendo más amplia. Hay que considerar de preferente aplicación la LOCM frente a la LCC ya que establece una norma especial para este tipo de ventas.

El art. 45 establece las excepciones al Derecho de desistimiento previsto en el artículo anterior. Se trata de una norma de Derecho dispositivo, puesto que se permite pacto en contrario. La ley le otorga el carácter de norma de Derecho dispositivo porque beneficia al comprador-consumidor de los bienes. Se trata de un pacto incluido por el vendedor que beneficia al comprador. Es un pacto más beneficioso permitido aunque la LOCM, a diferencia de otros artículos en diversas materias protectoras del consumidor (confer. art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro de 1980 o el art. 9 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles), no indica expresamente la admisibilidad de los pactos más beneficiosos para el consumidor.

Como excepciones al desistimiento se prevén:

1. *Los contratos de suministro de bienes cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el vendedor no pueda controlar*. En este caso se agrupan todo tipo de ventas a distancia en las que el proveedor no actúa con total libertad a la hora de suministrar el bien, especialmente con relación al precio porque debe someterse a las reglas del mercado que él no controla. La ley pone el ejemplo de los valores mobiliarios sometidos a la Ley del Mercado de Valores (LMV) de 28 de julio de 1988 y toda su normativa de desarrollo. Pero asimismo permite excluir aquellos casos en los que los precios se someten a un precio oficial tal como el oro y los metales preciosos. Lo característico de este tipo de ventas, a pesar de que pueda efectuarse por un medio de comunicación a distancia, es que el proveedor no es un verdadero vendedor sino que realiza una función de intermediación.

2. *Las verdaderas excepciones al derecho de desistimiento*. En las letras b, c y d del art. 45 es donde encontramos las excepciones al derecho de desistimiento en los que podríamos denominar una compraventa a distancia “normal”.

Encontramos dos supuestos distintos: A. Objetos que pueden ser copiados o reproducidos. B. Productos que no pueden ser devueltos. Van a ser examinados de forma separada cada uno de ellos.

A. Objetos que pueden ser copiados o reproducidos. (letra C). La imposibilidad de desistimiento tiene su razón de ser en el hecho de que la copia o reproducción y posterior devolución al vendedor representa un fraude de sus derechos. En este caso la protección es del vendedor ya que la ley pretende que se mantenga la equivalencia de las prestaciones para ambas partes y sería el comprador el que se quedaría con el bien, por

medio de su reproducción, y no abonaría el precio. Esto es apreciable en los contratos *on-line*.

B. Productos que no pueden ser devueltos por tratarse de encargos personalizados por el comprador o por su naturaleza de consumibles (letra B). El concepto de bienes que no pueden ser devueltos es más amplio que el de bienes consumibles pero éstos, por su propia naturaleza, no pueden ser devueltos. Por tanto el deslinde entre unos y otros puede ser problemático. La ley incluye una serie de concreciones de este tipo de objetos como son la prensa diaria, publicaciones periódicas o revistas (letra D).

IV. EL ARBITRAJE TELEMÁTICO

Pasemos al último punto de la cuestión planteada inicialmente, es decir, qué ocurre en caso de incumplimiento por parte del vendedor o cumplimiento defectuoso por no haberse llevado a las prestaciones prometidas al comprador. La primera cuestión que es necesario plantearse es si en nuestro ordenamiento es posible la existencia de un arbitraje efectuado por medios electrónicos. El art. 32 de la LSSICE lo permite expresamente tanto el sometimiento a arbitraje como que éste pueda efectuarse por medios electrónicos sujetándose entonces a las normas propias del arbitraje. Éstas son la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, en lo sucesivo L.A.) y el R.D. 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el sistema arbitral de consumo (en adelante R.D.A.C.) que permanece en vigor en virtud de la disposición adicional única de la LA. En ambas normas no encontramos óbice para que se pueda utilizar un medio electrónico, informático o telemático, siempre que garantice su autenticidad. Por tanto la respuesta es clara y no solamente tenemos que decir que es jurídicamente posible sino también deseable ya que ésta ha sido la orientación del Derecho comunitario incluso con anterioridad a la regulación en nuestro país del arbitraje de consumo en el R.D. antes citado.

El Derecho comunitario se preocupó expresamente del acceso a la justicia en el mercado interior a partir de los años ochenta del siglo pasado, y se manifestó en el Memorandum de la Comisión al Consejo de 4 de enero de 1985 (Boletín de las Comunidades Europeas, suplemento 2/85) al que siguió la Comunicación complementaria presentada por la Comisión sobre el acceso de los consumidores a la justicia de 7 de mayo de 1987 (Doc. COM(87)210 final). En 1993, la Comisión elabora el Libro verde: acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único (Doc.COM (93) 576 final) en el que ya se pone de manifiesto la preocupación de la Comisión por los litigios transfronterizos. A partir de ese momento se producen una serie de Comunicaciones de la Comisión al Consejo en las que se perfilan los contornos del problema. En primer lugar, la Comunicación de la Comisión al Consejo de 14 de febrero de 1996, denominada “Plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el Mercado interior”(Doc. COM (96) 13 final). En ésta se analiza el problema que suelen plantear los litigios de consumo ya que “se caracteriza por la desproporción entre el volumen eco-

nómico del asunto y el coste de su solución judicial”. Ante esta situación los Estados miembros responden de dos formas: el establecimiento de procedimientos extrajudiciales específicamente consagrados a los litigios en materia de consumo (Dinamarca, Finlandia, Suecia, Países Bajos, Bélgica, Portugal, España, Irlanda, Reino Unido, Alemania e Italia) o bien, simplificando los procedimientos judiciales de escasa cuantía (Francia, Inglaterra e Irlanda y en cierto modo Alemania, Bélgica, Suecia y Finlandia mediante la creación de formularios simplificados para la incoación de litigios). En dicha Comunicación se aboga por la promoción de los procedimientos extrajudiciales y se requiere a la Comisión para que defina y/o proponga una lista de criterios mínimos aplicables al tratamiento de los litigios intracomunitarios en materia de consumo. Además, ya se apunta la “conexión a la red” de procedimientos extrajudiciales a escala del mercado interior.

En 1998 la Comisión efectúa una Comunicación sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo y una Recomendación relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (de 30 de marzo de 1998 doc. COM (1998) 198 final) en la que se aconseja el respeto de los principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación en la solución extrajudicial de los litigios. Se indica que, a nivel europeo, se ha hecho opción por la solución extrajudicial frente a la otra posible, inicialmente apuntada, de simplificación de los procedimientos judiciales.

A ésta le sigue la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 relativa a una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo en la que se acogen los criterios establecidos en la Recomendación 98/257/CE y se aboga por la creación parte de los Estados miembros a que se creen los organismos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en cada Estado.

El último hito en la evolución es la Comunicación de la Comisión relativa a la mejora del acceso de los consumidores a mecanismos alternativos de solución de los litigios a la que sigue la Recomendación de 4 de abril de 2001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (DOCE de 19.4.2001 L109/56). Si comparamos esta Recomendación con la de 1998 es preciso destacar que se restringe el ámbito de aplicación a los procedimientos extrajudiciales que buscan resolver un litigio mediante la aproximación de las partes para convencerlas de que busquen una solución de común acuerdo. Por otro lado, la Comisión indica que se tiene en cuenta un nuevo factor como es el desarrollo del comercio electrónico y de las tecnologías de las comunicaciones por lo que se modifican, en parte, los principios contenidos en la Recomendación 98/257/CE. En la Recomendación 2001/310/CE se mencionan los principios de imparcialidad, transparencia, eficacia, y equidad.

Como sistema para conseguir todo ello y con la finalidad de solucionar problemas prácticos se creó una Red europea de órganos extrajudiciales (Red EJE) cuyo objetivo es facilitar la información y ayuda práctica a los consumidores.

La puesta en marcha de la red se efectuó el día 16 de octubre de 2001 por el comisario David Byrne y la presidencia belga como proyecto piloto de un año. Dicha fase se amplió hasta el 31 de diciembre de 2003. Abarca los países de la UE así como Noruega e Islandia. A esta Red le corresponde ayudar a los consumidores a resolver todo litigio transfronterizo que surja entre un consumidor y una empresa con respecto a bienes o servicios, en lo relativo a cuestiones como entrega, productos defectuosos o que no correspondan con su descripción. Los litigios son tramitados por un único centro nacional de intercambio de información en cada Estado miembro. Éste se puede crear “ex novo” o aprovechar un organismo ya existente. En el caso español se utiliza el Instituto Nacional de Consumo en Madrid. La Red EJE esta compuesta por todos los organismos notificados por los Estados miembros y por los centros de intercambio de información, concibiéndose como una red informal y descentralizada siendo el acceso a los centros de intercambio gratuitos o poco costosos.

Desde su creación hasta el 31 de marzo de 2003 la red EJE tramitó más de 2182 reclamaciones de consumidores de toda la UN, Islandia y Noruega. Durante la etapa experimental el Instituto Nacional de Consumo, que es el centro de información español, recibió 206 reclamaciones (74 por parte de españoles y las restantes de europeos que tuvieron algún problema en su estancia en nuestro país). Se creó un sitio en Internet común con información general en el que se permite presentar la reclamación por vía electrónica.

El funcionamiento de la Red EJE parte de la existencia de puntos de contacto centrales en cada Estado miembro que actuarán como “centro de intercambio de información” con la finalidad de que el consumidor pueda acudir a un punto único de contacto en su propio Estado para obtener información sobre sus sistemas nacionales y, en caso de litigios transfronterizos, facilitar un sistema rápido y sencillo de solución extrajudicial de los litigios en el país del proveedor. Esta información la tendrá que obtener el centro a través del centro de intercambio de información del país del proveedor.

A este Centro de información se le atribuye una triple función: de información, de intermediación y de apoyo a los responsables políticos.

La primera implica que deberá ser el Centro nacional el que posea e informe al consumidor acerca de los diversos organismos nacionales responsables de los procedimientos extrajudiciales en su jurisdicción así como los otros procedimientos previos o sustitutivos del procedimiento formal, como, por ejemplo, la conciliación y también de la posible utilización de procedimientos judiciales simplificados en el caso de que existan.

Como intermediarios, el centro de información será punto de partida para la presentación de denuncias en organismos extrajudiciales. Así el centro de información A del país del consumidor prestará su asistencia a la presentación de la denuncia y se asegurará que ésta se remite al país B por medio del centro de Información de éste que la enviará al organismo apropiado de su jurisdicción, y notificará, al Centro de Intercambio de información de A, la remisión y a qué órgano concreto se ha efectuado. Asimismo podrá realizar una función de asesoramiento al propio consumidor, indicándole el organismo que puede tramitar la denuncia o si fuera más conveniente acudir a otro tipo de procedimiento. Estas funciones de asesoramiento no están previstas para un primer momento. Los Estados miembros pueden atribuirles otras funciones concretas como efectuar una evaluación previa del contenido de la reclamación del consumidor o incluso intervenir en una fase inicial de conciliación. Asimismo se prevé que el Centro pueda ofrecer al consumidor un contacto permanente para mantenerle informado de la situación de su denuncia. Esto plantea algunos problemas prácticos tales como el idioma o los dictámenes de expertos, pero para ello se piensa en las propias soluciones que la Red ofrece como la utilización del formulario europeo de denuncias (traducido a 11 lenguas) y los programas de traducción. Para los dictámenes de expertos podría llegarse a acuerdos entre los centros de intercambio de información basados en el reconocimiento mutuo.

La Comisión impulsa este mecanismo tomando como base la cooperación entre los centros de intercambio de información, no abogándose por la creación de un instrumento comunitario “ad hoc” para esa función.

La realidad ha puesto de manifiesto que estos Centros de Intercambio de información tienen funciones distintas según los Estados. En unos casos sólo se ocupan de la primera de las funciones, recibir las quejas y enviarlas a los organismos extrajudiciales competentes mientras en otros Estados han asumido funciones de asesoramiento e incluso de mediación. En el caso de España el Instituto Nacional de Consumo presta todos los servicios. Las juntas arbitrales de consumo, como órganos extrajudiciales que integran la red, son gratuitas para el consumidor y conocen las reclamaciones de todos los sectores económicos, teniendo una composición paritaria que garantiza la imparcialidad para el consumidor.

A modo de conclusión, podemos indicar que el arbitraje telemático no sólo es jurídicamente posible sino deseable e impulsado especialmente por la Unión Europea como una forma de consolidación del mercado interior a nivel de los consumidores. No obstante hay que remarcar que el camino emprendido por el Derecho comunitario es de una unificación “suave” desde el punto de vista de la incidencia en los Derechos nacionales. No se opta por el establecimiento de un sistema arbitral único a nivel comunitario sino por aprovechar los mecanismos diversos, ni tan siquiera unificados, de cada uno de los Estados miembros. La Unión Europea, sin embargo, sí que se decanta por la solución extrajudicial antes que la simplificación de los procedimientos judiciales aduciendo el camino más lento que esto implicaría y, además, no sólo se pretende potenciar el arbitraje, cualquiera

que sea su denominación, sino que se permite cualquier otra forma de aproximación de las partes. Por último, la normativa comunitaria se ha centrado en actos no vinculantes, en concreto, por medio de Recomendaciones (art. 249 del TUE) por lo que se trata de normas en las que se indica una conducta a seguir que carece de sanción directa.

Además, es preciso remarcar que en el funcionamiento de esta Red Eje se parte de que los conflictos se resolverán por los organismos del país del proveedor lo cual puede no coincidir con la competencia judicial en caso de que la controversia se planteara ante los órganos jurisdiccionales. El art. 50. 2 de la LEC establece que : “quienes no tuvieren domicilio ni residencia en España podrán ser demandados en el lugar en que se encuentren en el territorio nacional o en el de su última residencia en éste y, si tampoco pudiera determinarse así la competencia, en el lugar del domicilio del actor”. Asimismo la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico en el art. 29 acoge el lugar de residencia del consumidor como lugar del contrato, criterio más favorable al consumidor como ha quedado indicado anteriormente.

Al arbitraje telemático se pueden someter todo tipo de controversias excepto las materias en las que el arbitraje debe excluirse, según el art. 2.2 del R.D. 636/1993 a las que se añade la letra d tomada de la LGDCU en su art. 31 (“Las cuestiones en las que concurren intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito”).

V. TRAMITACIÓN

En este punto voy a centrarme en el procedimiento de tramitación previsto en el R.D. 636/1993. El Instituto Nacional de Consumo ha creado el SITAR (sistema de información sobre tramitación arbitral a través de Internet puede consultarse en la página Web www.consumo-inc.es). Se ha creado un enlace en la página Web que permite al consumidor interponer la reclamación y contestarla al empresario por medios electrónicos. El consumidor debe rellenar en la propia página una solicitud de arbitraje determinando sus datos personales, el empresario al que dirige su solicitud, y la descripción del desacuerdo así como sus pretensiones para resolverlo y presentarla en la Junta Arbitral que estime competente. Para el arbitraje relativo a contratación electrónica es competente la Junta Arbitral Nacional y aquellas juntas que el Instituto Nacional de Consumo habilite al efecto. Este sistema empezó a funcionar el 9 de febrero y la incorporación de las Juntas arbitrales de consumo será progresiva, debiendo optarse por la más cercana al domicilio del consumidor y de existir varias la de inferior ámbito territorial salvo que las partes de común acuerdo decidan acudir a otra distinta. Para ello la propia página Web indica las juntas arbitrales y sus direcciones. La presentación puede efectuarse telemáticamente, para ello, puesto que el acceso es restringido, se exige que el consumidor posea un navegador de internet, con internet explorer, conexión a internet y un certificado digital de clase 2 emitido por la Fabrica Nacional de Moneda y Timbre. Se trata de un certificado de identidad de persona física que vincula a su suscriptor unos datos de verificación de firma y confirma su identidad. La junta arbitral comprobará que es un empresario de los

adheridos al sistema arbitral y, si es así, intentará una mediación a través de la red. Si persiste el desacuerdo se designará un colegio arbitral que se encargará de la tramitación. El SITAR permite gestionar el arbitraje de consumo de manera electrónica, manual o mediante ambas, según lo que decidan las partes que se someten al mismo. Asimismo se permite a las partes consultar el estado del expediente desde su propio ordenador.

Como hitos fundamentales del procedimiento de arbitraje de consumo, además de la formalización del convenio arbitral a la que ya hemos hecho referencia, está el trámite de audiencia y la prueba. Respecto a éste habría que indicar la regla general es que el lugar sea la sede de la Junta arbitral con lo que no parecería posible, en principio, que este actuación se lleve a cabo por medios informáticos. No obstante, lo que establece el art. 12 del R.D. es la necesidad de dar audiencia de carácter privado a las partes en el plazo máximo de tres meses desde la constitución del colegio arbitral. El mismo precepto permite que esta audiencia pueda realizarse verbalmente o por escrito, lo que permite una vía para que esta actuación pueda efectuarse por medios telemáticos sin necesidad de que se reúnan físicamente las partes. Además es posible conseguir por medios electrónicos esa simultaneidad de las declaraciones de las partes, por ejemplo, por medio de videoconferencia o por otros medios, como el *netmeeting*, que permiten conseguir esa comunicación simultánea. En todo caso sería factible la utilización de medios como el correo electrónico para llevar a cabo las comunicaciones quedando claro que entonces no hay simultaneidad. En otros tipos de arbitrajes, no de consumidores que se realizan de forma totalmente electrónica²⁰, lo que se hace por el propio organismo que establece el procedimiento arbitral es indicar que no se realizarán vistas. En el arbitraje de consumo la audiencia es necesaria pero si realiza por escrito no habría problema para utilizar los medios electrónicos.

Otra cuestión importante en este momento es el idioma. A este respecto es de aplicación el art. 28. 2 de la L.A. en el que se indica: “ las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas del arbitraje. A falta de acuerdo, decidirán los árbitros, atendidas las circunstancias del caso”. El idioma puede ser un problema en el caso de arbitraje de consumo surgido de contratación electrónica. A este respecto habrá que tener especial cuidado en que no se produzcan situaciones de indefensión y uno de los criterios que puede ser tenido en cuenta por los árbitros de forma preferente será el idioma que haya servido para contratar. Así el art. 47 de la LOCM a la hora de regular la contratación a distancia establece la necesidad de una información al consumidor durante la ejecución del contrato indicando que dicha información deberá suministrarse “en la lengua utilizada en la propuesta de contratación”. Por otro lado, lo más lógico es que el organismo fije su idioma oficial según el lugar donde tiene su sede y que este dato sea conocido por las partes antes de someterse al mismo. De acuerdo con la nueva LA no existe problema en que se utilicen distintos idiomas en un mismo procedimiento arbitral, aunque deberá tenerse en cuenta, como criterio de referencia el que no se cause inde-

²⁰ Como en los arbitrajes efectuados por la OMPI para solución de controversias en materia de nombres de dominio en Internet. Vid. <http://www.OMPI.int>.

fensión a ninguna de las partes. En todo caso hay que recordar que las nuevas tecnologías pueden ayudar también con los programas de traducción.

Por lo que se refiere a la prueba el art. 13 del R.D.A.C. prevé que será el colegio arbitral el que acordará la práctica de las pruebas pertinentes citando para ello a las partes. Y en cuanto a los medios no existe especialidad y serán admisibles los medios de prueba enunciados en el art. 299 de la LEC. Especial relevancia puede tener la prueba utilizando medios electrónicos para aportar prueba documental y la prueba sobre cumplimiento defectuoso de contratos *on line*.

El último paso del procedimiento es el laudo. El art. 16. 1 del R.D. y el art. 37.3 de la L.A. exigen forma escrita pero ello no es óbice para que puedan plasmarse por un medio electrónico ya que, en definitiva, esto será una forma de escritura y además decifrible a un lenguaje escrito convencional. En cuanto al contenido del laudo lo que me parece más problemática es la posible admisibilidad de la firma de los árbitros por vía electrónica. Tendremos que tener en cuenta la Ley sobre firma electrónica y para que quede garantizada su autenticidad será necesaria la FEA firma electrónica reconocida (art. 3. 3 y 4).

En cuanto a la notificación el art. 17.2 del R.D. remite al art. 33. 2 de la L.A. de 1988 en el que se determinaba que el laudo será notificado a las partes de forma fehaciente. En este punto hay que tener en cuenta la nueva LA de 2003 que no exige dicha fehaciencia sino en la forma que las partes hayan acordado o, en su defecto, mediante la entrega de un ejemplar firmado (art. 37.7). Notificación que según ese mismo artículo podrá efectuarse en soporte electrónico siempre que quede constancia y se accesible para su ulterior consulta (vid. p. 3 del art. 37)

VI. VALIDEZ DE LAS COMUNICACIONES

Esta es la última de las cuestiones a tratar y, sin duda, la que plantea el verdadero escollo para la utilización en la práctica del arbitraje telemático, porque dependerá de la fiabilidad de las comunicaciones y de las actuaciones arbitrales el que se utilice o no. Lo mismo ocurre con el comercio electrónico.

En el centro de esta cuestión está la determinación del valor de la firma electrónica. Para ello la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica que sustituye al R.D.Ley 14/1999 de 17 de septiembre. fija una serie de funciones de la firma electrónica, en especial, la de identificación, atribución, privacidad, integridad y seguridad. La FE es un medio electrónico de atribuir origen personal cierto a un mensaje de datos y presumir la conformidad de la persona firmante con el contenido de lo firmado. Además puede servir para cifrar los mensajes de datos, para que no se conozca su contenido ni puedan ser alterados por terceras personas. Igual que a la firma manuscrita se atribuye la paternidad de la declaración de voluntad o de ciencia. Esto se logra añadiendo al mensaje un signo electrónico. Los métodos más simples son los *passwords*, los PIN

(*Personal Identification Number*) o las tarjetas magnéticas más o menos inteligentes. También se utiliza *scaneo* digital de la firma autógrafa estampada sobre una pizarra digitalizadora y la firma mediante el *Stylus* o pluma digital sobre tableta digitalizadora. La FEA y la FEA reconocida, que esa aquella que está basada en un certificado reconocido y ha sido creada por un dispositivo seguro de creación (vid. Art.24 y 25 de la Ley). Esta firma cumple todas estas funciones antes indicadas.

La FEA reconocida se apoya en una denominada infraestructura de clave pública que permite asegurar, incluso con mayores garantías que el papel, la identificación del firmante y la atribución de los mensajes. Está formada por un sistema matemático algoritmo (serie de números) que componen la clave y que, en realidad, constituyen un par de claves: la clave privada que sólo conoce el firmante y con la cual cifra y rubrica sus mensajes y la clave pública, conocida por los destinatarios en la medida en que aparece en un certificado de la clave pública y de sus titulares así como en un repertorio de claves públicas disponible a terceros.

El certificado y los repertorios son creados electrónicamente por operadores especializados que son Prestadores de Servicios de Certificación (art. 5) que no están sujetos a autorización previa y actúan en régimen de libre competencia. Estos son terceros que generan el par de claves y comunica la privada al firmante y la pública al destinatario mediante un certificado.

El art. 3 de la Ley otorga a la firma electrónica reconocida el valor de equivalencia funcional con la firma manuscrita. Como hemos dejado indicado el SITAR exige la utilización de esta FEA reconocida para poder tramitar y seguir el arbitraje telemático.

Como epílogo podríamos indicar que las nuevas tecnologías sirven para efectuar nuevas formas de contratación y tanto la nueva LA de 2003 como las instituciones encargadas de llevar a cabo la función arbitral a nivel nacional y comunitario se muestran proclives a favorecer la utilización de esas nuevas tecnologías también en el momento en el que surjan problemas entre las partes relativas al cumplimiento del contrato. No obstante, permítaseme indicar que a mi juicio el consumidor medio, si es que ese concepto existe, está todavía lejos confiar en el sistema especialmente cuando, para ello, tiene que empezar a registrarse y conseguir una serie de mecanismos, como son la FEA reconocida, que le resultan cuanto menos complicados. Habrá que esperar a los datos, ya que su implantación es todavía reciente, para saber la acogida que estos medios de solución de conflictos obtienen.

LA RESOLUCIÓN DE RECLAMACIONES EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES

Eugenio Ribón Seisdedos
Abogado, CEACCU

- 1. Breve apunte sobre la evolución del sector de las telecomunicaciones.**
- 2. Grado de satisfacción del usuario de telecomunicaciones.**
- 3. Procedimientos de resolución de reclamaciones en materia de telecomunicaciones.**
 - 3.1. Acción administrativa
 - 3.1.1. Necesidad de la acción administrativa.
 - 3.1.2. La administración de telecomunicaciones.
 - 3.1.3. Las administraciones responsables de consumo.
 - 3.1.3.1. La administración general del estado.
 - 3.1.3.2. La administración autonómica.
 - 3.1.3.3. La administración local.
 - 3.1.4. De la sanción administrativa a la reparación del perjuicio.
 - 3.2. Procedimiento arbitral.
 - 3.2.1. Aproximación a la práctica forense en la resolución de reclamaciones en materia de telecomunicaciones.
 - 3.2.1.1. La defensa colectiva de los usuarios de telecomunicaciones: la interrupción general del servicio, un caso paradigmático.

- 3.2.1.2. La existencia de indicio racional de delito como obstáculo al conocimiento de la reclamación.
- 3.2.1.3. La facturación de los días festivos ¿una materia indisponible?
- 3.2.1.4. Alcance y vigencia de ofertas, promociones y planes especiales de descuento.
- 3.2.1.5. Reclamaciones sobre el importe de llamadas a sta.
- 3.2.1.6. La preselección para llamadas metropolitanas.
- 3.2.1.7. La preselección a través del consentimiento verbal.
- 3.2.1.8. La itinerancia o roaming en zonas fronterizas.
- 3.2.1.9. El desglose de la factura de telecomunicaciones.
- 3.2.1.10. La ubicación del ptr.
- 3.2.1.11. Valoración de la prueba documental de parte. El principio de proximidad probatorio.
- 3.2.1.12. La consignación arbitral de importes litigiosos.
- 3.2.1.13. La solicitud de baja del servicio.
- 3.2.1.14. La existencia de arbitrajes privados para la resolución de conflictos con consumidores. El caso aeade.
- 3.2.2. Luces y sombras del sistema arbitral de consumo.
 - 3.2.2.1. Luces.
 - 3.2.2.2. Sombras.
- 3.3. Jurisdicción civil.
- 3.4. Jurisdicción penal.

4. Un supuesto particular cercano a las telecomunicaciones: los servicios de tarificación adicional (sta).

- 4.1. Definición de los sta en la normativa española y características esenciales.
- 4.2. Marco normativo de los sta.
- 4.3. Clasificación de los sta.
- 4.4. La comisión de supervisión de los servicios de tarificación adicional (cssta)
- 4.5. Reclamaciones más frecuentes en los servicios de tarificación adicional.

5. Conclusiones y propuestas.

LA RESOLUCIÓN DE RECLAMACIONES EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES

Eugenio Ribón Seisdedos
Abogado, CEACCU

1. BREVE APUNTE SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES.

En los últimos años los ciudadanos, hemos asistido al proceso de liberalización de los denominados “Servicios de Interés General”, que se ha abierto a la gestión privada y a una cierta competencia. Entre estos servicios, el sector de las telecomunicaciones en general, y el de la telefonía en particular ha tenido para los ciudadanos una especial relevancia.

Desde los primeros pasos marcados por la Comisión Europea en el año 1987 con la elaboración del conocido “Libro verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y aparatos de telecomunicaciones” hasta la actualidad el mercado de las telecomunicaciones ha experimentado una evolución sin precedentes.

En una primera fase se procuraba acabar con el monopolio de las operadoras existentes, procurando el acceso de las redes hacia nuevos operadores. Lentamente y con cierta timidez, se caminaba en Europa hacia la generalización de la competencia, de modo especial desde 1995, con la Directiva de aplicación de la “Oferta de red abierta”.

En España, no conocimos un segundo operador de telefonía fija sino hasta el 23 de enero de 1998. Y sólo pocos meses antes, nacía la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a raíz de la tan esperada Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones. Finalmente se trataba de hacer efectiva la ansiada competencia, para lo que se aprobaba la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de

Telecomunicaciones, logrando el establecimiento de un régimen plenamente liberalizado en la prestación de servicios y explotación de redes de telecomunicaciones.

En 2003, empujados de nuevo por una profusa actividad reguladora comunitaria, se hacía necesario una profunda reforma del texto nacional normativo básico de las telecomunicaciones para la incorporación a nuestro derecho de las 7 Directivas del Parlamento y del Consejo aprobadas durante el año 2002. Fruto de ello, es la aprobación de la actual Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de las Telecomunicaciones¹, que al menos en su exposición de motivos manifiesta nacer con *vocación de permanencia*. Germinada pues una nueva ley, nos enfrentamos actualmente a la crucial fase de su desarrollo reglamentario.

2. GRADO DE SATISFACCIÓN DEL USUARIO DE LAS TELECOMUNICACIONES.

Partiendo de los datos recabados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, debiéramos deducir que el sector de las telecomunicaciones ofrece un elevado grado de satisfacción a los usuarios.

Según el informe elaborado por la CMT en colaboración con el Instituto Nacional de Estadística, el 85,98% de los usuarios residenciales de servicios de telefonía fija se encuentra satisfecho o muy satisfecho con los servicios del operador con el que realiza la mayor parte de sus llamadas². En una escala de 1 a 5 donde uno equivale a “*nada satisfecho*” y 5 a “*muy satisfecho*”, los hogares españoles otorgan una valoración de 3,44 a su primera compañía telefónica.

Concretando el deleite de los usuarios en cuanto al acceso a Internet se refiere, la CMT se manifiesta igualmente complacida con la situación actual del mercado, ya que un 90,85% de los usuarios no tiene intención de cambiar de compañía, lo que en la escala de 1 a 5 citada arroja una media de un 3,4³.

En telefonía móvil el panorama es aún más regocijante, puesto que las cifras barajadas por la CMT elevan el grado de satisfacción de los usuarios a un 91,44% que manifiestan estar satisfechos, bastantes satisfechos o muy satisfechos. En este caso y según la misma escala de 1 a 5 mencionada, las operadoras de telefonía móvil recibirían un más que aceptable 3,61 de valoración⁴.

1 B.O.E. núm. 264, de 4 de noviembre de 2004.

2 Vid. Consulta Pública de la CMT sobre definición y análisis de mercado de servicios de tráfico desde una ubicación fija, Madrid, 2004, p. 116.

3 Vid. Consulta Pública de la CMT sobre definición y análisis de mercado de servicios de acceso y tráfico a redes de datos mediante conexión permanente desde ubicación fija, Madrid, 2004, p. 94.

4 Vid. Consulta Pública de la CMT sobre definición y análisis de mercado de servicios de acceso y tráfico desde una ubicación móvil, Madrid, 2004, p. 103.

Este gratificante nivel de dicha de los usuarios de telecomunicaciones contrasta sin embargo con la realidad cotidiana percibida en las asociaciones de consumidores y usuarios, administraciones de consumo y juntas arbitrales de consumo.



Así, en el pasado ejercicio 2003, para las asociaciones de consumidores y usuarios, el sector de la telefonía en particular acaparó 88.792 consultas y reclamaciones, lo que supone que este sector concentró un 8,65% del total de las recibidas. Este hecho sitúa a la telefonía en el tercer sector más litigioso del país desde la perspectiva del usuario, tan sólo detrás de la vivienda en propiedad (12,44%) y servicios financieros (9,76%)⁵. Si elaboramos el cálculo de evolución de las reclamaciones en el sector de la telefonía con los datos obrantes en el Instituto Nacional del Consumo, hallaremos el resultado menos seductor de un crecimiento del 1030,19% desde el año 1990 al 2003.

Similar preocupación es detectada por el Instituto Nacional del Consumo, que en una investigación cuantitativa realizada a partir de 2.493 entrevistas, distribuidas proporcionalmente en un universo de población de 18 a 65 años, residentes en núcleos de población de más de 5.000 habitantes del territorio del Estado Español (excepto Ceuta y Melilla), obtuvo como resultado que el primer bien o servicio con el que los usuarios manifestaban haber padecido problemas es el servicio telefónico. Del total de usuarios entrevistados un 16% expresó haber sufrido algún tipo de problema con el servicio telefónico (fijo o móvil)⁶.

En sede arbitral los datos también son abrumadores, habiéndose recibido en el año 2003, un total de 19.630 reclamaciones referidas a telefonía. Esta cifra representa un

⁵ Datos extraídos del *Balace de consultas y reclamaciones presentadas en las organizaciones de consumidores de ámbito nacional: año 2003*, elaborado por el Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 2004.

⁶ Datos extraídos del estudio *Nivel de conocimiento de las Instituciones de Protección al Consumidor*, elaborado por el Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 2004.

33,50% del total de las solicitudes de arbitraje, situándose en el primer motivo de reclamaciones de los usuarios ante las juntas arbitrales y a una distancia de casi 20 puntos porcentuales del segundo sector en número de reclamaciones⁷.

Frente al grado de satisfacción subjetivo que ofrece la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, y obviando la tesis poco razonable de que nuestros usuarios son *intensos reclamantes muy satisfechos*, se alza la evidencia objetivada por el número de consultas y reclamaciones tramitadas, de que el sector de las telecomunicaciones es uno de los que presenta un mayor grado de conflictividad para el usuario.

3. PROCEDIMIENTOS DE RESOLUCIÓN DE RECLAMACIONES EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES.

Por lo que se refiere a los cauces y procedimientos de reclamación, resulta fundamental, en aras de no generar falsas expectativas a los usuarios, delimitar adecuadamente cuales pueden ser las instituciones o vías que tiene para mostrar su disconformidad con la prestación o facturación de un determinado servicio y cual es el curso que debe seguir si su objetivo es lograr un resarcimiento de sus lesionados intereses económicos.

Así las cosas, cabe distinguir hasta cuatro cauces de reclamación distintos, a saber:

- a) Acción administrativa en defensa de los consumidores.
- b) Procedimiento arbitral.
- c) Jurisdicción civil.
- d) Jurisdicción penal.

3.1. ACCIÓN ADMINISTRATIVA

3.1.1. Necesidad de la acción administrativa.

Si bien desde una perspectiva estrictamente teórica cabe imaginar un sistema de protección de los consumidores construido exclusivamente sobre normas de Derecho privado o alguna como *ultima ratio* asentada sobre el Derecho Penal, no cabe duda que dicha técnica resultaría claramente insuficiente o inviable para asegurar la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios, tal y como razonan REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO⁸. Por esta razón y a pesar de la posibilidad de intervención de las asociaciones de consumidores y usuarios en defensa de los intereses colectivos o difusos de los usuarios, en un mercado cada vez más tecnificado y complejo, se hace insustituible la intervención administrativa

⁷ Datos extraídos de la Memoria del Sistema Arbitral de Consumo del año 2003, elaborada por el Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 2004, pp. 76 y ss.

⁸ REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. *Manual de la Inspección de Consumo*, Madrid, 1998, p. 16.

como contrapeso de la debilidad de los usuarios. Así se entiende la abundante existencia de una normativa tuitiva de los consumidores y usuarios, de corte claramente administrativo, comenzando por la propia Ley 26/1984, de 19 de julio, conforme concluye nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de septiembre de 1996 y reproducen las Audiencias Provinciales de Valencia – Sentencia 9 de febrero de 2000-, Vizcaya – Sentencia de 9 de febrero de 2001- o Asturias – Sentencia de 7 de junio de 2001-.

Junto a otras posibles formas de intervención administrativa en defensa de los consumidores y usuarios, cuales son las actividades de *fomento* o *servicio público*, la que mayor importancia denote probablemente y la que ha de centrar nuestra atención por razón del estudio de las diversas vías posibles de reclamación para el usuario, es la actividad de *limitación*. La actividad de limitación, consecuencia del *imperio* que reviste a la administración, supone en definitiva la posibilidad de imponer restricciones, deberes o cualquier otra forma de ordenación coactiva de las conductas privadas. Es decir, a través de la actividad de limitación, la administración señalará al empresario cual es la conducta correcta y cual es la prohibida, vigilando el cumplimiento de las pautas establecidas y en caso de detectar alguna contravención, imponiendo las medidas coactivas necesarias para su cumplimiento y cesación.

3.1.2. La administración de telecomunicaciones.

Dispone el artículo 38.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que *los operadores que exploten redes o que presten servicios de comunicaciones electrónicas y los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales podrán someter las controversias que les enfrenten al conocimiento de las juntas arbitrales de consumo, de acuerdo con la legislación vigente sobre defensa de los consumidores y usuarios. Para el supuesto de que no se sometan a las juntas arbitrales de consumo o que éstas no resulten competentes para la resolución del conflicto, el Ministerio de Ciencia y Tecnología establecerá reglamentariamente un procedimiento conforme al cual los usuarios finales podrán someterle dichas controversias. En cualquier caso, los procedimientos que se adopten deberán ser rápidos y gratuitos y establecerán el plazo máximo en el que deberá notificarse la resolución expresa, transcurrido el cual se podrá entender desestimada la reclamación por silencio administrativo. La resolución que se dicte podrá impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa.*

En ausencia de desarrollo reglamentario de la ley, según apunta GERBOLÉS RODRÍGUEZ⁹, se ha de entender vigente el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título III de

9 GERBOLÉS RODRÍGUEZ, S. en VVAA, *Cometarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Madrid, 2004, p.525.

la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones¹⁰. El artículo 61 del citado Real Decreto desarrolla el procedimiento de resolución de conflictos en el ámbito de las telecomunicaciones del modo siguiente:

1. Las reclamaciones de los abonados del servicio telefónico disponible al público y las de los usuarios finales de los servicios de líneas susceptibles de arrendamiento sobre su funcionamiento, su precio, su facturación, la responsabilidad por daños o cualquier otra cuestión que pudiera plantearse en relación con la prestación del servicio, deberán dirigirse a cualquiera de las oficinas comerciales del operador, en el plazo de un mes desde el momento en que se tenga conocimiento del hecho que las motive. Formulada la reclamación, si el abonado no hubiera obtenido respuesta satisfactoria del operador en el plazo de un mes, podrá acudir a las vías indicadas en los apartados siguientes.

2. Los abonados podrán dirigir su reclamación a las Juntas Arbitrales de Consumo, en los términos establecidos en la normativa reguladora de las mismas.

3. Para el supuesto de que el operador o el abonado no se sometan a las Juntas Arbitrales, éste podrá dirigirse, en el plazo de un mes desde la respuesta del operador o la finalización del plazo para responder, a la Secretaría General de Comunicaciones que, una vez realizados los trámites oportunos, dictará resolución sobre la cuestión planteada. La resolución que ésta dicte agotará la vía administrativa y contra ella podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.

Diseña pues el legislador una doble vía de resolución de conflictos para las reclamaciones de los usuarios de telecomunicaciones: la del arbitraje de consumo y la de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones. La redacción dada por la norma sin embargo ni es novedosa, ni puede calificarse como buena en técnica jurídica. Decimos que no es novedosa puesto que la función desempeñada por la SETSI ya era desarrollada de modo similar por el Delegado del Gobierno en Telefónica en la época en la que el Estado prestaba el servicio. Tampoco puede merecer su aprobación en técnica jurídica, puesto que omite inexplicablemente cualquier referencia a la jurisdicción ordinaria, a pesar de que este silencio por supuesto entendemos que no constituye óbice alguno para el ejercicio de las acciones correspondientes por parte del usuario ante los juzgados y tribunales.

¹⁰ B.O.E. núm. 213, de 5 de septiembre de 1998.

De este modo, y al margen de la vía arbitral o judicial, dispone el usuario de una posible vía de reclamación ante la administración competente en materia de telecomunicaciones. La SETSI tiene atribuidas por tanto una doble función: el ejercicio de la potestad sancionadora y la resolución de conflictos de carácter privado sobre el funcionamiento, precio, facturación, responsabilidad por daños o cualquier otra cuestión que pudiera plantearse en relación con la prestación del servicio telefónico.

Esta vía, que a diferencia de la arbitral no requiere el sometimiento voluntario de los operadores, a pesar de su carácter poco favorable para los usuarios según ha mencionado REVUELTA PEREZ ¹¹ no exenta de razón, mantiene el evidente atractivo para el usuario de su gratuidad y el carácter vinculante de su resolución, sin perjuicio de la posibilidad de impugnación de la misma ante la jurisdicción contencioso administrativa.

3.1.3. Las administraciones responsables de consumo.

Frente al escaso interés manifestado por la administración de telecomunicaciones en desplegar un adecuado manto protector de los intereses de los usuarios y su ínfima actividad inspectora, incapaz de despertar el temor del más medroso de los operadores o prestadores, deben intervenir otras administraciones con mayor severidad.

No debe olvidarse que según señala SARA ALVAREZ RODRIGUEZ ¹², el control general de todos los productos y servicios puestos en el mercado destinados directamente al consumo recae bajo la responsabilidad de la inspección de consumo, correspondiendo en consecuencia la gestión de dicha actividad de control a las Administraciones de Consumo.

Conforme a la estructura organizativa del Estado español, el control en materia de consumo, habrá de realizarse a través de la Administración General del Estado, de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Administraciones Locales. Ahora bien, será necesario analizar cuales son las competencias de cada administración para determinar su ámbito de actuación.

3.1.3.1. La Administración General del Estado.

Por lo que respecta a la Administración General del Estado, competen al Instituto Nacional del Consumo, a través de la Subdirección General de Calidad y

¹¹ REVUELTA PEREZ, I. *La protección de los consumidores frente a los nuevos servicios de telecomunicaciones*, en la Revista Española de Derecho Administrativo núm. 116, Madrid, 2002. p. 555.

¹² ALVAREZ, RODRIGUEZ, S. *Las administraciones de consumo y el control de mercado*. En UNE: Boletín de la Asociación Española de Normalización y Certificación. Año 2000. N. 146 Pág. 26 a 31.

Consumo y de la Subdirección General de Normativa y Arbitraje del Consumo, conforme lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto 1087/2003, de 29 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica del Ministerio de Sanidad y Consumo¹³ según la redacción dada por el Real Decreto 1555/2004, de 25 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Sanidad y Consumo¹⁴, las siguientes funciones:

➤ Corresponden a la Subdirección General de Calidad del Consumo:

a) La propuesta de ordenación en materia de consumo, el apoyo técnico a los servicios de inspección de consumo de otras Administraciones públicas, así como el desarrollo de las funciones relativas al buen funcionamiento del mercado para la protección del consumidor y la gestión de la red de alerta de los productos de consumo no alimenticios.

b) La información, formación y educación de los consumidores.

c) La promoción y realización de encuestas y estudios en relación con el consumo, así como la interlocución con los sectores económicos para la promoción de buenas prácticas y transparencia en su relación con los consumidores.

d) La secretaría de los órganos de cooperación con las Comunidades Autónomas y el apoyo a la Conferencia Sectorial de Consumo.

e) Las relaciones institucionales.

➤ Corresponden a la Subdirección General de Normativa y Arbitraje del Consumo:

a) La implantación, desarrollo y difusión del Sistema Arbitral de Consumo, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes.

b) La propuesta y análisis de normas en materia de regulación de consumo.

c) La relación con las Juntas Arbitrales de Consumo y con la Junta Arbitral Central.

¹³ B.O.E. núm. 208, de 30 de agosto de 2003.

¹⁴ B.O.E. núm. 154, de 26 de junio de 2004.

d) La preparación de acciones judiciales en defensa de los intereses generales de los consumidores, de conformidad con lo previsto en la legislación vigente.

e) La promoción, el fomento y el registro de las asociaciones de consumidores.

f) El apoyo al Consejo de Consumidores y Usuarios.

De las funciones expuestas se deduce que la labor del INC queda constreñida en este campo a la prestación del debido apoyo a los servicios de inspección de otras Administraciones Públicas si fuera requerido, la formación del personal técnico y al impulso de las reformas normativas adecuadas para la protección eficaz de los consumidores y usuarios.

3.1.3.2. *La Administración Autónoma.*

Por su parte, corresponde a las Administraciones de las Comunidades Autónomas, ya sea por vía estatutaria como es el caso aragonés -no exento de particularidades¹⁵ - en virtud de lo dispuesto en el artículo 35.1.19 de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón¹⁶, ya sea en el caso de otras Comunidades a través de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de Transferencia de Competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la Autonomía por la vía del Artículo 143 de la Constitución¹⁷ y los Reales Decretos de transferencia en materia de disciplina de mercado y de defensa del consumidor y usuario las siguientes funciones de control del mercado:

a) La inspección y control de los productos y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios en cuanto a su seguridad y posibles alteraciones, adulteraciones o fraudes económicos.

b) La inspección y control de las transacciones comerciales, condiciones técnicas de venta y precios en cuanto afectan a los productos y servicios puestos a disposición del consumidor.

c) La inspección y control del cumplimiento de la normativa que regula la normalización de bienes y servicios, así como la documentación que debe existir y las condiciones de venta o suministro.

¹⁵ Vid. GUILLEN CARAMES, J. *El Estatuto Jurídico del Consumidor*, Madrid, 2002, p. 269.

¹⁶ B.O.E. núm. 195, de 16 de agosto de 1992.

¹⁷ B.O.E. núm. 308, de 24 de diciembre de 1992. La Comunidad Autónoma de Aragón asumen en virtud del artículo 3 las competencias de desarrollo legislativo y ejecución en defensa del consumidor y usuario.

d) La adopción de medidas correctoras, cautelares y sancionadoras ante las infracciones administrativas en las materias anteriormente citadas.

Incumbe pues a las Autoridades Públicas competentes en materia de consumo de la Comunidad Autónoma de Aragón, la protección de los usuarios, de acuerdo con el Estatuto del Consumidor y Usuario aprobado de la Comunidad Autónoma de Aragón aprobado por la ley 8/1997, de 30 de octubre, desarrollando las campañas de inspección y control de los establecimientos, bienes y servicios existentes en el mercado, para el cumplimiento de su normativa reguladora y de la protección de los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios, así como la investigación de las denuncias por supuestas infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios, y la iniciación e instrucción de los expedientes sancionadores que correspondan para corregir las infracciones detectadas en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

La actuación inspectora, podrá versar por tanto sobre cualquier infracción de los derechos económicos y sociales de los consumidores o de información (Capítulos II y III Estatuto del Consumidor y Usuario de la Comunidad de Aragón), lo que implica entre otras actuaciones la persecución y en su caso sanción de aquellos operadores o prestadores que incumplan la normativa protectora de los consumidores y usuarios.

En orden a facilitar la labor inspectora de las autoridades de consumo de la Comunidad Autónoma, hay que lamentar la ausencia de obligación de los operadores o prestadores de servicios telecomunicaciones, e incluso de servicios de tarificación adicional, de disposición y facilitación de hojas de reclamaciones a favor de los usuarios que las solicitaren. Dicha omisión que ya se echa en falta en el Decreto 311/2001, de 4 de diciembre, que regula las hojas de reclamaciones en materia de consumo de la Comunidad Autónoma de Aragón¹⁸, encuentra aún más difícil justificación tras la aprobación de la Orden de 2 de julio, por la que se amplía la relación de sectores, empresas y establecimientos obligados a cumplir el Decreto 311/2001, de 4 de diciembre, que regula las hojas de reclamaciones en materia de consumo de la Comunidad Autónoma de Aragón¹⁹, que extendiendo la obligación de disposición de hojas de reclamaciones a los prestadores del servicio de transporte colectivo urbano de viajeros, prestadores del servicio de suministro de energía eléctrica, prestadores del servicio de suministro de gas y prestadores del servicio de abastecimiento de agua potable, mantiene aún inmunes a los de servicio telefónico, siendo este sector uno notablemente más litigioso.

¹⁸ B.O.A. núm. 149, de 19 de diciembre de 2001.

¹⁹ B.O.A. núm. 83, de 17 de julio de 2002.

3.1.1.3. La Administración Local.

A su vez, la Administración Local, tiene también encomendada en virtud de lo dispuesto en el artículo 25.2.g) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local²⁰ la defensa de los consumidores y usuarios, concretándose de modo más modesto en las siguientes funciones:

a) La inspección de los productos o servicios de uso común, ordinario y generalizado²¹ a los efectos de comprobar:

- Su origen e identidad.
- El cumplimiento de la normativa vigente en materia de precios, etiquetado, presentación y publicidad y los demás requisitos o signos externos que hacen referencia a sus condiciones de seguridad.

b) La inspección técnica, controles y análisis en función de los medios de que dispongan para su desarrollo.

c) El ejercicio de la potestad sancionadora.

3.1.4. De la sanción administrativa a la reparación del perjuicio

Esta actividad de intervención administrativa sin embargo no es capaz en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, ni tampoco en los de tarificación adicional de compensar o resarcir al usuario por los daños o perjuicios que haya sufrido.

La posibilidad de exigir al infractor vía administrativa la reparación de los daños causados se encuentra prevista en el artículo 130.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común²² cuando señala que *las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente.*

²⁰ B.O.E. núm. 80, de 3 de abril de 1985.

²¹ Vid. Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera, a efectos de lo dispuesto respectivamente en los artículos 2, apartado 2 y 11, apartados 2 y 5, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas concordantes (B.O.E. núm. 219, de 12 de septiembre de 2000).

²² B.O.E. núm. 285, de 27 de noviembre de 1992.

A diferencia de las facultades que se ha irrogado la Administración en otros campos para la liquidación de los daños padecidos por el administrado y su correlativa exigencia al infractor (vid. art. 19 de la Ley Autonómica de Cataluña 1/1990, de 8 de enero, sobre disciplina del mercado y de defensa de los consumidores y usuarios²³ o art. 16 de la Ley Autonómica de Valencia 1/1989, de 2 de marzo, por la que se establece el régimen de Inspección y Procedimiento en materia de Disciplina Turística²⁴), la administración de consumo, a pesar de ser quien más directamente contempla el escarnio padecido por los usuarios en sus legítimos intereses económicos, no ha sido capaz de reaccionar normativamente para dar una adecuada respuesta protectora a los usuarios frente a los servicios de telecomunicaciones o de tarificación adicional.

Una buena opción en este sentido sería la de contemplar el incumplimiento de la vigente normativa en materia de derechos de los usuarios de telecomunicaciones como una infracción de consumo, o incluso la elaboración de una norma específica que refuerce estos derechos de modo similar a las existentes para otros sectores²⁵, imponiendo como parte de la sanción la reparación del daño causado al usuario. De este modo, bastaría al usuario la presentación de una denuncia administrativa ante las autoridades competentes de consumo, para que éstas, comprobados los hechos e instruido el correspondiente expediente administrativo sancionador, practicasen la correspondiente liquidación y ordenasen la reparación del quebranto económico padecido por el usuario. Sería así la empresa sancionada, la que tuviera que litigar en caso de disconformidad con la sanción impuesta, acudiendo para ello a la jurisdicción contencioso administrativa y liberando al usuario de la pesada carga que pudiera conllevarle un proceso judicial. Junto a ello, huelga apuntar que la administración sancionadora incrementaría su recaudación como consecuencia de las sanciones pecuniarias impuestas.

3.2. PROCEDIMIENTO ARBITRAL.

El arbitraje como vía para la resolución de conflictos, no es un sistema novedoso de nuestros días. Existe una larga tradición en nuestro derecho histórico de esta institución. Fue el Derecho Romano, cuna de nuestro ordenamiento jurídico, el que configuró los antecedentes de la institución arbitral. Así encontramos dentro del *procedimiento formulario* que integraba el *Ordo Iudiciorum Privatorum* como eran las partes en litigio las que bien se sometían a un juez único (*unus iudex*), o

23 B.O.E. núm. 41. de 16 de febrero de 1990.

24 B.O.E. núm. 79, de 3 de abril de 1989.

25 Vid. Decreto 105/1995, de 9 de mayo, por el que se protege los derechos de los consumidores y usuarios en los servicios de suministros de combustibles y carburantes de automoción (B.O.A. núm. 61, de 24 de mayo de 1995; Decreto 26/1999, de 23 de marzo que regula la actividad de prestación de los servicios prestados a domicilio a los consumidores y usuarios (B.O.A. núm. 40, de 7 de abril de 1999); Decreto 82/2003, de 29 de abril, que aprueba el Reglamento regulador de la protección al consumidor en la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de enseñanzas no dirigidas a la obtención de títulos con validez académica (B.O.A. núm. 60, de 19 de mayo).

bien podían plantear su controversia sobre la base de una *estipulatio* a un *arbiter*, al que Festo describía como *arbiter dicitur iudex quod totius rei habeat arbitrium et facultatem*.

Pues bien, profundizar de modo pormenorizado en su desarrollo histórico a través de la Ley de Madrid de 1502 o las Ordenanzas de Bilbao de 1737 hasta nuestros días o en el estudio de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje y el ya ajado Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, parece fuera de contexto en unas jornadas en la que los asistentes son ya buenos conocedores del sistema arbitral de consumo y han tenido la oportunidad de debatir sobre el mismo, que a la sazón falta le hace, durante tres días.

Así pues, y centrándonos en el título propuesto por la organización del curso para nuestra intervención, abordaremos, a modo de aproximación a la práctica forense, exclusivamente las particularidades que este sistema, previsto por el ya mencionado artículo 61 del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, pueda presentar para la resolución de las reclamaciones de los usuarios en materia de telecomunicaciones. Huelga insistir por la obviedad del objetivo pretendido y el ilimitado campo que la realidad cotidiana presentada ante las juntas arbitrales puede deparar, que tan solo se pretende esbozar algunos supuestos que nos han parecido los más destacados del ámbito de las reclamaciones de las telecomunicaciones.

3.2.1. Aproximación a la práctica forense en la resolución de reclamaciones en materia de telecomunicaciones.

3.2.1.1. *La defensa colectiva de los usuarios de telecomunicaciones: la interrupción del servicio, un caso paradigmático.*

En ocasiones, algunas de las conductas desarrolladas por un determinado operador pueden afectar a varios miles o millones de usuarios (piénsese en una campaña de publicidad engañosa de un dulce infante que nos felicita la navidad, la inclusión de una cláusula abusiva en las condiciones generales de contratación de un operador, el cobro generalizado de un servicio no solicitado por el usuario –buzón de voz, llamada en espera, etc.-). En estos supuestos puede resultar apropiado el ejercicio de acciones colectivas en defensa de los intereses de los usuarios.

Al margen de las ya conocidas acciones colectivas en sede judicial que se expondrán a continuación, la vía arbitral puede constituir un instrumento procesal alternativo para su ejercicio. Esto al menos es lo que defendía la Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios (CEACCU), como asociación de consumidores intensamente comprometida con este sistema de resolución de conflictos extrajudicial.

Un supuesto ilustrativo y paradigmático, se planteó con la interrupción del servicio por parte de Vodafone a más de ocho millones de abonados.

Acaecida la referida interrupción del servicio y tras requerimiento fehaciente al operador responsable para la indemnización directa a los usuarios en el sentido prevenido por la vigente normativa ²⁶, se presentaba por la Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios (CEACCU), a finales de marzo de 2003, solicitud de arbitraje de consumo en defensa de los intereses generales de los consumidores, ante la Junta Arbitral Nacional de Consumo, competente ex artículo 3 del RD 636/1993, para conocer de *“las solicitudes de arbitraje presentadas a través de asociaciones de consumidores y usuarios cuyo ámbito territorial exceda del de una comunidad autónoma, por los consumidores y usuarios que estén afectados por controversias que superen asimismo dicho ámbito”*, contra la operadora de telefonía móvil Vodafone.

Tras varios meses de silencio institucional en la Junta Arbitral Nacional de Consumo, el 10 de julio de 2003, se recibía notificación rechazando la admisión de la solicitud presentada. La notificación de una sola cara de un folio de extensión, fundamentaba la inadmisión sobre dos sorprendivos argumentos. En primer término la ausencia de constancia de la voluntad inequívoca de los consumidores representados de someter a arbitraje todas las cuestiones litigiosas y la voluntad de cumplimiento del laudo y en segunda instancia la falta de capacidad.

La solicitud de arbitraje presentada (posterior a otra acción colectiva en arbitraje contra la Sociedad Estatal de Correos, SA) encerraba características que hacía especialmente delicada su resolución.

En primer lugar, aún siendo el arbitraje, como es sabido, un sistema voluntario de resolución de conflictos, tanto la Sociedad Estatal de Correos, S.A., como la operadora de telefonía Vodafone, mantenían una oferta pública de sometimiento al sistema arbitral de consumo, por lo que presentada la solicitud, no podían sustraerse al arbitraje de consumo.

En segundo lugar, ambas eran dos empresas especialmente significativas para el sistema arbitral. La primera, la Sociedad Estatal de Correos, había supuesto un reciente y difícil logro de las autoridades de consumo obtener su adhesión al sistema (no exento de polémicas limitaciones). La segunda, era

²⁶ Vid. Apartado Décimo, Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, de desarrollo, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, del título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el título III de la Ley General de Telecomunicaciones (B.O.E. núm. 46, de 22 de febrero de 2002)

una de las piezas claves del sistema arbitral, pues no podemos olvidar que la telefonía es el primer sector de reclamaciones tramitados en el arbitraje de consumo.

En tercer lugar, acogiéndose a lo dispuesto en el artículo 11.1.a) *in fine* del Real Decreto regulador del Sistema Arbitral de Consumo²⁷, en concordancia con lo prevenido en el 9.1 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, se solicitaba el nombramiento de un presidente ajeno a la Administración, independiente, por entender que podía existir vinculación de la Administración con la Sociedad Estatal de Correos, por ser esta de participación pública.

Por último, existía una cuarta circunstancia, definitivamente desoladora para las empresas: la cuantía económica reclamada. Acostumbradas ambas mercantiles a pequeñas reclamaciones de usuarios disconformes con sus servicios (un paquete o una carta no entregada, una facturación indebida a un usuario de determinadas llamadas o dificultades en la tramitación de una baja), se enfrentaban ahora a una reclamación indemnizatoria sin precedentes. En el primero de los supuestos, con la operadora postal, al ser imposible la determinación de los usuarios afectados, ya que no es frecuente que al franquear una carta se solicite una factura, y tomando como ejemplo un conocido caso de la jurisprudencia norteamericana²⁸, se pretendía que la compañía rebajase sus tarifas en la misma cuantía que las había elevado indebidamente por idéntico periodo temporal que debía haber respetado para su subida – treinta y cinco días -, siendo de aplicación esta reducción a cualquier usuario y debiendo dar publicidad a la resolución del fallo, tanto a través de su propia página Web y todas sus oficinas, como a través de dos periódicos de tirada nacional. En el segundo supuesto, la normativa era clara, indemnización con una cantidad al menos igual al promedio del importe facturado por este servicio durante los tres meses anteriores a la interrupción, prorrateado por el periodo en que se efectúe la interrupción (ordinal décimo Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero). En ambos casos, no resulta aventurado afirmar que nos encontraríamos probablemente ante la mayor reclamación económica planteada en el arbitraje de consumo.

Respecto a la primera de las causas aludidas en la resolución de inadmisión, se alegó por los servicios jurídicos de CEACCU, la constancia en la solicitud de arbitraje presentada de la debida voluntad de cumplimiento, que se plasmaba en la petición inicial bajo el siguiente literal: “(...) *manifestan-*

²⁷ Art. 11.1.a) *in fine* RD 636/1993, de 3 de mayo “Si la reclamación se dirige contra una entidad pública vinculada a la Administración pública de la que dependa la Junta Arbitral, las partes podrán elegir de mutuo acuerdo al Presidente del Colegio Arbitral, pudiendo tratarse en este caso de una persona ajena a la Administración Pública”.

²⁸ Vid. el estudio del Profesor de la Universidad de Stanford, JANET C. ALEXANDER “Acciones en defensa de intereses supraindividuales de consumidores”, en Estudios de Consumo Nº 52, Madrid, 2000, pág. 110 (J.i.v. Yellow Cab Co. of Calif, 13 Cal. 3d 804, 532 P2d 1226 [1975])

do no haber presentado ninguna otra reclamación contra la empresa reclamada ni en sede arbitral ni judicial, y someterse expresamente a la decisión arbitral, aceptando su cumplimiento". A mayor abundamiento, se recordaba la jurisprudencia existente del Tribunal Supremo²⁹, que a pesar de todo consideraba ociosa e innecesaria por redundante tal manifestación, desde el momento en que el sometimiento mismo de la cuestión litigiosa a arbitraje, implica necesariamente el acatamiento de la resolución.

Más si acaso, la primera causa no debía suponer ningún problema, tanto por la obviedad de la voluntad de cumplimiento, como en todo caso, a los meros efectos dialécticos de que no hubiese constado, por tratarse de un defecto subsanable, la sorpresa vendría dada por el segundo de los motivos de inadmisión: la falta de capacidad de una Asociación de Consumidores y Usuarios para interponer una solicitud de arbitraje en tutela de los intereses generales de los consumidores.

A pesar de que la falta de capacidad de las asociaciones de consumidores y usuarios ya había sido puesta de manifiesto por algún sector doctrinal como es el caso de DE CAPRI PEREZ³⁰ y más recientemente GARBERÍ LLOBREGAT³¹, quien sostenía la ausencia de legitimación directa ni por sustitución de las asociaciones de consumidores y usuarios, la cuestión por su indudable trascendencia merece ser analizada con mayor detenimiento.

Para argumentar la razón de la improcedencia de este segundo motivo de inadmisión sostenido por la Junta Arbitral Nacional de Consumo, es preciso examinar la legislación propia del ámbito consumerista, con especial relevancia la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en íntima relación con las posibles normas de carácter sustantivo y rituario que hayan de colmar las lagunas existentes en el procedimiento arbitral.

Así las cosas, parte el resolvente del entonces vigente Real Decreto 825/1990, de 22 de junio, sobre el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores a través de sus asociaciones³². Salvados los dos primeros capítulos del citado Real Decreto, dedicados al Registro de Asociaciones y al Consejo de Consumidores y Usuarios, hemos de centrarnos en todo caso, tratando de seguir el hilo deductivo de la resolución, en el

²⁹ Vid. STS 724/2001, de 13 de julio.

³⁰ DE CAPRI PEREZ, J. en QUINTANA CARLO, I. y BONET NAVARRO, A. *El sistema arbitral de consumo. Comentarios al RD 636/1993, de 3 de mayo*, Pamplona, 1997, p.165

³¹ GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Barcelona, 2004, p. 1499.

³² B.O.E. núm. 155, de 29 de junio de 1990. Esta norma se encuentra actualmente modificada por el Real Decreto 1203/2002, de 20 de noviembre (B.O.E. núm. 287, de 30 de noviembre de 2002).

último de los capítulos de la norma argüida. De este modo, el artículo 18 del RD reconoce el derecho de las Asociaciones y Cooperativas de Consumidores y Usuarios, inscritas (como es el caso de la recurrente) en el Registro del Ministerio de Sanidad y Consumo, a *ejercer las correspondientes acciones en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios (18.1) iniciar aquellos procedimientos administrativos o judiciales que afecten a los intereses generales de los consumidores (18.2), e incluso integrarse en los órganos de arbitraje a que se refiere el artículo 31.3 de la LGDCU.*

Por su parte, el artículo vigésimo de la LGDCU, preconiza igualmente como finalidad de las asociaciones de consumidores y usuarios el ejercicio de las “*acciones de defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios*”.

La voluntad del legislador de optar por las soluciones extrajudiciales en los conflictos de consumo se pone también de manifiesto con claridad al imponer el antiguo artículo 1.2 del Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo³³ a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios que quisieran optar al beneficio de justicia gratuita, la obligación previa de haber intentado la solución de la queja o reclamación a través del sistema arbitral, lo que evidencia el reconocimiento legal de la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios, y ello con independencia de que este artículo fuese declarado nulo con posterioridad por razones procedimentales y de competencia por la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1993, pero el deseo del legislador quedó plasmado en el Boletín Oficial del Estado.

Finalmente, resulta ilustrativo, como ya hemos anticipado el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que admite sin ningún género de duda la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de los intereses de sus asociados, los de la asociación y los intereses generales de los consumidores y usuarios.

En todo caso, aún no habiéndose cuestionado en modo alguno la posibilidad de transacción, habida cuenta que en principio lo que se solicita es simplemente un arbitraje y la transacción no es más que una de las variadas formas de terminación posible del proceso, la refutación de la capacidad o legitimación de esta Confederación, debería venir dada, si así lo entienden pertinente en el ejercicio de su derecho de defensa, por la propia entidad reclamada, pero no por la propia institución arbitral.

³³ B.O.E. núm. 61, de 12 de marzo de 1991.

Cercenar de este modo el acceso a la vía arbitral de las asociaciones de consumidores y usuarios, supone un peligroso precedente para la tutela de los intereses generales de los consumidores y para la propia supervivencia y éxito del sistema arbitral, que rechaza el amparo de las asociaciones de consumidores y usuarios, máximas colaboradoras del mismo.

Es sabido que, conforme a lo dispuesto en el artículo 3.1 CC, las normas habrán de interpretarse en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

La consolidación de este criterio supone la obstaculización del ejercicio del derecho de defensa de los intereses generales de los consumidores por parte de las asociaciones, llegándose al absurdo de contravenir tanto el espíritu de la norma constituyente al referirse a *procedimientos eficaces*, que devienen en *ineficaces* por su inaplicación, como la propia *mens legislatoris* que impulsó la promulgación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que consagraba la tutela de los intereses generales de los consumidores y usuarios como una de las finalidades esenciales de las asociaciones y la voluntad del legislador más actual que aceptando la realidad social y la necesidad de una tutela más amplia de los intereses de los consumidores, la incluye expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De cualquier modo, no habiéndose impugnado judicialmente la resolución de la Junta Arbitral Nacional de Consumo de inadmitir la solicitud de arbitraje en defensa de los intereses colectivos de los usuarios presentada por una asociación de consumidores, y a falta por tanto de pronunciamiento judicial alguno, el tema queda sujeto a la interpretación y autonomía de cada junta arbitral. Ello sin perjuicio, claro está de la conveniencia de un pronunciamiento más claro del legislador en la previsible y necesaria reforma del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo.

3.2.1.2. *La existencia de indicio racional de delito como obstáculo al conocimiento de la reclamación.*

Un supuesto particular que con cierta frecuencia se han venido planteando ante diversas juntas arbitrales de consumo es que ante la reclamación de un usuario al operador por la facturación de determinadas llamadas realizadas a servicios de tarificación adicional, en la que el reclamante sostiene haber sido víctima de un fraude (bien sea por la descarga de un programa marcador *-dialer-*, bien por cualquier otro tipo de estafa de un prestador), el operador aduce, que a tenor de lo dispuesto en el artículo 2.2.d del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el sistema arbitral de

consumo, la reclamación no puede ser objeto de arbitraje por concurrir indicios racionales de delito.

Frente a la excepción de prejudicialidad penal que ha sido invocada con frecuencia por los operadores, yerran los colegios arbitrales que persuadidos por ella, se inhiben del conocimiento de la solicitud de arbitraje. La razón obstativa al pronunciamiento del colegio arbitral sobre la reclamación presentada no radica en la mera existencia de algún tipo de conducta delictiva, sino en que alguna de las partes litigantes sea responsable de ella.

Diversos pronunciamientos judiciales de distintas Audiencias Provinciales se han mostrado favorables a la resolución de las reclamaciones por parte de las instituciones arbitrales.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de mayo de 2000 es clara en este aspecto cuando da respuesta a la pretensión de anulación de un laudo arbitral dictado por la Junta Arbitral de Consumo de Cataluña por parte de un operador de telefonía móvil:

“La pretensión formulada en vía arbitral por D.P.M. contra la entidad demandada no es de naturaleza penal porque ni se imputa infracción criminal alguna a la entidad demandada ni la pretensión de indemnización por perjuicios derivados de la actuación negligente consistente en la conceptualización como deudor en una relación de morosos, participa de esa naturaleza criminal. Ello no quedaría desvirtuado ni siquiera en el caso, que se apunta en el procedimiento arbitral y se reitera en el recurso, de que la actuación de Airtel Movil SA perjudicial para el actor, no se considerase realmente atribuible al actuar culpable de la citada entidad sino al comportamiento de un tercero que, mediante falsificación de la firma del Sr. M. Hubiese determinado, por error, la conducta de la empresa. La imputabilidad del hecho dañoso a la parte demandada es materia que queda comprendida en el enjuiciamiento que corresponde a los árbitros. Ello sin perjuicio de la existencia de una cuestión prejudicial. (...). En consecuencia, ni puede entenderse que la materia que es objeto específico de la controversia sea penal, ni que se halle inseparablemente unida a otra sobre la que las partes no tengan poder de disposición por su naturaleza penal (artículos 2.b y 45.4 de la Ley de Arbitraje), ni que, concretamente, nos hallemos en presencia del supuesto del artículo 2.2.d) del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el sistema arbitral de consumo –no podrán ser objeto de arbitraje de consumo las cuestiones en que concurren intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito-, ya que no existen en el caso que nos ocupa tales indicios racionales, más allá de las meras manifestaciones de la parte”.

Con no menos nitidez y reiterada contundencia se ha manifestado también la Audiencia Provincial de Murcia, entre otras muchas ³⁴, a través de su Sentencia número 45 de 5 de febrero de 2004, al resolver precisamente un recurso de anulación contra un laudo dictado por Junta Arbitral de Consumo de la Región de Murcia, con motivo de una reclamación referida a servicios de tarificación adicional, cuyo fundamento jurídico segundo, con cita de anteriores resoluciones de la misma Audiencia, merece la pena ser reproducido:

Fundamenta «Telefónica de España, SAU». su recurso en el contenido del artículo 45.4 de la Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de abril, cuando afirma que el laudo podrá anularse cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos que no pueden ser objeto de arbitraje. Asimismo se fundamenta tal pretensión en lo dispuesto en el Real Decreto 636/93, de 8 de mayo, que regula el Sistema Arbitral de Consumo, y en concreto en su artículo 2 que dispone que no podrán ser objeto de arbitraje de consumo aquellas cuestiones en las que existan indicios racionales de delito (artículo 2 d)).

Centrada así la cuestión debatida, entiende este Tribunal, siguiendo el criterio mantenido por esta Audiencia Provincial en sus sentencias de 13 de enero y 30 de enero de 2004 de la Sección Cuarta; 3 de febrero de 2004 de la Sección Segunda, que contrariamente a lo alegado por la recurrente, en la materia sometida a arbitraje, no existen indicios racionales de delito. Téngase en cuenta que dicha cuestión arbitral se concreta en la pretensión de anulación de cargos impugnados a Telefónica de España, SAU. por unas llamadas realizadas a un número de teléfono 906, perteneciente a un tercero. Es evidente, en consecuencia, que la materia arbitral (tarificación adicional) resulta ajena al supuesto legal de exclusión antes mencionado, pues, en todo caso, la posible existencia de indicios racionales de delito, que aduce la recurrente, y en concreto el contenido de las denuncias y procedimientos penales que actualmente se tramitan por los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional, por posible delito de estafa, por hechos similares a los que afectan a Doña Ángeles, van dirigidos contra aquellas personas titulares de los teléfonos 906 que se lucran con los mismos a costa de los particulares. Como se dice en las sentencias mencionadas, el delito no aparece presuntamente cometido por Telefónica de España, SAU., ni por los usuarios de la misma, que como la Sra. Ángeles, es perjudicada por la tarificación adicional.

³⁴ En el mismo sentido SSAP Murcia 5/04, de 13 de enero de 2004; 12/04, de 15 de enero de 2004; 28/04, de 5 de febrero de 2004; 36/04 de 30 de enero de 2004; 37/04 de 9 de febrero de 2004; 145/04 de 20 de mayo de 2004; 146/04 de 15 de abril de 2004; 297/04 de 18 de marzo de 2004.

Es por ello que la alegada prejudicialidad penal y la prohibición de someter la cuestión a arbitraje de consumo afectaría solo a las personas denunciadas en las diligencias penales.

En definitiva, se impone la desestimación de este recurso, pues lo que ahora pretende Telefónica de España, SAU., en su intento de elusión del arbitraje de consumo, es que la condición de perjudicado recaiga exclusivamente sobre el particular usuario de un teléfono 906, lo que en modo alguno puede aceptarse, ya que el objeto y razón de ser de tal supuesto legal de exclusión del arbitraje contemplado en la norma citada, consiste en evitar que quien comete una infracción penal, en este caso un posible delito de estafa, pueda acudir directamente a un arbitraje de consumo.

3.2.1.3. La facturación de los días festivos ¿Una materia indisponible?

Un supuesto realmente interesante y que se sucede curiosamente año tras año con los mismos argumentos y soluciones dispares en función la Junta Arbitral ante la que se plantea, es la aplicación por parte de las compañías telefónicas de la tarifa normal en días concretos en los que es usual que el público entienda son festivos. En estos casos se ha alegado por parte de la operadora telefónica, ante la estimación de la reclamación de algún usuario por la Junta Arbitral, indisponibilidad de la materia.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 1 de febrero de 2002, con condena costas para la operadora de telecomunicaciones recurrente, resuelve la duda con los siguientes argumentos, que merecen ser reproducidos:

“Primero.- Constituye el objeto del presente recurso de apelación el Laudo Arbitral dictado por la Junta Arbitral de Consumo de la Comunidad Autónoma de Canarias de 2 de octubre de 2001, por el que se estima la pretensión de D.M.M.P frente a Telefónica España por haber facturado esta a aquel una llamada, efectuada el 6 de enero de 2001, conforme a la tarifa normal, entendiéndose el reclamante que se le debió aplicar la reducida.

Segundo.- Formula la recurrente su recurso al amparo del artículo 45.4, en relación al 2.1.b) de la Ley de Arbitraje, manteniendo que estando las tarifas aplicables publicadas en Boletín Oficial del Estado, Orden de 26 de octubre de 1999 del Ministerio de Fomento, y estando los días festivos también regulados por Real Decreto, la materia sobre la que han decidido los árbitros no podía ser objeto de arbitraje, por no tener las partes poder de disposición sobre las mismas. Alegando de igual forma que la exclusión de la aplicación de una norma de carácter general en un supuesto concreto supone una arbi-

triedad y un quebrantamiento de la igualdad ante la Ley, con quebranto de los principios de rango constitucional y por ende del orden público.

Tercero.- No procede estimar el recurso formulado por Telefonica de España, pues ciertamente la cuestión sometida a arbitraje no es la norma aplicable, sino cómo se han aplicado las normas; no se discute, en ningún momento, la tarifa ni su importe, sino si esta estuvo bien aplicada, y, en consecuencia, no se trata de contravenir lo establecido en las normas ni por supuesto quebrantar la igualdad ante la ley. Sentado ello y tratándose de un laudo en equidad, al que por otra parte se sometió la recurrente voluntariamente sin alegar su falta de disposición sobre la materia, es lo cierto que en el mismo se cumple con todos los requisitos necesarios para su validez, pues, en definitiva, estima la pretensión del reclamante por ser más acorde a la conciencia general sobre que el día 6 de enero es festivo a nivel nacional, ya que de hecho ninguna Comunidad lo sustituye.

Cuarto.- Vistas las normas invocadas por el recurrente debe apreciarse que el artículo segundo de la Orden 21183 de 26 de octubre de 1999, establece que: «A los efectos de la aplicación de estos precios, se considerarán fiesta de carácter nacional las así determinadas en la correspondiente Resolución de la Dirección General de Trabajo»; por otro lado, tanto en la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 14 de noviembre de 2000, como en el Real Decreto 2001/1983, el día 6 de enero, está considerado como fiesta de ámbito nacional, de carácter retribuido y no recuperable. El hecho de que dicha fiesta pueda ser sustituida por las Comunidades Autónomas no le quita el carácter de fiesta nacional, y ciertamente la Orden que determina los precios, ya citada, no distingue entre fiestas sustituibles y no sustituibles, por lo que tal distinción, interpretada a su favor, la realiza de forma unilateral la propia recurrente”.

3.2.1.4. Alcance y vigencia de ofertas, promociones y planes especiales de descuento.

Una de las notas características de la actividad comercial desplegada por los operadores de telefonía, es la captación de clientes a través de atractivas ofertas, que finalmente silencian datos esenciales como es su ámbito temporal e incluso geográfico de aplicación o la compatibilidad de las mismas con otros planes o sistemas existentes.

En estos supuestos, el usuario interesado por beneficiarse de algún producto concreto que se adapte a sus necesidades solicita la contratación, planteándose disputas cuando la oferta, plan o promoción extingue su vigencia o el operador manifiesta al usuario la imposibilidad de su prestación. En este sentido hay que reconocer que existe una deficiente falta de información al

usuario alentada tanto por el opaco sistema de comunicación de tarifas, que a pesar de cumplirse formalmente con el procedimiento de información al Consejo de Consumidores y Usuarios y Secretaría de Estado de Telecomunicaciones, no llega al verdadero conocimiento del usuario, como por la permisividad administrativa respecto del reiterado incumplimiento de la vigente normativa de contratación telefónica.

Sea como fuere, no son extrañas las juntas arbitrales al conocimiento de litigios en los que el usuario invoca la aplicación de determinados planes de tarifas y las compañías invocan la imposibilidad de aplicación de las mismas por haber finalizado su vigencia o por incompatibilidad con otras existentes.

A este supuesto, que suele construirse sobre la excepción de falta de disponibilidad de los árbitros sobre la materia objeto de controversia, responde la Audiencia Provincial de Zaragoza a través de su Sentencia de 9 de junio de 2004, con el siguiente razonamiento:

Recorre la representación procesal de VODAFONE ESPAÑA, S.A., el laudo dictado por el Colegio Arbitral de la Junta Arbitral de Consumo de Aragón el 2 de febrero de 2.004, invocando su nulidad por estimar que el mismo es contrario al apartado número 4 del artículo 45 de la Ley de Arbitraje, que establece como causa de nulidad del Laudo: “ Cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no pueden ser objeto de arbitraje”.

Estima la parte recurrente, que el Laudo será nulo por cuanto se obliga a la recurrente a mantener un plan que ya no está vigente, siendo incompatibles ambos planes solicitados (Mini y servicio A 2) tanto por la razón expuesta, como por incompatibilidad por motivos de sistemas.

(...)

De la lectura de las actuaciones resulta que carece de razón de ser el recurso interpuesto, al haber resuelto los árbitros sobre puntos sometidos a su decisión, conforme a la cláusula XV, 41 de las Condiciones Generales de la Contratación según la cual se someten a arbitraje las reclamaciones que los consumidores y clientes pudieran tener frente a Airtel Móvil (hoy Vodafone) con origen en la prestación del servicio GSM.

No se aprecia en el laudo ninguna extralimitación, resolviendo más allá de lo pedido (ultra petita), ni haciéndolo sobre cuestiones no planteadas (extra petita), sin que se aprecie la existencia de extralimitación del fallo

arbitral. Además conforme reiterada Jurisprudencia, los Tribunales no pueden a través del presente recurso corregir las deficiencias y omisiones del mismo, si las hubiere, ni complicar, o crear dificultades a ese móvil de paz y cordialidad que a los árbitros se confía, porque la naturaleza de este recurso no permite el examen total del fondo del asunto.

La Sentencia del T.S. de 20-11-89 advierte que respecto del objeto del arbitraje “los árbitros no están obligados a interpretarlo tan restrictivamente que se coarte su misión decisoria, ya que la naturaleza y finalidad del arbitraje permite una mayor elasticidad en la interpretación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir.” (SS. de 24-4-53,13-5-60,25-10-82 y 15-12-80).

En consecuencia, los árbitros han resuelto sobre puntos sometidos a su decisión, y sobre cuestiones sometidas a arbitraje, según se desprende de las condiciones generales, habiendo sido sometida la cuestión controvertida a la Junta Arbitral de común acuerdo, sin que concurra el motivo concreto de anulación del laudo esgrimido por la parte apelante, por lo que el recurso debe desestimarse.

3.2.1.5. Reclamaciones sobre el importe de llamadas a STA.

Los litigios derivados de la facturación de llamadas a los servicios de tarificación adicional son otra de las fuentes de mayor número de reclamaciones en el sistema arbitral.

En los últimos meses, tras las modificaciones de la oferta de sometimiento público de diversos operadores y el consentimiento de una *adhesión a la carta*, son muchas las juntas arbitrales de consumo que directamente se han abstenido de conocer cualquier reclamación relacionada con servicios de tarificación adicional.

La permisividad de estas limitaciones en cuanto al sometimiento arbitral, ocultas por lo común para el usuario, constituye otra de las sombras del actual sistema arbitral de consumo. No parece ético, que la empresa que se promociona ante el consumidor como favorable a un sistema de resolución de conflictos “rápido” y gratuito como es el arbitraje de consumo, obteniendo con ello el distintivo oficial que le otorga el artículo 7.1 del Real Decreto 636/1993, le omita la parquedad de su bondad interesada, atrayendo sin embargo el usuario hacia su empresa y detrayéndolo de la competencia.

La Administración sin embargo ha aceptado estas limitaciones, que sin duda en otros campos cabría calificar como *publicidad engañosa por*

*omisión*³⁵, con el fin de incrementar, aunque sea de modo poco favorable para el usuario, el número de empresas adheridas al sistema arbitral. GUTIERREZ SANZ³⁶ o MALUQUER DE MOTES BERNET³⁷ se manifiestan en este mismo sentido, advirtiendo que esta limitación del ámbito de la oferta puede suponer una vía engañosa para el consumidor. Dos soluciones se ofrecen para esta sombra del sistema. Ora la exclusión de estas empresas del sistema arbitral de consumo y retirada del distintivo concedido, ora la creación de un nuevo distintivo que advierta al usuario de la existencia de algún tipo de limitación o reticencia de la empresa con la que contrata respecto de su adhesión al sistema. Esta última solución tiene a su vez el inconveniente del esfuerzo de difusión del nuevo distintivo, cuando en términos generales el usuario no conoce siquiera el existente.

De cualquier modo y a pesar del importante obstáculo que ha supuesto la aceptación de estas ofertas de adhesión, es preciso estudiar de modo pormenorizado los términos de cada oferta, ya que en ocasiones, probablemente debido a una mala redacción de la misma, lo que se excluye de facto no es más que las reclamaciones relativas a los servicios de tarificación adicional cuando la reclamación se fundamenta en la forma de prestación del servicio por parte del proveedor, posibilitándose por tanto la reclamación por las cantidades facturadas que no estén vinculadas a la forma de prestación del servicio. Así lo ha entendido también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 18 de marzo de 2004, desestimando el recurso de anulación interpuesto por Telefonica de España SAU contra el laudo dictado por la Junta Arbitral de Consumo de Murcia, cuyos fundamentos jurídicos primero y tercero reproducimos:

PRIMERO.- Que en el recurso se pretende la anulación del laudo dictado por la Junta Arbitral de Consumo de Murcia, de fecha 1 de diciembre de 2.003, indicando, como motivo el previsto en el art. 45.4 de la Ley 36/98 de 5 de diciembre de Arbitraje _ "Cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no pueden ser objeto de arbitraje"- , alegando como fundamento la oferta pública de sometimiento al Sistema Arbitral de Consumo de "Telefónica de España", en la que se dispone como materia excluida de arbitraje, entre otras, "Las reclamaciones relativas a los servicios de tarificación adicional (líneas 906 y 903), cuando la reclamación se fundamenta en la forma de prestación del servicio por parte del

35 Cfr. Art. 4 de la Ley General de Publicidad "Es asimismo engañosa la publicidad que silencia datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a un error en los destinatarios".

36 GUTIERREZ SANZ, M.R, en QUINTANA CARLO I. y BONET NAVARRO, A (Dir). *El Sistema Arbitral ... ob. cit.*, p.117.

37 MALUQUER DE MOTES BERNET, J. "Oferta pública de sometimiento al sistema arbitral", en Estudios sobre Consumo Nº 59, Madrid, 2001, p. 126.

proveedor...”, teniendo en cuenta que la oferta arbitral referida entró en vigor el día 15 de julio de 2.003, invocando el art. 6 del Real Decreto 636/93, de 3 de mayo, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, e indicando que “Telefónica de España” no interviene en modo alguno en la prestación del servicio de información o entretenimiento que suministran los prestadores de servicios de auditex, de ahí que concurran los requisitos establecidos en la cláusula excluyente de la oferta arbitral; también se lega como motivo de impugnación del laudo arbitral, el art. 23 de la Ley de Arbitraje por falta de competencia objetiva de los árbitros e inexistencia de convenio arbitral.

TERCERO.- Que tampoco concurre la causa de nulidad prevista en el art. 45.4 de la Ley 36/1.998, de 5 de diciembre “Cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no puedan ser objeto de arbitraje”, ya que la cuestión planteada por la reclamante D^a Paloma ante la Junta Arbitral no se trata de una cuestión relativa a la forma de prestación del servicio por parte del proveedor, sino que se trata de una reclamación por una cantidad facturada por Telefónica de España por llamadas al 906 (servicios de tarificación adicional), y en este sentido no pueden entenderse que opere la “causa de exclusión del arbitraje que se refiere por la recurrente, pues como se ha dicho la reclamación no se refiere a la prestación de servicios propiamente, sino a una reclamación de cantidades pretendida por Telefónica de España, por servicios de llamadas efectuadas a los números 906, que no consta que hayan sido efectuadas con pleno conocimiento y voluntariedad.

En atención a lo expuesto procede desestimar la nulidad del laudo arbitral.

3.2.1.6. La preselección para llamadas metropolitanas.

Como parte del proceso de liberalización de las telecomunicaciones, a finales del año 2000, se aprobaba la Resolución de 30 de noviembre de 2000, de la Presidencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se hace pública la Circular 1/2000, de 30 de noviembre, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre la habilitación de procedimientos para la preselección de comunicaciones del ámbito metropolitano³⁸.

En virtud de esta Circular y sobre la base del más que llamativo artículo 19.3 del Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al

³⁸ B.O.E. núm. 298, de 13 de diciembre.

acceso a las redes públicas y a la numeración³⁹, que facultaba a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en función de la competencia efectiva en el mercado, al establecimiento de procedimientos de preasignación de operador a cada abonado, mediante sistemas de encuesta directa u otras fórmulas, se permitía a los operadores la posibilidad de preseleccionar a los usuarios a través de su consentimiento tácito. Para ello, el operador beneficiario que ya cursara las llamadas de larga distancia y de fijo a móvil de un determinado usuario, debería remitir una carta a cada abonado, con certificación de contenido y acuse de recibo, indicando que en caso de que no manifestase expresamente su oposición en el plazo de quince días naturales tras la recepción de dicha carta, se entendería que autorizaban a este operador para que cursase también las llamadas metropolitanas.

El problema se plantea en este caso cuando el usuario de modo consciente ha seleccionado diferentes operadores para la realización de sus llamadas en función de distintos planes o programas de precios y se ve suplantada su voluntad por uno de los operadores a través de este cuando menos peculiar sistema de contratación.

Tras la publicación de la norma, no faltaron los operadores que aprovechando la ausencia de numerosos usuarios de sus domicilios habituales en el periodo de navidad e incluso en las posteriores vacaciones estivales, enviaban esta comunicación a los usuarios obteniendo su preselección transcurridos los quince días apuntados en la norma. A mayor abundamiento, las comunicaciones se produjeron y se producen en la inmensa mayoría de los casos por una mera carta certificada, ausente de la certificación de contenido requerida y redactada en términos poco claros.

Planteadas las solicitudes de arbitraje por parte de los usuarios se esgrimía por los operadores la Circular de la CMT, perla de nuestra regulación, como argumento justificativo de su actuación. Olvidan sin embargo las operadoras y con ellas algunas juntas arbitrales, al margen de una más que oponible doctrina del otorgamiento del consentimiento en la contratación, la aplicación de toda la normativa de contratación a distancia, que también ha de resultarles aplicables en este caso de modo concurrente con la referida Circular que bien hubiera merecido una respuesta judicial.

3.2.1.7. La preselección a través del consentimiento verbal.

Sobre idénticas razones que las invocadas para legalizar la preselección de llamadas metropolitanas y cuatro años más tarde de la Circular 1/2000, de

³⁹ B.O.E. núm. 181, de 30 de julio de 1998.

30 de noviembre, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones volvía a entender que la preselección se constituía como un elemento fundamental para aumentar el grado de competencia y que ésta no se encontraba en plena madurez, por lo que adopta una nueva Circular, aprobada esta vez de la Resolución de 7 de junio de 2004, de la Presidencia del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se hace pública la Circular 1/2004, de 27 de mayo, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se introduce el consentimiento verbal con verificación por tercero en las tramitaciones de preselección de operador⁴⁰.

A grandes rasgos lo que viene a permitir la CMT es que un agente de ventas del operador irrumpa telefónicamente en el domicilio del usuario ofreciéndole la contratación de unos determinados servicios y constituirse en abonado suyo. Tras la gestión de marketing, el agente de ventas transmitirá la llamada a un tercero denominado verificador y que habrá de ser independiente, para que tras la confirmación del acuerdo del usuario, comunique al operador solicitante el resultado de la verificación.

Cierto es que la Circular pretende salvaguardar en cierta medida algún derecho del usuario, estipulando la obligación de remisión posterior al abonado del contrato telefónico. También es cierto que la exposición de motivos de la Circular advierte que pretende únicamente la regulación entre operadores respecto de la tramitación de solicitudes de operador, quedando por tanto al margen la normativa aplicable a la contratación telefónica aplicable entre operadores y usuarios. En este sentido y previendo que también esta Circular será objeto de disputas arbitrales habrá de ser examinarse como advierte la propia Circular, no solo el cumplimiento de la misma, sino su armonía con lo dispuesto en la normativa general tuitiva de consumidores y usuarios, y en especial lo dispuesto en el conocido Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación⁴¹.

3.2.1.8. *La itinerancia o roaming en zonas fronterizas.*

La itinerancia o *roaming* según el término sajón ya inevitablemente extendido es según GONZÁLEZ MARTÍNEZ y GÓMEZ VALERO⁴² una facilidad de la telefonía móvil que permite la utilización del teléfono móvil digital en el extranjero de la misma manera que si estuviéramos en España.

40 B.O.E. núm. 163, de 7 de julio de 2004.

41 B.O.E. núm. 313, de 31 de diciembre de 1999.

42 GONZALEZ MARTINEZ, A y GÓMEZ VALERO, J. *Telefonía móvil digital*, Madrid, 2001, p. 297.

A pesar de que el usuario de la telefonía móvil⁴³ haya de soportar un coste mayor, tanto por la realización de las llamadas, como por la recepción de las mismas, pues lógico que el llamante que ignora el paradero del llamado no haya de asumir el precio de una llamada internacional, la utilidad que puede reportar al usuario desplazado es evidente.

La ventaja de movilidad propia de la telefonía móvil, implica la localización del usuario. Esta tarea que no presenta problema alguno en la gran generalidad del territorio, si plantea sin embargo curiosas situaciones en áreas fronterizas donde distintos operadores (nacionales y extranjeros) pueden confluir en su ámbito de cobertura. Es en estas situaciones, que cada vez se plantean con más frecuencia por el elevado número de usuarios de la telefonía móvil, donde el usuario, encontrándose en territorio nacional puede estar recibiendo cobertura por parte de un operador extranjero. La consecuencia de ello, será que su operador de acceso de red móvil lo identifique como en itinerancia, facturándole por tanto la recepción de llamadas como si se encontrase en el extranjero y por tanto cargándole el tramo internacional de la llamada y tarifándole igualmente las llamadas salientes como llamadas internacionales⁴⁴.

El problema se suscita evidentemente porque con frecuencia el usuario no es capaz de acreditar su permanencia en España en el momento de la llamada (y menos aún la de su teléfono móvil), el operador telefónico no identifica el lugar preciso de la llamada sino que se limita a informar del operador extranjero que ofreció cobertura, del momento de la llamada y del número comunicado. A ello hay que añadir un tercer obstáculo, la Junta Arbitral no acostumbra a conocer la existencia de mecanismos para esclarecer el hecho.

En estos casos es conveniente saber que el terminal móvil, a través de su tarjeta SIM es registrado en cuanto a su ubicación para identificar que estación base le ofrecerá cobertura, pudiendo identificar con ello el área geográfica donde se encontraba (así al menos sabremos si se encontraba en el centro del país o ciertamente se hallaba en la estación base más próxima a la frontera).

La información de registro se almacena en dos bases distintas del sistema digital:

a) El registro de posiciones base (Home Local Register –HLR-). El HLR es una base de datos que contiene información sobre los usuarios

⁴³ En España, la tasa de penetración de la telefonía móvil, medida como el número de líneas en porcentaje de la población está ya en 87,2% según informa la CMT en su memoria anual de 2003, p. 22.

⁴⁴ Esta situación se da con frecuencia en la frontera hispano portuguesa. Un buen ejemplo es pasear por Tuy (Pontevedra) y Valença do Miño (Portugal) donde en función de la calle o en el momento se podrá obtener cobertura del operador español o portugués con independencia del país en que nos encontremos. Hechos similares pudieran acaecer en el pirineo aragonés.

conectados a un determinado Centro de Conmutación de Servicio Móvil. Entre la información que almacena el HLR hallamos la localización del usuario y los servicios a los que tiene acceso.

b) El registro de posiciones de visitantes (Visitor Local Register –VLR-). El VLR contiene toda la información sobre un usuario necesaria para pueda acceder a los servicios de red. Forma parte del HLR con quien comparte funcionalidad.

Evidentemente, el usuario reclamante no estará en disposición de aportar esta información a la Junta Arbitral y por lo tanto habrá de requerirse a la operadora para que la suministre por ser quien tiene la disposición de control sobre los equipos. En caso de no facilitarla y en evitación de la imposición de la denominada *prueba diabólica*, entendemos que habrá de fallarse de modo favorable al usuario en aplicación del principio *pro consumatore*.

3.2.1.9. El desglose de la factura de telecomunicaciones.

La reclamación de usuarios disconformes con la facturación del servicio es algo absolutamente cotidiano en las juntas arbitrales. En ocasiones sin embargo esta disconformidad se manifiesta por razón del cobro de conceptos globales de servicios de comunicación sin detallar. El ejemplo característico es el de las llamadas locales.

El artículo 57 del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, regula el derecho de los usuarios de que los operadores del servicio telefónico disponible al público les presenten facturas por los cargos en que hayan incurrido. Reza el citado precepto que deberán contener de forma obligatoria y debidamente diferenciados los conceptos de precios que se tarifican por los servicios que se prestan. Asimismo, los usuarios tendrán derecho a obtener recibos independientes para el servicio básico y, en su caso, los adicionales contratados. De igual modo, señala su apartado segundo que los operadores del servicio telefónico disponible al público que tengan la consideración de dominantes o que estén designados para la prestación del servicio universal, deberán suministrar a sus abonados la facturación detallada por los servicios que prestan, en los términos establecidos en este Reglamento y en la normativa que sea de aplicación.

Ante estos casos en que el usuario reclamante impugna la factura aduciendo su disconformidad con determinadas llamadas no detalladas, corresponderá al operador la prueba de las mismas para que proceda su exigencia de pago al usuario. Así también lo ha entendido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de abril de 1998 (Sección 14ª).

3.2.1.10. La ubicación del PTR.

Otro problema frecuente que se plantea en las juntas arbitrales de consumo es el de las reclamaciones por llamadas que el usuario directamente manifiesta no haber realizado, en ocasiones al extranjero.

En estos casos en los que ya se han observado las tradicionales comprobaciones del *histórico de llamadas* del usuario, se constata el desconocimiento del número llamado para el reclamante e incluso en ocasiones la ausencia de cualquier persona en la vivienda en el momento en que se producen las llamadas, resulta interesante averiguar cual es la ubicación exacta del punto terminal de red o punto de terminación de red.

El antiguo Real Decreto 2304/1994, de 2 de diciembre, por el que se establecían las especificaciones técnicas del punto de terminación de red de la red telefónica conmutada y los requisitos mínimos de conexión de las instalaciones privadas del abonado ⁴⁵, definía el punto de terminación de red como *el elemento físico de la red telefónica conmutada donde termina cada línea de suministro del servicio telefónico y al que se conecta la instalación privada que une los distintos equipos que permiten la utilización del servicio telefónico básico a cada usuario.*

El artículo 5.2 Real Decreto 401/2003, de 4 de abril, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de los edificios y de la actividad de instalación de equipos y sistemas de telecomunicaciones ⁴⁶, establece que *el propietario o los propietarios del inmueble serán los responsables del mantenimiento de la parte de infraestructura común comprendida entre el punto de terminación de red y el punto de acceso al usuario, así como de tomar las medidas necesarias para evitar el acceso no autorizado y la manipulación incorrecta de la infraestructura. No obstante, los operadores y los usuarios podrán acordar voluntariamente la instalación en el punto de acceso al usuario, de un dispositivo que permita, en caso de avería, determinar el tramo de la red en el que dicha avería se produce.*

Actualmente el apartado 22 del Anexo de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre General de Telecomunicaciones define y aclara con precisión que debe entenderse por punto de terminación de red y cual es la responsabilidad de cada parte. Para la nueva LGT se entiende por punto de terminación de red *el punto físico en el que el abonado accede a una red pública de comunicaciones. Cuando se trate de redes en las que se produzcan opera-*

⁴⁵ B.O.E. núm. 305, de 22 de diciembre de 1994.

⁴⁶ B.O.E. núm. 115, de 14 de mayo de 2003.

ciones de conmutación o encaminamiento, el punto de terminación de la red estará identificado mediante una dirección de red específica, la cual podrá estar vinculada al número o al nombre de un abonado.

La propia Ley General de Telecomunicaciones nos aporta otro dato fundamental al señalar con meridiana claridad que *el punto de terminación de red es aquel en el que terminan las obligaciones de los operadores de redes y servicios y al que, en su caso, pueden conectarse los equipos terminales.*

Decíamos que resulta interesante comprobar en el caso de llamadas no reconocidas la ubicación precisa del punto terminal de red, ya que en ocasiones mediante su manipulación por terceros se pueden cursar llamadas libremente a cargo del usuario titular de la línea. Para evitar este hecho, tan sencillo como levantar con el dedo meñique una clavija y conectar un terminal, el punto de terminación de red deberá estar en un lugar inaccesible para terceros. Con frecuencia sin embargo nos encontramos estos puntos de terminación situados en escaleras de vecinos o en ventanas bajas sin ningún tipo de cautela por simple comodidad del instalador. Ante estas deficiencias en la instalación y pudiendo resultar accesible a terceros el punto de terminación de red habrá de eximirse al usuario reclamante de responsabilidad siempre que los árbitros no hayan alcanzado otra convicción con razón al examen de las restantes pruebas periféricas que referíamos anteriormente (llamadas anteriores, número de familiar, etc.)

3.2.1.11. Valoración de la prueba documental de parte. El principio de proximidad probatorio.

En todo proceso no es suficiente con tener razón, hay que demostrar lo que se alega y convencer al juzgador o árbitro de las pretensiones que se defienden, de ahí la importancia de la prueba. MONTERO AROCA⁴⁷ define la prueba como la actividad procesal por la que se tiende a alcanzar el convencimiento psicológico del juzgador sobre la existencia o inexistencia de los datos que han sido aportados al proceso o fijarlos conforme a una norma legal.

La finalidad de la prueba según GETE-ALONSO Y CALERA⁴⁸, que la distingue del resultado, es la de conseguir la aportación de aquellos datos, referentes al *thema probandi*, al órgano que ha de resolver o decidir acerca de una determinada cuestión, para ayudar a la formación de su criterio, previa la realización de las operaciones necesarias para su depuración.

En el arbitraje la actividad probática puede venir propuesta de parte o por la propia iniciativa de los árbitros dentro de las amplias facultades que en

47 MONTERO AROCA, J. *Derecho Jurisdiccional. II Proceso Civil*, Barcelona, 1995, p. 179.

48 GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. "Valoración y carga de la prueba en el procedimiento arbitral de consumo (reclamaciones en el ámbito de la telefonía)", en *Estudios de Consumo* N° 52, 2000, p. 42.

esta materia les han sido otorgadas por concesión de la norma (artículos 25.2 LA y 13.1 RDSAC) y reconocidas por nuestras Audiencias Provinciales como es el caso de la Sentencia de 11 de mayo de 1992 de la Audiencia Provincial de Almería “*En el desarrollo del arbitraje, (...) no rige el principio de aportación de parte en el sentido que éste tiene en el procedimiento ordinario, sino que el árbitro tiene amplias facultades para acordar las pruebas que estime pertinentes y sean admisibles en derecho*”.

En cuanto a los medios probatorios aplicables al procedimiento arbitral son admisibles cualesquiera permitidos por nuestro ordenamiento jurídico⁴⁹. Tal y como señala acertadamente MARTÍN OSTOS⁵⁰ el legislador ha apostado decididamente por el *numerus apertus* de los medios probatorios o las fuentes de prueba. Este mismo espíritu es el que debe guiar a los árbitros en su actuación indagatoria de la equidad, permitiendo la utilización de un amplio elenco probatorio.

De todos los medios probatorios, y acostumbrados a la exposición de versiones contradictorias por las partes, para adoptar el laudo con frecuencia, olvidando otros valiosísimos medios como la prueba pericial⁵¹, se acude a la prueba documental privada, esto es la prueba de parte, que en términos casi generales presenta la operadora telefónica reclamada.

Habida cuenta de las dificultades probatorias a las que debe enfrentarse el usuario (las redes de transmisión, los nodos de conexión y los equipos técnicos están fuera del alcance del usuario, y ello sin ahondar en los conocimientos técnicos necesarios para su valoración que como es notorio no tiene el usuario medio, por muy *normalmente informado, atento y perspicaz* que se le quiera hacer), parece lógico exigir un plus de actividad probatoria a la operadora telefónica que es quien por razón del principio de proximidad y acceso a los equipos está en mejor predisposición de disipar las dudas de los árbitros, sin que ello suponga evidentemente eximir del más mínimo esfuerzo probatorio al actor. En el procedimiento civil ello se sustenta sobre el artículo 217 LEC⁵².

49 Resulta ilustrativa la Ley de Enjuiciamiento Civil al enumerar en su artículo 299 los siguientes: 1º Interrogatorio de las partes; 2º Documentos públicos; 3º Documentos privados; 4º Dictamen de peritos; 5º Reconocimiento judicial; 6º Interrogatorio de testigos; 7º Reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y de los instrumentos que permitan archivar y conocer datos relevantes para el proceso

50 MARTÍN OSTOS, J. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo II*. Valladolid, 2000, p. 1806.

51 En este aspecto hay que lamentar la mínima actividad probatoria pericial acordada por las juntas arbitrales, despreciando el valor que puede tener el informe de un experto. No es extraño que el rechazo de la prueba venga impulsado por el propio presidente del Colegio, que sometido a la cicatería presupuestaria que padece el Sistema Arbitral de Consumo, carece efectivamente de medios para afrontar los honorarios de peritos. Sin embargo, ello no puede servir de excusa para el desarrollo incorrecto del proceso. Un dato significativo sobre esta realidad es el porcentaje de peritajes acordados en el 2003: 1,20% del total de las reclamaciones recibidas.

52 Vid Art. 217.6. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio

Sin embargo, con frecuencia la actividad probatoria realizada por la reclamada se limita a la aportación de un documento privado, de parte, en el que se manifiesta *haber procedido a la completa revisión de los distintos componentes técnicos de su instalación*, sin especificarse en ningún caso, ni qué comprobaciones fueron estas, ni por quién se realizaron, ni en que momento, ni sobre que equipos o instalaciones o a la estereotipada y conocida fórmula *realizadas las comprobaciones oportunas, no se ha detectado anomalía alguna que pueda haber afectado al cómputo y/o facturación durante el periodo mencionado*.

En estos supuestos, la prueba aportada, carente del principio de neutralidad o independencia, habrá de ser valorada por los árbitros como una manifestación más de parte, sin atribuir un valor infalible a la certificación que pueda emitir la propia empresa y que no debiera tener más peso que la declaración jurada que hubiera podido realizar el reclamante.

3.2.1.12. La consignación arbitral de importes litigiosos.

En ocasiones, junto con la presentación de la solicitud puede interesar al usuario proceder a la consignación de determinadas cantidades. Paradigma de ello, instado desde CEACCU a las Juntas Arbitrales de Consumo, puede ser la previsión contenida en la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, de desarrollo, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, del título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el título III de la Ley General de Telecomunicaciones. En el artículo octavo de esta norma se dispone que *“La disconformidad o desacuerdo de un abonado con la facturación de los servicios de tarificación adicional no podrá dar lugar a la suspensión del servicios telefónico disponible al público si el abonado paga el importe del mismo, excluida la remuneración que corresponda a los prestadores de servicios de tarificación adicional por todos los conceptos relativos a la prestación de los servicios de tarificación adicional (información, comunicación u otros). Para que el abonado no pueda ser suspendido del servicio de tarificación adicional será necesario que presente una reclamación ante las Juntas Arbitrales de Consumo o ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información y que, mientras se esté substanciendo dicha reclamación, consigne fehacientemente el importe adeudado, entregando el correspondiente resguardo al operador”*.

De este modo, y sin entrar en el reproche que merece la previsión legal de forzar al usuario a consignar el importe litigiosos, en aquellos supuestos de disconformidad con el importe facturado al usuario podrá este consignar ante la Junta Arbitral las cantidades reclamadas por el usuario sin tener que

hacer entrega de las mismas al empresario y evitando así la reclamación por vía judicial, en tanto que la Junta decide la admisión o no del arbitraje.

La consignación debería realizarse preferentemente a través de las cuentas de consignación arbitrales que cada Junta Arbitral debería tener abierta. No obstante la realidad nos muestra que la mayoría de las Juntas Arbitrales no disponen aún de las citadas cuentas. En este caso, entendemos que nada impide, pese a la incomodidad que ello puede representar para las Juntas Arbitrales por dificultades de custodia, la incorporación a la solicitud de arbitraje de un talón a nombre del reclamado por si el fallo fuera desfavorable al usuario como ofrecimiento de pago, debiendo quedar en depósito de la Junta Arbitral hasta la emisión del laudo. Obviamente siempre cabrán otras posibilidades de consignación como la notarial, pero los gastos que de ella derivan hacen poco atractiva tal opción para el usuario que se inclina por el arbitraje de consumo que proclama como nota relevante su gratuidad.

El problema de la consignación ha sido objeto de debate frecuente en la Comisión de Cooperación de Consumo, al ser instada su creación desde distintas Direcciones Generales de Consumo, manifestándose sin embargo contrario el Instituto Nacional del Consumo a su puesta en marcha, oponiendo razones de imposibilidad legal para su activación. El asunto no deja de ser curioso, puesto que en cualquier caso evidencia una notable descoordinación entre las distintas autoridades. Llama aún más la atención cuando la previsión de la consignación proviene de una Orden de Presidencia, formulada al amparo del artículo 40 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que ha nacido a propuesta del Ministerio de Sanidad y Consumo, Ministerio de Ciencia y Tecnología, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Vicepresidente Primero del Gobierno y previa aprobación del Ministerio de Administraciones Públicas. Si se trataba de establecer un sistema para que el usuario instante de una solicitud de arbitraje, de un procedimiento gratuito, pudiera consignar el importe discutido, no tiene sentido alguno remitirle a una consignación notarial. Es evidente que la intención del legislador, en el que concurren hasta cinco Ministerios, con sus correspondientes informes técnicos y audiencia del Consejo de Consumidores y Usuarios, del Consejo Asesor de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, ha sido la de facilitar la solución del conflicto íntegramente a través de las Juntas Arbitrales de Consumo, donde se esperaba la creación de las citadas cuentas de consignación. Así nos encontramos ante dos planteamientos igualmente absurdos que no alcanzan a resolver la presente situación. Si son de imposible creación ¿qué sentido tiene la previsión normativa de la Orden PRE/361/2002?. Por el contrario si tal previsión es

factible ¿A que se espera para su creación? La razón y la debida protección del usuario exigen la respuesta de la Administración ante esta situación.

3.2.1.13. *La solicitud de baja del servicio.*

Frente a todas las facilidades que las operadoras suelen ofrecer al usuario para la contratación de un nuevo servicio (contratación telefónica, por Internet, en cualquier distribuidor, remitido al domicilio, etc), el proceso de baja o resolución del contrato suele ser un tortuoso camino. Consecuencia de esta dificultad es que no son extrañas las solicitudes de arbitraje planteadas por los usuarios con motivo de la reclamación por parte de los operadores de diversos importes correspondientes a cuotas impagadas.

Ante esta situación el operador suele presentar el contrato en el que se especificará bien la obligación de permanencia de un determinado tiempo de alta en el servicio, bien la dirección exacta donde el usuario ha de dirigir por escrito de un modo rigorista su petición de baja. Efectivamente el usuario es probable que no haya seguido las estipulaciones impuestas en el contrato, pero precisamente aún es más factible que por el sistema de contratación desarrollado por las operadoras (fundamentalmente telefónico sin remisión de copia del contrato) esas condiciones jamás se hallen firmadas. Así pues en ausencia de firma de las condiciones generales del contrato estas no podrán vincular al usuario, debiendo valorar el colegio arbitral la posición de las partes dentro de las reglas de la sana crítica. Dentro de ese proceso de valoración de la prueba si es cierto que será interesante ponderar la razón de la no realización de una sola llamada durante los meses coincidentes con la reclamación de las cuotas insatisfechas por parte de los operadores.

3.2.1.14. *La existencia de arbitrajes privados para la resolución de conflictos con consumidores. El caso AEADE.*

En alguna ocasión también se ha pretendido la anulación, revisión o nuevo sometimiento de la cuestión litigiosa por parte del usuario ante las juntas arbitrales de consumo de un conflicto resuelto a través de los laudos arbitrales dictados por una asociación de carácter privado denominada Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (AEADE)⁵³. De cualquier modo y aunque estas pretendidas anulaciones ante las juntas arbitrales resultan improsperables pues no es el cauce adecuado para ello, que sabido es son las Audiencias Provinciales, resulta ineludible abordar el tema

⁵³ La AEADE, se constituyó como una asociación "sin ánimo de lucro", registrada con el número 166.770 en el Registro Nacional de Asociaciones, presidida actualmente por el ExPresidente del Senado, Juan Ignacio Barrero Valverde, acumula actualmente el mayor número de reclamaciones contra el sistema arbitral, según la CEACCU.

por su enorme trascendencia para el crédito del sistema arbitral de consumo y de los profesionales que con su esfuerzo diario se afanan en hacer crecer.

La AEADE constituye un ejemplo tristemente famoso del sometimiento de los usuarios mediante contratos de adhesión, especialmente frecuentes en el ámbito de la telefonía móvil, a sistemas arbitrales distintos del de consumo.

Tanto la CEACCU, como posteriormente la OCU, han denunciado su actuación reiteradamente ante las autoridades competentes de consumo. También la Unión de Consumidores del País Vasco, integrada en la UCE – Unión de Consumidores de España –, aunque de modo algo incoherente⁵⁴, ha advertido de la actuación irregular de AEADE. Las denuncias de las asociaciones de consumidores y usuarios, han sido lamentablemente desoídas hasta el momento por las autoridades de consumo que permanecen pasivas ante su actuación, alcanzando ya la citada asociación en tres años la cifra de 10.000 arbitrajes celebrados⁵⁵, con el evidente perjuicio para los consumidores. Otra sombra funesta del actual sistema arbitral de consumo. Sin embargo, a pesar de alguna excepción propiciada por la admisión del usuario en prueba testifical del conocimiento claro del sentido de la cláusula que firmaba⁵⁶, ya que lo que se sanciona es la incorporación a un contrato por adhesión siendo válida la negociación individual entre las partes, la denominada jurisprudencia menor ha entendido de modo prácticamente unánime que dicho uso supone la imposición de una cláusula abusiva proscrita por el ordenamiento jurídico. Así lo recoge la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de 4 de junio de 2002 anulando el arbitraje dictado por la AEADE por el carácter de cláusula abusiva de su imposición o más reciente en sus Sentencias de 1 de julio de 2003; 22 de octubre de 2003;

Por su parte la Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia de 17 de octubre de 2003 en primer lugar y en la de 25 de febrero de 2004 primero tras llegar a imputar a la citada asociación la comisión de fraude procesal, finaliza escandalizada su razonamiento del modo siguiente:

En línea con lo hasta el momento razonado entiende la Sala que la inclusión de la cláusula arbitral en los contratos de promoción de telefonía móvil puede vulnerar lo dispuesto en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (art. 8, 2) por lo que procede dar traslado de testimonio del presente expediente al Ministerio Fiscal, por si entendiera oportuno iniciar las

⁵⁴ Decimos de modo incoherente, ya que mientras la Unión de Consumidores del País Vasco, advertía el 27 de febrero de 2002 de estas irregularidades (vid. [www.consumer.es](http://www.consumer.es/web/es/actualidad/derechos_del_consumidor/38615_2.jsp) del viernes 22 de agosto de 2003, en http://www.consumer.es/web/es/actualidad/derechos_del_consumidor/38615_2.jsp), su filial de Jaén, firmaba un convenio con AEADE (vid. <http://www.aeade.org>).

⁵⁵ Vid. *La Razón*, de 16 de julio de 2003, *La Expansión* de 18 de julio de 2003, y *El Nuevo Lunes* de 21 de julio de 2003.

⁵⁶ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de septiembre de 2002 (Sección 19ª).

acciones de cesación previstas en la disposición adicional tercera de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y art. 11 de la LEC.

Igualmente estupefacta por la actividad desarrollada por la AEADE se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de octubre de 2003, en la que tras anular el laudo dictado por la AEADE, ordena dar testimonio de la misma al Ministerio Público para el eventual ejercicio de una acción de cesación, situándole en bandeja de plata la acción.

La doctrina ⁵⁷ más autorizada se había venido mostrando también opuesta a la admisión de la validez de este tipo de cláusulas adhesivas a un sistema arbitral distinto del consumo en aquellos contratos celebrados con consumidores y usuarios.

3.2.2. Luces y sombras del sistema arbitral de consumo.

Resulta difícil no abordar este punto, junto a algunas modestas propuestas que se formularán finalmente en una jornada como la presente y en un momento como el actual, en que tras la promulgación de una nueva ley de arbitraje el sistema parece estar urgiendo una reforma. Visto además como se ha expuesto que el mayor número de reclamaciones que absorbe el sistema lo son sobre telecomunicaciones, podemos entender salvado a los meros efectos formales, el irrefrenable impulso que nos lleva a reflexionar sobre el mismo, desde el afecto que le profesa quien es su firme defensor y entregado colaborador.

3.2.2.1. Luces.

La valoración que se ofrece ha de resaltar como primera luz del sistema su simplicidad. Resulta esencial que si se quiere ofrecer al usuario un cauce accesible para la solución de sus conflictos de consumo, este ha de descansar sobre la base de la sencillez en su acceso y tramitación, de modo que el consumidor no se sienta incómodo en un proceso cargado de tecnicismos.

Al mismo tiempo, y sobre la base de la sencillez y flexibilidad del procedimiento arbitral, éste se hace especialmente idóneo para la implantación de las nuevas tecnologías. La reducción de costes que han experimentado las nuevas tecnologías y los avances experimentados en los últimos tiempos, algunos próximos a implantarse en nuestra sociedad de modo generalizado en los meses venideros, como es el caso del Documento Nacional de Identidad Electrónico, sitúan al arbitraje en el medio óptimo para la solución

⁵⁷ Vid. YSAS SOLANES, "Algunas consideraciones acerca de la Disposición Adicional 2ª.2 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre. Arbitraje. Régimen Jurídico". La Ley, Madrid, 1990-3, p. 841.; GARCÍA RUBIO, "El Arbitraje como mecanismo de solución de controversias en materia de consumo", R.C.E.A. Madrid, 1993, p.98

de conflictos de consumo. El anhelado acceso a la justicia rápida y sin salir de casa, puede ser una realidad si se dota al arbitraje de consumo de los medios necesarios para ello. Las posibilidades son casi ilimitadas, desapareciendo las fronteras geográficas que situaban a las Juntas Arbitrales por lo común en capitales de provincia o grandes núcleos urbanos y posibilitando su acceso a los usuarios de entornos rurales.

La elevada aplicación de la equidad como principio rector del arbitraje de consumo, en más del 99% de los laudos emitidos, contribuye igualmente a lograr la confianza del usuario y el empresario en el sistema. Por parte del usuario, este espera ajeno al complejo orbe legislativo, la comprensión de las instituciones y la solución a su problema sobre un razonamiento lógico y el sentido común, sin invocaciones a extrañas instituciones jurídicas o excepciones procesales que no acierte a comprender. También el empresario contempla el sistema construido sobre la equidad, como el mejor instrumento para solucionar sus diferencias con el usuario, pues tratándose en general de conflictos de reducida cuantía la mejor solución suele residir sobre la buena fe del árbitro sensato.

El factor económico, dominante en nuestra sociedad a la hora de determinar la implantación de cualquier sistema, no incide sino en la conveniencia del sistema arbitral de consumo. Por una parte, el arbitraje de consumo es extraordinariamente más barato para el Estado que la Administración de Justicia, resultando su coste de mantenimiento ínfimo en comparación con ésta, lo que supone un menor nivel de gasto público para el conjunto de la sociedad. Por otra parte, el usuario accede a un sistema de resolución de conflictos totalmente gratuito con independencia de la cuantía de su reclamación. Por último, el empresario evitará eventuales costas procesales, que a través de la alternativa judicial, con frecuencia tendría que asumir, aún en el caso de vencer y no precisar el litigio por razón de procedimiento postulación ni representación procesal (piénsese en un juicio verbal contra una gran empresa a la que con toda seguridad tendrá que representar un procurador y defender un letrado). Aparte de ello, el uso de las nuevas tecnologías aplicadas al proceso arbitral con mayor facilidad que a la vía jurisdiccional reducirá sus costes de personal jurídico, al ser posible la atención de un mayor número de asuntos evitando desplazamientos.

Otro aspecto positivo del arbitraje de consumo íntimamente ligado con el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, y esto implica una mayor satisfacción de los ciudadanos, es la descarga de trabajo que supone para los Juzgados y Tribunales la existencia de un sistema extrajudicial de resolución de reclamaciones. Cada solicitud de arbitraje supone un aligeramiento de los expedientes judiciales, otorgando a los órganos judicia-

les mayores recursos para la solución de otros asuntos que inexorablemente deben resolverse en sede judicial (asuntos matrimoniales, faltas y delitos en Juzgados mixtos de 1ª Instancia e Instrucción, etc).

Por último, ha de aplaudirse como luz del sistema, el impulso legislativo que se pretende, para su utilización por diversos sectores, como denota su previsión en el artículo 61.2 del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, para la solución de reclamaciones en el ámbito de las telecomunicaciones o en el 32.1 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico.

3.2.2.2. Sombras.

Sentada pues la bondad del sistema con las conclusiones expuestas como luces, todas ellas de suficiente peso específico como para apostar por su continuidad, ello no es óbice para que hallan de ser expuestas las carencias de las que adolece el arbitraje de consumo, que por su gravedad y extensión exigen una profunda reflexión de cara a su supervivencia exitosa.

La entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, con la posibilidad brindada por el juicio verbal para cuantías inferiores a 900 euros, de no precisar asistencia letrada ni representación procesal, unida a la difusión popular de estos procedimientos, ofrecidos al ciudadano mediante la simple cumplimentación de un formulario extraordinariamente sencillo, sin requerir invocación de fundamento jurídico alguno (*iura novit curia*), puede situar al arbitraje de consumo en un serio brete para alzarse como el sistema idílico de solución de conflictos para el consumidor. Es preciso pues, ser capaces de ofrecer al usuario ventajas adicionales a las que les pueda ofrecer el sistema judicial, que no olvidemos no precisa el beneplácito del empresario como requiere el arbitraje de consumo por la necesaria existencia de convenio entre las partes.

Pese al ciertamente notable incremento de las solicitudes de arbitraje de consumo tramitadas, en números absolutos, las cifras de intervención del arbitraje de consumo siguen siendo ínfimas, pues tan solo un 5,70% de las consultas y reclamaciones acaban en vía arbitral⁵⁸, por lo que computando también el número de reclamaciones recibidas en OMICS y otros centros de consumo el porcentaje sería aún menor.

⁵⁸ Nuestros cálculos se basan en las cifras facilitadas por el Instituto Nacional del Consumo respecto a la Memoria del Sistema Arbitral de Consumo de 2003, publicada en 2004 y las Consultas y Reclamaciones presentadas en las Asociaciones de Consumidores y Usuarios referidas al año 2003, publicada en 2004.

La dilación que padece el sistema arbitral en muchas Juntas resulta inaceptable, para una alternativa a la vía judicial que propugna entre sus principales virtudes la celeridad. Frente a los cuatro meses establecidos en el Real Decreto para la emisión del laudo, la realidad demuestra que en no pocas ocasiones el usuario debe esperar hasta un año desde que presenta la solicitud hasta que recibe el fallo arbitral. Si bien es cierto, que en puridad legal el plazo para laudar suele respetarse, pues como se ha expuesto, este ha de computarse desde la composición del colegio arbitral, no lo es menos que esta composición se demora de modo injustificado durante meses, llegando a situarse en cotas muy cercana a la languidez a la que acostumbra la administración de justicia.

La cuestionada falta de capacidad de las asociaciones de consumidores y usuarios para acceder al sistema arbitral de consumo para la defensa de los intereses generales de los consumidores, aún no compartiéndose su sustento legal según se ha motivado en este opúsculo, supone quizá uno de los mayores peligros para el sistema arbitral, que amenaza con perder la confianza de las asociaciones de consumidores, pieza clave para su sustento, no ya solo desde el punto de vista de vehículo transmisor de las reclamaciones de los usuarios, sino desde su propia participación en el sistema, cuya ausencia en formar parte de los colegios vaciaría de contenido el arbitraje de consumo, suponiendo su certera desaparición.

La credibilidad del arbitraje de consumo, viene también inquietada por la aparición consentida de otros arbitrajes distintos del de consumo para solventar reclamaciones contra un usuario a instancias del empresario, con cláusulas de sumisión insertas en contratos de adhesión, arbitrajes expresamente prohibidos por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Pese a la severa advertencia lanzada a las autoridades de consumo por las asociaciones de consumidores y usuarios, la actuación de estas asociaciones privadas como la AEADE, que se erigen en decisoras de las relaciones comerciales existentes entre usuarios y empresarios, suponen un descrédito para el sistema en general, extendiéndose la idea generalizada que asimila fraude a arbitraje.

La tradicional confianza del usuario en el sistema arbitral y en los establecimientos adheridos al mismo, quiebra con la extensión de las adhesiones cargadas de limitaciones imperceptibles a primera vista para el usuario. La existencia de ofertas públicas de sometimiento con unas limitaciones de tal calibre que vacían de contenido su adhesión, corren el riesgo de convertirse en una mera operación de marketing del empresario, falaz en su vacía esencia de predisposición de solución al conflicto de modo amistoso, en un

marco de confianza, con el serio agravante del respaldo de la administración de consumo.

El número de establecimientos adheridos continúa siendo reducido, sin que el empresario encuentre los suficientes alicientes en el sistema para sumar su oferta. En lógico correlato, el usuario ante un establecimiento no adherido tiene a evitar el estéril paso de la proposición de sometimiento, optando directamente por otras vías más eficaces, como es la judicial.

Existe una clara carencia de conocimientos en algunos colegios arbitrales, que no esta reñida con la ausencia de necesidad de profundos conocimientos jurídicos o técnicos para la resolución de los conflictos planteados. Existe un déficit importante de acciones formativas por parte de las administraciones responsables de las Juntas Arbitrales, tanto dirigidas a su propio personal, como a los árbitros vocales, pues todos son piezas iguales en el colegio tripartito.

En la tramitación de las solicitudes de arbitraje, con frecuencia cursadas a través de Oficinas Municipales de Información al Consumidor o Asociaciones de Consumidores y Usuarios, se observan excesivas indeterminaciones en el *petitum* del reclamante, que no concreta su petición, cayendo con frecuencia los Colegios en extralimitación de sus funciones, al pretender suplir la carencia en la redacción del usuario. En otras ocasiones, la presentación de una reclamación por parte de un usuario ante los servicios municipales de consumo es tramitada como si de una solicitud de arbitraje se tratara, de tal suerte, que en ausencia de conciliación y si el demandado está adherido al sistema arbitral, se entiende por perfeccionado el convenio, sin contar con el verdadero consentimiento del consumidor.

Otra de las grandes sombras que acechan al sistema es la inexistencia de un régimen de recursos dentro del propio procedimiento arbitral. La inadmisión de una solicitud de arbitraje por la Junta, la recusación de un árbitro o la petición de nombramiento de un presidente ajeno a la Administración en aquellos casos en que pueda entender el reclamante existen vínculos suficientes con el reclamado para su sustitución, carecen de un régimen de recursos que posibiliten la revisión de la decisión de los árbitros en una segunda instancia.

La ausencia de un procedimiento establecido para la tramitación de las notificaciones en caso de rechazo o pasividad de las partes es otra de las carencias que se echa en falta en el procedimiento arbitral, dando lugar a indeseables archivos de expedientes por la imposibilidad de tener por efectuadas las notificaciones.

Sin perder la perspectiva de la flexibilidad caracterizadora del sistema arbitral, que ya ha sido encomiada como un aspecto positivo de su funcionamiento capaz de dotarle de un mayor dinamismo en su actuación, sería deseable una mejor determinación en la apreciación de la representación de las partes por parte del Colegio Arbitral, evitando confusiones y actuaciones en nombres de terceros sin la debida facultad. La dicción legal que atribuye al colegio la apreciación de la suficiencia de la representación resulta excesivamente vaga, capaz de generar inseguridad jurídica por la diversa interpretación que puedan realizar las distintas Juntas Arbitrales.

La omisión a cualquier referencia a la figura del litisconsorcio, es con frecuencia generadora de procesos en los que no están presentes todas las partes implicadas, careciendo de eficacia los laudos dictados por las Juntas Arbitrales de Consumo, lo que llega a generar falsas expectativas al usuario en la solución de su reclamación. No son extraños los laudos en los que se estima la existencia de un crédito vinculado y se acuerda su anulación sin que haya intervenido la entidad financiera, careciendo de eficacia práctica la resolución de la Junta.

El reverso de la bondad de la equidad como principio del arbitraje de consumo, lo hallamos con frecuencia en la omisión de la debida fundamentación del laudo, que si bien es cierto no es preceptiva salvo en los arbitrajes resueltos en derecho, no es menos cierto que la cicatería en la fundamentación de la resolución siembran una sensación de desamparo inexplicable en el litigante vencido, al tiempo que le impiden conocer las causas de su deficiente actuación para su corrección futura.

Pese al reconocimiento por el Tribunal Constitucional del arbitraje como un equivalente jurisdiccional, lo cierto es que normativamente no se le da el mismo tratamiento, existiendo diferencias que hacen notoria la verdadera desigualdad entre ambas instancias resolutorias de conflictos. Así la atipicidad del comportamiento prevaricador del árbitro, la sustracción de las manos del árbitro de la posibilidad de ejecutar medidas cautelares evidencian esta disparidad de trato e incluso para los arbitrajes de derecho la veda aparentemente impuesta al planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.

En caso de incumplimiento del laudo, el litigante vencedor, que ha acudido al sistema arbitral con frecuencia desprovisto de asistencia letrada, se encuentra desamparado para solicitar su ejecución, careciendo de las orientaciones o recursos necesarios para dar efectividad al laudo acordado.

En cuanto a la figura del secretario, llama la atención la aparente contradicción contenida en el articulado del Real Decreto regulador del sistema arbitral de consumo, imponiendo en ordinal 3.4. la obligación de su nombra-

miento por la Administración Pública, en tanto que el artículo 11.4 del mismo texto, lima el literal anterior planteándolo en los términos de una mera posibilidad y por tanto sujeta o no a cumplimiento.

Al día de hoy, las Juntas Arbitrales de Consumo carecen de la debida cuenta de consignación, para que tanto el usuario como el empresario puedan realizar los depósitos que consideren pertinentes, en razón de la futura decisión del Colegio Arbitral. Tal omisión cobra especial relevancia cuando existe una normativa con intervención pentaministerial, incluida la del propio Ministerio de Sanidad y Consumo y el Consejo de Consumidores y Usuarios que prevén la consignación de cantidades sobre la que existe litigiosidad en cuanto a su procedencia y la solución de conflictos a través de las Juntas Arbitrales.

En el contexto de la integración del arbitraje de consumo en las redes extrajudiciales europeas, extraña la exclusión del sistema arbitral de consumo de FIN-NET, designándose como único organismo autorizado el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, carente de la debida fuerza coactiva y disonante por la omisión del sistema arbitral de consumo con la actuación de nuestro entorno comunitario.

La posición de la jurisprudencia en materia arbitral es también llamativa cuando menos, existiendo una disparidad de criterios tan amplia como Audiencias Provinciales pueden existir. Así será variable el grado de exigencia de motivación del laudo de equidad según nos desplazemos de Guadalajara a Cádiz, tornadizo el plazo civil o procesal para la interposición del recurso de anulación a lo largo y ancho de nuestra geografía, también voluble la inclusión expresa en el convenio de la obligación de cumplimiento del laudo según juzgue Sevilla o Barcelona y no menos volátil la imposición de costas, incluyendo criterios dispares dentro de la misma Audiencia, en función de la Sala que resuelva. Divergencias en definitiva tan disonantes que generan una preocupante inseguridad jurídica a quien acude al sistema arbitral y se abocado a recurrir finalmente a los Tribunales.

Por último, no podemos dejar de incidir con vehemencia en el que es probablemente el más severo de los problemas del arbitraje de consumo y posible causa de muchas de sus deficiencias: la severa carencia de recursos. La extraordinaria limitación presupuestaria que padecen la gran mayoría de las Juntas Arbitrales convierten realmente en heroica su supervivencia. Sin embargo, al margen de tan denodadas labores para asegurar su conservación, lo cierto es que no puede pretenderse el mantenimiento de un sistema de resolución de conflictos, que atienda las controversias de usuarios y empresas y aligere la pesada carga de trabajo los órganos judiciales por un óbolo presu-

puestario. La ausencia de recursos para atender dictámenes periciales necesarios para la emisión de laudos congruentes, sostener el personal de las Juntas y Colegios, promover el desarrollo y adhesión al sistema y asegurar en definitiva su recto funcionamiento corre el riesgo de transformarse en un viaje a ninguna parte cuya última estación sea la falta de credibilidad del arbitraje de consumo y la huida al sistema judicial. De llegar a este término, que por otra parte insistimos no hay que vislumbrarlo como una posibilidad lejana a la luz de los nuevos procesos judiciales, poco nos habremos ahorrado por escatimar la inversión en el sistema arbitral de consumo, cuando tengamos que soportar los indudablemente más elevados costes judiciales, tanto en términos económicos para el Estado, como en satisfacción de sus ciudadanos, consumidores y empresarios, que verán demorar sus asuntos urgentes en los Juzgados como consecuencia del colapso del sistema.

3.3. JURISDICCIÓN CIVIL.

A pesar de no referir como ya hemos señalado el artículo 61 del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, el acceso de los usuarios a la jurisdicción ordinaria, es evidente que esta vía permanecerá siempre abierta a cualquier usuario por imperativo directo del artículo 24 de la Constitución Española consagrador del derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales.

Al abordar el acceso a la justicia civil de los consumidores y usuarios podemos distinguir dos grandes campos en función que nos refiramos a la protección de los intereses colectivos, o al acceso del usuario a la justicia a nivel individual.

Por una parte, hablar de defensa colectiva de los consumidores es hablar de acciones colectivas. Las acciones colectivas encuentran su origen histórico en el derecho anglosajón. Su creación se fue perfilando en la Inglaterra de los siglos XIV a XVII⁵⁹, encontrando su desarrollo final con el nacimiento en 1872 de la *Supreme Cour of Judicature*. De Inglaterra, se extendió con rapidez la acción colectiva a otros países del *common law* (Canadá y EEUU).

En los ordenamientos jurídicos de tradición romano-germánica, no existía tradicionalmente el reconocimiento hacia las asociaciones o grupos de un derecho para la defensa de intereses colectivos. Las asociaciones, no estaban reconocidas como sujetos de derecho dotadas de legitimidad activa. El estado liberal, en cuyo seno nace y se desarrolla el proceso de “*codificación*” –periodo con posible nacimiento en 1804, fecha del Código de Napoleón, sin que ello suponga olvido de sus precedentes, el Código de Maximiliano de Baviera de 1756 y el Derecho territori-

⁵⁹ Vid. Pierre-Claude Lafond “*Le recours collectif québécois: entre la commodité procédurale et la justice sociale*”. *Revue Européenne de droit de la consommation*. (1999), n.3; p. 0215-0240.

al de Prusia de 1756- está revestido de unas pautas de racionalismo, individualismo y planteamiento ultraliberal en el aspecto económico. Naturalmente, estos principios, impiden el reconocimiento pleno de libertades asociativas, caldo de cultivo imprescindible para el nacimiento de cuerpos sociales intermedios entre el individuo y el Estado.

Dos razones explican fundamentalmente la aparición de las acciones colectivas. En primer lugar, la voluntad de evitar una multiplicidad de procesos que desborden a los tribunales (*economía judicial*). En segundo término una función social de protección de los intereses generales.

Las acciones colectivas suelen desarrollarse con diversos fines, a veces coincidentes en la acción:

- a) La cesación o retracción de una acción injusta.
- b) La acción declarativa, cuyo objeto es el reconocimiento de una situación.
- c) La condena dineraria.

Transpuesta a nuestro ordenamiento diversas Directivas comunitarias a través de la Ley 39/2002, de 28 de octubre de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas Comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios ⁶⁰, quedan legitimados entre otros, para el ejercicio de acciones colectivas, el Ministerio Fiscal, el Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de los consumidores, así como las Asociaciones de Consumidores y Usuarios. Sin duda, esta es la vía más eficaz para la protección de los usuarios en el ámbito civil.

Por otra parte, y por lo que atañe al usuario de carácter individual que ve violentados sus derechos como consumidor, y teniendo en cuenta que con frecuencia la gran mayoría de las reclamaciones de los usuarios son en general de pequeña cuantía, resulta desgraciadamente muy común que el usuario desista de su acción y renuncie a su derecho.

Como es sabido y sin ánimo de profundizar en el desarrollo procesal, existen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 248 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dos tipos de procesos declarativos cuya norma de determinación entre otros factores, depende de la cuantía económica litigiosa. Así el denominado juicio ordinario será el procedente para cuantías excedan de 3005,06 euros, en tanto que el juicio verbal quedará restringido a los procedimientos de cuantía inferior. A su vez, es importante recordar que para aquellos procesos cuyo importe litigioso sea igual

⁶⁰ B.O.E. núm. 259, de 29 de octubre de 2002.

o inferior a 900 euros no será precisa la intervención de letrado ni procurador, por lo que esta opción se convierte en una atractiva vía para los usuarios afectados por servicios de tarificación adicional, incluso si es preciso fraccionando sus reclamaciones y solventando una tras otra para evitar la acumulación.

3.4. JURISDICCIÓN PENAL.

No siendo la vía penal el cauce ordinario de reclamación de los usuarios en los servicios de telecomunicaciones, tampoco puede negarse que en ocasiones nos encontramos únicamente ante meros incumplimientos de contrato, cumplimientos defectuosos o livianas infracciones administrativas. Antes bien, en los últimos tiempos hay que reconocer que se ha incrementado el recurso de los usuarios a la jurisdicción penal (en especial por la realización de estafas ligadas a los servicios de tarificación adicional o por falsificaciones de contratos de usuarios para obtener su preasignación). En estos supuestos nos hallamos ante auténticas conductas delictivas merecedoras del más arduo reproche penal.

El *ius puniendi* sin embargo ha sido tradicionalmente rehuido por las administraciones, en materia de protección de los intereses económicos de los consumidores, despreciando con ello la más poderosa arma que nos ofrece el derecho para la represión de conductas lesivas. No en vano, no debe olvidarse que si todos los ciudadanos en general están obligados a poner en conocimiento inmediatamente del Juez de Instrucción, Comarcal o Municipal o funcionario fiscal más próximo la perpetración de cualquier delito público ex. artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esta obligación cobra mayor razón de ser con la cualificación que impone el artículo 262 de la Ley ritualaria criminal a los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, y ello a pesar de la irrisoria sanción con que amenaza su incumplimiento.

También el hecho de que muchas de las conductas penales ligadas a los servicios de telecomunicaciones mantengan un estrecho lazo de unión con las nuevas tecnologías ha supuesto en ocasiones un freno a la persecución pública, cuyos servidores no siempre han recibido el adecuado reciclaje para ello. La respuesta jurídica penal a este nuevo fenómeno denominado por algunos autores *delincuencia informática*⁶¹, es relativamente reciente. Probablemente los primeros antecedentes los encontramos en la *Crime Control Act* norteamericana de 1984, seguida de la *Computer Fraud and Abuso Act* de 1986. En nuestro entorno comunitario Alemania en 1986 introduce la *Computer Kriminalität*, Francia promulga en 1988 la ley *Godfrain*, posteriormente incorporada al Código Penal galo e Italia modifica su *Código Penale* en 1993 para adaptar su normativa penal a la nueva criminalidad informática.

61 Vid. MATA Y MARÍN, R., *Delincuencia Informática y Derecho Penal*, Madrid 2001

En España, es con el nuevo Código Penal de 1995, con el que se introduce la participación de las nuevas tecnologías en las formas delictivas. Hoy, merced a las novedades introducidas por nuestro legislador existe una amplia casuística delictiva que contempla su comisión con el concurso de los nuevos medios tecnológicos (robos, estafas, defraudaciones de fluido eléctrico y análogas, daños, delitos relativos a la propiedad intelectual, delitos relativos a la propiedad industrial, delitos relativos al mercado y a los consumidores, delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes, falsificación de moneda y efectos timbrados, falsedades documentales, delitos cometidos contra la inviolabilidad domiciliaria, etc).

Dichosamente ese reparo a la remisión penal de las conductas más graves comienza desaparecer en algunas administraciones, fruto de la creciente preocupación social y de la presión ejercida por los medios de comunicación, dándose los primeros pasos hacia esta vía en defensa de los consumidores⁶². Es lo que se ha venido conociendo en círculos consumeristas como el “progreso a golpe de prensa”. No en vano, KAPLAN⁶³, citando a Walter Cronkite, recordaba que por fortuna la *“mayoría de los periodistas están más inclinados a ponerse del lado de la humanidad que del lado de la autoridad”*.

Fundamentalmente, y a grandes rasgos sin ánimo exhaustivo en los servicios de telecomunicaciones (y en los de tarificación adicional) encontramos tres tipos de conductas delictivas: la estafa, la publicidad engañosa y la falsificación de documento privado.

Con respecto a la estafa, regulada en los artículos 248 a 251 de nuestro Código Penal, es necesaria para su comisión la concurrencia de tres elementos:

- a) Ánimo de lucro.
- b) Engaño bastante.
- c) Disposición económica en perjuicio propio o de terceros.

El análisis y la demostración de la existencia de estos tres elementos de modo conjunto son fundamentales para obtención de una sentencia condenatoria. No es extraño que en numerosos procesos judiciales las partes centren su atención en lograr la convicción del tribunal sobre la existencia de un perjuicio económico de la víctima y un enriquecimiento del acusado, olvidando la justificación del elemento clave del delito que es la existencia ya no de un engaño, sino de un engaño de cierta entidad. El legislador español, influido por el Código francés que exigía

62 Vid. ABC de Sevilla, de 21 de junio de 2003, pág. 42. O.J.D.57.414. E.G.M. 952.000 *“La Junta lleva al Fiscal 10 números 906 por una estafa que promete llamadas gratis un año”*. Recientemente La Gaceta de Canarias, de 29 de septiembre de 2004, pág. 6. OJD 7617. E.G.M. 196.000 anunciaba que *el Gobierno Canario ha remitido a la Fiscalía del TSJC unas 400 denuncias por facturas de las líneas telefónicas 906 por considerarlas constitutivas de fraudes*.

63 ROBERT D. KAPLAN, *El retorno de la antigüedad*, Madrid, 2003, p.214.

el empleo de “*maniobras fraudulentas*”, requiere también que éste encierre una impostura descrita como una *mise en scene*, capaz de inducir a error a las *personas más avisgadas*. Así también se han desarrollado la mayoría de las legislaciones penales de nuestro entorno (art. 217 del Código Penal Portugués, art. 146 del Código Penal Suizo o art. 263 del Código Penal Alemán), en contra del criterio más laxo impuesto en países iberoamericanos que destierra la necesidad de un engaño cualificado (art. 335 Código Penal de Bolivia, art. 187 del Código Penal de Paraguay o art. 467 del Código Penal de Chile) o de algunos países de la Europa del Este (art. 274 del Código Penal Lituano).

Así se ha pronunciado nuestra jurisprudencia de modo inveterado, por toda ella cítase la STS 199/2001, de 16 de febrero:

“No cualquier clase de engaño, aun asociado a los restantes elementos típicos del art. 248,1º del C. Penal, constituye delito. La ley requiere que el engaño sea “bastante” y con ello exige que se pondere la suficiencia de la simulación de verdad para inducir a error, a tenor del uso social vigente en el campo de actividad en el que incidió la conducta a examen. Así, pues, es un juicio no de eficacia ex post, que sería empírico, de mera efectividad, sino normativo-abstracto y ex ante, sobre las particularidades concretas de la acción, según resulte de su reconstrucción probatoria, y, en particular, sobre su aptitud potencial como instrumento defraudatorio en términos de experiencia corriente.

Con ello quiere decirse que lo exigido es un engaño de cierta calidad, frente al que puede entenderse justificado el esfuerzo estatal de protección, que, en cambio, no lo estaría en favor del afectado por una acción fraudulenta frente a la que él mismo podría haberse prevenido fácilmente, con hacer uso de la experiencia y conocimientos medios disponibles en la situación dada”.

Esta rigurosa exigencia del engaño debe ser mesuradamente ponderada por el usuario afectado si desea ver satisfechas sus expectativas en sede penal.

Ejemplos típicos en el ámbito de los servicios de los servicios de tarificación adicional que abundan en nuestra geografía y que pudieran ser calificados a priori de estafa por el habitual desarrollo de los hechos son las comunicaciones a usuarios sobre la existencia de un premio a su favor de seis meses gratis en llamadas para lo cual es preciso llamar a un 80-6X-XX-XXX, de un lote de embutidos, de un supuesto paquete recibido en una oficina de Correos que ha de recoger concertando una cita telefónica, de una oferta de trabajo o de un concurso televisivo cuyo premio es inexistente y el programa en si mismo un fraude.

Cuestión distinta que merece al menos una llamada de atención son las denominadas *estafas informáticas*, tipificadas en el artículo 248.2 del Código Penal con el siguiente literal: “*También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero*”. Paradigma de este tipo penal bien pudiera ser la modificación del acceso telefónico a redes del usuario de Internet con la descarga de un programa marcador que redirigiera al usuario a un servicio de tarificación adicional sin su conocimiento.

El segundo de los delitos que nos referíamos, el de publicidad falsa, tipificado en el artículo 282 del Código Penal y prácticamente desconocido por nuestros tribunales en su aplicación, persigue a los “*fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores*”.

Sin ánimo de realizar una profunda disección del tipo penal publicitario, cuyo desarrollo excedería sin duda del objeto de este estudio, hemos de coincidir con LUZ MARÍA PUENTE ALBA⁶⁴ que el bien jurídico protegido en este delito no es otro que el interés del grupo colectivo de consumidores en la veracidad de los medios publicitarios. Aún presentando muy notables deficiencias desde el punto de vista de consumerista la redacción del tipo, no por ello debe rechazarse su aplicación, compleja a la sazón, en supuestos de evidente falsedad publicitaria. Por lo demás en casos donde el perjuicio económico se haya llegado a producir como consecuencia de la actuación publicitaria desplegada por el sujeto activo, nada obsta a su concurso con el delito de estafa.

En cuanto a la falsificación de documento privado, ya hemos adelantado que este ilícito penal, previsto y penado por el artículo 395 del Código Penal en relación con el artículo 390.3 del mismo cuerpo normativo con la pena de prisión de seis meses a dos años, suele desarrollarse con objeto de lograr la preasignación de un usuario a un determinado operador de telecomunicaciones.

Ahora bien, la aplicación de este tipo penal en el caso de la falsificación de la firma del usuario para obtener su preasignación a otra operadora, no es sencilla, puesto que se requiere la causación de un perjuicio o al menos el ánimo de perjudicar. En este sentido resulta interesante recordar la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, que recoge entre otras su Sentencia de 29 de octubre de 2001 con el siguiente razonamiento:

64 PUENTE ABA, L.M., *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Valencia, 2002, p. 260.

“La falsificación de un documento privado del art. 395 del Código Penal vigente -art 306 del Código derogado de 1973- sólo es delito cuando se realiza para perjudicar a otro. Si el perjuicio es de carácter patrimonial y da lugar a un delito contra el patrimonio como la estafa, la falsedad que formaría así parte del engaño, núcleo del delito de estafa, no podría ser sancionada junto a éste su pena de castigar dos veces la misma infracción. La falta de verdad que comporta toda falsedad documental no es suficiente, si la falsedad se realiza en un documento privado, para que el hecho sea punible. Es preciso que la mendacidad escrita en un documento privado -que, por sí sola, no afecta a ningún bien jurídico penalmente protegido- esté encaminado a causar a otro un perjuicio que, en la mayoría de los casos será económicamente evaluable aunque no pueda descartarse la posibilidad de un perjuicio no patrimonial”.

Finalmente no podemos olvidar en este apartado, siquiera brevemente, las dos formas básicas de iniciación del proceso penal: la denuncia y la querrela.

Por denuncia entenderemos la mera comunicación de un hecho presuntamente delictivo por parte de un ciudadano a un órgano judicial, al Ministerio Fiscal o a las fuerzas y cuerpos de seguridad. Por la denuncia el perjudicado no adquiere la condición de parte en el proceso, sin perjuicio de que en su nombre pudiera actuar el Ministerio Público. Resulta con frecuencia un medio idóneo para los usuarios que han sido víctimas de un fraude a través de servicios de tarificación adicional por su sencillez y gratuidad.

La querrela por su parte es un acto por el que un ciudadano además de transmitir igualmente la *notitia criminis*, manifiesta su voluntad de ser parte acusadora en el proceso, precisando en este caso de la debida postulación.

4. UN SUPUESTO PARTICULAR CERCANO A LAS TELECOMUNICACIONES: LOS SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL (STA).

4.1. DEFINICIÓN DE LOS STA EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA Y CARACTERÍSTICAS ESENCIALES.

Siguiendo el concepto recogido en la vigente normativa⁶⁵, debemos entender por Servicios de Tarificación Adicional (STA), aquellos que a través de la marcación de un determinado código, conllevan una retribución específica en concepto de remuneración al abonado llamado, por la prestación de servicios de información, comunicación u otros.

⁶⁵ Apartado 4.1 Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, de desarrollo en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, del título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el título III de la Ley General de Telecomunicaciones, según la redacción dada por la Orden PRE/2410/2004, de 20 de julio (B.O.E. núm. 175, de 21 de julio de 2004).

De esta definición podemos extraer las notas fundamentales de los STA:

- a) Son servicios prestados mediante la red telefónica.
- b) Son servicios de *información o comunicación* (no de telecomunicaciones).
- c) Suponen para el usuario llamante un coste superior al del servicio telefónico disponible al público.

De las tres características esenciales que hemos destacado de los servicios de tarificación adicional, hemos señalado en la segunda que son servicios de información o comunicación, no de telecomunicaciones. Ello es así entendido desde la Resolución de 10 de diciembre de 1998 de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones. A pesar de ello, y dada la proximidad que presentan con los servicios de telecomunicaciones y el elevado número de reclamaciones que generan, hemos considerado oportuno hacer referencia también a los mismos en esta mesa.

La trascendencia de esta exclusión no es baladí, puesto que ello conlleva la inaplicación del artículo 38 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre General de Telecomunicaciones, lo cual permitiría establecer una vía en sede administrativa para solventar las reclamaciones económicas formuladas por los usuarios. En consecuencia la SETSI no será competente para dar respuesta a las reclamaciones de los usuarios sobre esta materia, restándoles tan solo la vía arbitral o la jurisdicción ordinaria si lo que pretenden es una restitución económica.

4.2 MARCO NORMATIVO DE LOS STA.

Los servicios de tarificación adicional se hallan fundamentalmente regulados a través la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, de desarrollo en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, del título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el título III de la Ley General de Telecomunicaciones. Esta norma, ante el incesante crecimiento de casos de fraude ha sido recientemente modificada, procurando aumentar el control sobre la prestación de estos servicios, en virtud de otra Orden de igual rango, la Orden PRE/2410/2004, de 20 de julio, por la que se modifica la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, de desarrollo, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, del Título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones⁶⁶.

La propia Exposición de Motivos de la nueva Orden, a pesar de la cándida dulzura de su justificación, es elocuente respecto de la situación padecida por los usuarios:

⁶⁶ BOE núm. 175, de 21 de julio de 2004.

“A pesar del esfuerzo realizado para proteger los derechos de los usuarios del servicio telefónico en general, y de los usuarios de los servicios de tarificación adicional en particular, se siguen produciendo situaciones irregulares, sobre todo en materia de información sobre precios.

Por tanto y pese al corto espacio de tiempo transcurrido, la experiencia práctica ha demostrado la necesidad de modificar dicha Orden, con el fin de evitar que puedan producirse situaciones que vulneren los derechos de los usuarios y quiebren la confianza de estos en la correcta prestación y calidad de los servicios”.

Por su parte, la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional, impulsora en gran medida del endurecimiento normativo, ya había previsto la necesidad de modificar también el Código de Conducta que venía siendo aplicado. Consecuencia de este esfuerzo es que a los dos días de la publicación en el BOE del 21 de julio de la Orden PRE/2410/2004, y tan solo 24 horas después de su entrada en vigor, la Comisión Permanente de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional presentaba al Pleno un nuevo Código de Conducta que, acorde con la línea de la recién aprobada Orden, reforzaba los derechos de los usuarios, introduciendo importantísimas novedades para la prevención del fraude e información de los usuarios. Este Código es aprobado por el Pleno de la CSSTA en reunión celebrada el 23 de julio de 2004, con la petición expresa del Consejo de Consumidores y Usuarios de su célebre publicación. Dicha solicitud, se vio cumplida mediante Resolución de 15 de septiembre de 2004, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, por la que se dispone la publicación del Código de Conducta para la prestación de los Servicios de Tarificación Adicional⁶⁷. Hay que destacar de este Código, que pese al peculiar carácter de corregulación que supuso su elaboración, resulta de obligado cumplimiento y vinculante para todos los prestadores y operadores de conformidad con lo dispuesto en sus apartados 1.3 y 1.5.

4.3. CLASIFICACIÓN DE LOS S.T.A.

La atribución de rangos de numeración específicos para los servicios de tarificación adicional distingue en cuanto a su clasificación de modo ciertamente algo confuso, los servicios prestados a través de voz y de sistemas de datos.

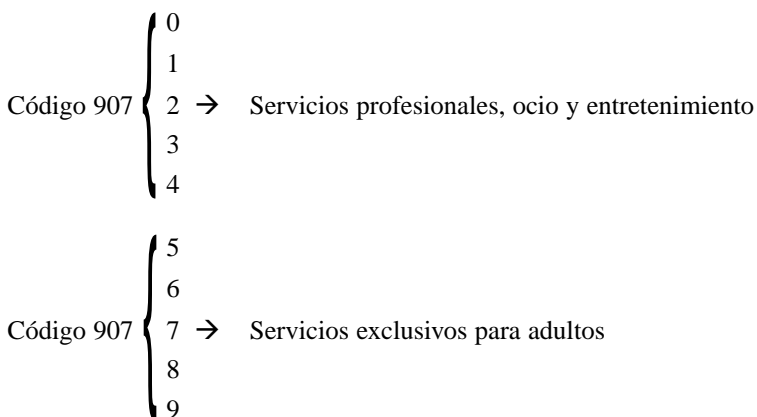
a) *Servicios de Voz.* Resolución de 16 de julio de 2002, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información⁶⁸. En ella, tras establecer los códigos 803, 806 y 807 como los específicos para la prestación de servicios de tarificación adicional, se procede a su clasificación, sobre la base de los contenidos proporcionados por los proveedores de información. De este modo se determina la siguiente ordenación:

⁶⁷ BOE núm. 236, de 30 de septiembre de 2004.

⁶⁸ BOE núm. 186, de 5 de agosto de 2002.

- Código **803** → Servicios exclusivos para adultos.
 Código **806** → Servicios de ocio y entretenimiento.
 Código **807** → Servicios profesionales

b) *Servicios de datos*. Resolución de 3 de noviembre de 2003, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información ⁶⁹. A través de esta Resolución se atribuye un único rango de numeración para todos los servicios de tarificación adicional prestados a través de datos: el 907. Es la cuarta cifra la que permitirá distinguir en su caso, al usuario más sagaz, el contenido del servicio, ofreciéndose de modo conjunto los servicios profesionales, de ocio y entretenimiento bajo el las cuartas cifras 0,1,2,3 ó 4. Por su parte los servicios exclusivos de adultos prestados a través de datos, vendrán determinados por las cuartas cifras 5, 6, 7, 8 ó 9.



4.4. LA COMISIÓN DE SUPERVISIÓN DE LOS SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL.

Descartada pues la vía administrativa de telecomunicaciones como ineficaz para la restitución económica a los usuarios afectados, debemos apuntar que en el ámbito de la Administración de Industria, Turismo y Comercio, únicamente resta dirimir los posibles incumplimientos del Código de Conducta de los Servicios de Tarificación Adicional a través de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional.

La Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional es un órgano colegiado de carácter interministerial, si bien se encuentra integrado como hemos

⁶⁹ BOE núm. 268, de 8 de noviembre de 2003

apuntado en el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. La Comisión funciona a través de un Pleno y una Comisión Permanente.

El Pleno, está integrado conforme a lo dispuesto por el punto primero del apartado sexto de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, tras la redacción dada por la Orden PRE/2410/2004, de 20 de julio, por los siguientes miembros:

- Presidente, que habrá de ser un funcionario con rango de Subdirector general o asimilado y designado por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.
- Vicepresidente, que será un funcionario con rango de Subdirector general o asimilado designado por el Ministerio de Sanidad y Consumo.
- Secretario, que participará con voz y voto y habrá de ser un funcionario con rango de Jefe de Sección o asimilado y también designado por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.
- Un funcionario del Ministerio de Educación y Ciencia u órgano en el que hubiese podido delegar con rango de Subdirector general o asimilado a propuesta de este Ministerio y nombrado por el Ministro de Industria Turismo y Comercio.
- Un funcionario del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales u órgano en el que hubiese podido delegar con rango de Subdirector general o asimilado a propuesta de este Ministerio y nombrado por el Ministro de Industria Turismo y Comercio.
- Un funcionario del Ministerio del Interior u órgano en el que hubiese podido delegar con rango de Subdirector general o asimilado a propuesta de este Ministerio y nombrado por el Ministro de Industria Turismo y Comercio.
- Dos representados designados por el Consejo de Consumidores y Usuarios, ostentando CEACCU la titularidad de la representación y OCU la suplencia ⁷⁰.
- Un representante del operador designado para la prestación del servicio universal de telecomunicaciones, esto es Telefonica de España SAU.
- Dos representantes designados por las Asociaciones representativas de los operadores de telecomunicaciones: un representante de las asociaciones de operadores en las que no se encuentre representado el operador designado para la prestación del servicio universal de telecomunicaciones, que deberá ser elegido entre los operadores que presten el servicio de red de tarificación adicional y actualmente recae sobre la Asociación de Empresas de Operadores y Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL) ⁷¹ y un representante del resto de operadores de telecomunicaciones.

⁷⁰ Acuerdo adoptado en la reunión de la Comisión Permanente del Consejo de Consumidores y Usuarios celebrada el 17 de abril de 2002.

⁷¹ ASTEL (Asociación de Operadores y Servicios de Telecomunicaciones), se constituyó el 19 de enero de 1996 con el fin de promover la liberalización del mercado español de las telecomunicaciones. Actualmente integra 26 empresas asociadas.

-Dos representantes designados por los prestadores de servicios de tarificación adicional, aunque por el momento tan solo participa la Asociación de Empresas de Servicios de Valor Añadido (AVA) ⁷².

-Un funcionario de una Comunidad Autónoma, con carácter rotatorio anual para cada una de las Comunidades Autónomas, del modo que estas determinen voluntariamente ⁷³.

Por su parte, la Comisión Permanente de de la CSSTA, está formada por:

- Ministerio de Sanidad y Consumo, a través del Instituto Nacional del Consumo, cuyo representante actúa como Presidente.
- Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, cuyo representante actúa como Secretario de dicha Comisión
- Consejo de Consumidores y Usuarios, con un representante.
- Operadores de telecomunicaciones, con un representante.
- Asociaciones representativas de los prestadores de Servicios de Tarificación Adicional, con un representante.

En cuanto a las funciones atribuidas a la CSSTA, estas quedan recogidas en el apartado quinto de la Orden, pudiéndose concretar en las tres siguientes:

- a) Elaboración, aprobación y, en su caso modificación de un Código de Conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional.
- b) Control y seguimiento del cumplimiento del Código de Conducta.
- c) Elaboración y presentación de un informe público anual comprensivo de sus actuaciones.

El control y seguimiento del cumplimiento del Código de Conducta es por tanto la actuación cotidiana de la Comisión, que delega para ello en la Comisión Permanente. La Comisión actúa bien de oficio, mediante planes de inspección, bien a instancia de parte en virtud de las denuncias recibidas.

Recibida una denuncia, e incoado un expediente por parte del secretario de la Comisión cursando el correspondiente acuse de recibo al denunciante, la Comisión comprueba el cumplimiento del Código de Conducta por parte del prestador denunciado. Caso de constatar la existencia de una infracción del Código de Conducta, se dará

⁷² AVA (Asociación de Empresas de Servicios de Valor Añadido) es una Asociación que integra a las principales empresas prestadoras de servicios de tarificación adicional. La Asociación se constituyó en el año 1996, de la integración de dos asociaciones, Apa y Aespa, creada en 1992. AVA se encuentra inscrita en el Registro de Asociaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales con el Número de Inscripción 6.745.

⁷³ Durante los años 2002 y 2003 la representación de las Comunidades Autónomas ha recaído en la Comunidad del País Vasco, siendo sustituida en 2004 por la Comunidad Autónoma de Cataluña.

traslado al interesado para que ponga de manifiesto las alegaciones que tenga por convenientes. Si de ellas no se desvirtúan los hechos comprobados, emitirá un informe en el que se especificarán los motivos del incumplimiento, identificación de las partes intervinientes – operador del servicio de red de tarificación adicional y del prestador de servicios- y el número telefónico sobre el que se ha producido el incumplimiento. Este informe será remitido al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, quien en su caso, dictará la correspondiente resolución dirigida al operador de red de servicios de tarificación adicional quien estará obligado a retirar inmediatamente el número.

Hasta la reciente modificación de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero esta era toda la actuación que podía desarrollar la CSSTA. Tras la entrada en vigor de la Orden 2410/2004, de 20 de julio, se introducen dos importantes novedades. La primera de ellas constituye un paso hacia la corresponsabilidad del operador del servicio de red de tarificación adicional, forzándole a que en todo caso el número haya sido retirado en el plazo máximo de 8 días naturales desde la recepción de la comunicación. Caso de exceder el citado plazo, la SETSI dará traslado a la CMT para que cancele el número al operador durante dos años. La segunda procura acabar con la reiteración de muchos prestadores en el incumplimiento del Código. A estos prestadores que de modo reiterado incurren en incumplimientos del Código de Conducta, les habrá de ser resuelto el contrato tipo con todos los números que mantuvieron con el operador. El Código de Conducta, entiende con excesiva benevolencia en su apartado 2.2.11 que *existe reiteración cuando a un prestador de servicios le hayan retirado en un año natural, al menos 5 números telefónicos de tarificación adicional, con independencia que sean para la prestación de servicios de voz o datos*. No obstante también se admite la aplicación del concepto de incumplimiento reiterado cuando se produzca por medio de un único número de tarificación adicional, que afecte a un colectivo determinado o indeterminado de usuarios y que pudiera causar o haya causado alarma social. Esta última previsión contenida en el apartado 2.2.12 no especialmente brillante en su redacción a pesar de su legítimo y loable propósito de cercenar con celeridad los supuestos de estafas o fraudes generalizados, habrá de lidiar con el difícil concepto de la alarma social.

La actuación de la CSSTA puede calificarse casi de heroica por la absoluta carencia de recursos humanos y técnicos que padece, pues no se le ha asignado ni un solo auxiliar administrativo o un teléfono específico para la comprobación de los hechos Su labor, sostenida por el esfuerzo y medios personales aportados por sus miembros, ha sido intensa en el último año 2003, obteniendo la retirada de un total de 1211 números de tarificación adicional. Este número pudiera haber sido mucho más elevado si la dotación de una mínima estructura reclamada de modo insistente por su Comisión Permanente, hubiera permitido la realización de unas campañas de inspección más intensa. Ante esta falta de respuesta administrativa y la dilación que inevitablemente padecían muchos de los expedientes, el Consejo de Consumidores y Usuarios se vio forzado a adoptar la resolución de suspender temporalmente su participación en la Comisión hasta que esta con-

tara con el mínimo soporte administrativo necesario para su digno funcionamiento⁷⁴, toda vez que el mantenimiento de esta situación insostenible situaba a las asociaciones de consumidores y usuarios como cómplices de la desprotección del usuario por la demora en la resolución de expedientes.

La actividad de la Comisión, que tuvo un total de 1605 nuevos números de teléfonos de tarificación adicional denunciados, se puede resumir en los siguientes datos:

- Números retirados (1.211), el 72,95%.
- Números denunciados que se archivaron (89), el 5,36%.
- Números que quedaron pendientes de comprobación para el año 2004 (327), el 19,71%.
- Números de teléfonos que no se admitieron a trámite (33), el 1,98%.

No obstante la importancia de la actuación y del buen funcionamiento de la CSSTA, lo cierto es que su función queda restringida a la emisión de un informe para obtener la retirada de un número infractor, y en el mejor de los casos de todos los que tuviere un prestador que de modo reiterado incumpliera el Código de Conducta. Queda por tanto aquí también pendiente el capítulo del resarcimiento al usuario por los daños causados.

4.5. RECLAMACIONES MÁS FRECUENTES EN LOS SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL.

La sensación entre los usuarios de un elevado grado de fraude en los servicios de tarificación adicional, no un hecho nuevo ni desconocido. Junto a los centenares de noticias recogidos anualmente en los distintos medios de comunicación que llegan a cifrar en el 30% de las familias españolas el porcentaje de las que han sido víctima de algún tipo de fraude relacionado con los servicios de tarificación adicional⁷⁵.

En orden a una adecuada sistemática de la exposición de los conflictos más frecuentes analizados en la prestación de servicios de tarificación adicional, resulta conveniente distinguir entre servicios de voz y servicios de datos.

En cuanto a las reclamaciones e infracciones detectadas por la CSSTA en los servicios de voz, las más frecuentes son las siguientes:

⁷⁴ Acuerdo adoptado por la Comisión Permanente del Consejo de Consumidores y Usuarios en su reunión de 24 de marzo de 2004.

⁷⁵ Vid. LA RAZÓN, de 6 de junio de 2004, p. 9 (Economía) O.J.D. 140.096. E.G.M. 375.000

- a) Dilación indebida en la prestación de los servicios.
- b) Falsas promociones comerciales, concursos y publicidad engañosa.
- c) Falsas ofertas de trabajo.
- d) Videncias y predicciones.
- e) Consultorios profesionales.
- f) Falta de información sobre precios.
- g) Falta de identificación del prestador de servicios.

Por lo que respecta a los servicios prestados a través de sistemas de datos, los incumplimientos de la Orden y del Código de Conducta más comunes son:

- a) Modificación de la configuración del acceso telefónico a redes del usuario (*dialers* inconstentidos).
- b) Falta de información sobre el precio de los servicios.
- c) Falta de identificación del prestador del servicio.
- d) Prolongación de la llamada por tiempo superior a los 30 minutos.
- e) Dificultad de desinstalación de los programas de marcación a números de tarificación adicional.
- f) Ausencia de información sobre el modo de finalizar la comunicación y en su caso restablecer la el acceso a Internet a través del número de conexión inicial del usuario llamante.
- g) Captación de datos de carácter personal.

5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

Si quiera brevemente, constatada el carácter intensamente litigioso de las telecomunicaciones y la preocupación que genera entre los usuarios, parece adecuado el esbozo de unas sucintas conclusiones y modestas propuestas, al menos en cuanto a los cauces de reclamación establecidos en el ámbito administrativo y arbitral por ser el foro que nos reúne.

a) Acción Administrativa.

- En un mercado cada vez más tecnificado y complejo se hace insustituible la intervención administrativa como contrapeso de la debilidad de los usuarios.

- Es preciso una mayor implicación de la administración de telecomunicaciones en la protección del usuario y el control de los operadores.

- Las administraciones de consumo, a todos los niveles – General del Estado, Autonómica y Local- deben desplegar una mayor actuación protectora de los intereses de los consumidores y usuarios, bien mediante la articulación de nuevos instrumentos normativos sectoriales, bien mediante una mayor labor inspectora, bien incrementando el grado de formación de los usuarios.

- Para que el administrado, el usuario de servicios públicos, perciba de la administración una labor eficaz y que le reporte utilidad subjetiva, han de construirse nuevos procedimientos que le restituyan sus lesionados derechos a nivel individual.

b) Procedimiento arbitral.

- Como primera necesidad, piedra angular en gran medida de algunas de las restantes que se expondrán, es precisa una mayor contribución económica al sostenimiento y expansión del sistema arbitral. Es preciso incrementar la dotación del personal adscrito a las Juntas Arbitrales de Consumo, con objeto de combatir la preocupante dilación que algunas Juntas están padeciendo. El crecimiento presupuestario del arbitraje de consumo, será también fundamental para poder asumir el coste de los dictámenes periciales que se precisen. No hay que olvidar que toda inversión en el sistema arbitral redundará directamente en un mejor funcionamiento de la administración de justicia, siendo un coste rentable para la administración y para la sociedad.

- Unida a las medidas económicas, hay que destacar la necesidad de crear las cuentas de consignación arbitrales previstas normativamente. Además de dar cumplimiento a la previsión del legislador, y servicio a las partes litigantes, la existencia de estas cuentas podría contribuir al sostenimiento del sistema, pudiendo aplicarse los intereses que de ella resultaran a su financiación.

- Con objeto de coadyuvar a la más eficiente gestión de los medios económicos atribuidos al sistema arbitral, sería conveniente el impulso en la firma de convenios con Universidades, Centros de Formación, Laboratorios públicos, Asociaciones o Colegios Profesionales, para la realización de los dictámenes periciales que correspondieran por razón de la materia. Un buen sistema pudiera ser la emisión de los dictámenes por alumnos o personal en prácticas, debidamente tutelados por un responsable experimentado. Por una parte, bien pueden servir de criterio orientador al Colegio en la adopción de las decisiones y por otra la cooperación mutua contribuirá a la mejor formación de los futuros profesionales.

- La implantación de las nuevas tecnologías en el arbitraje de consumo, habrá de convertirse en una de las herramientas fundamentales que den valor añadido al sistema. Por una parte, han de desarrollarse los instrumentos necesarios para que tanto el usuario como el empresario, puedan atender el proceso en su integridad desde su propio domicilio, facilitándose las solicitudes de arbitraje on-line, las notificaciones electrónicas, la admisión de pruebas digitales y la celebración de audiencias por videoconferencia. De igual modo, hay que aprovechar las facilidades de las nuevas tecnologías para extender las sedes arbitrales más allá de las existentes en la actualidad. En aquellos municipios que aún no disponiendo de Juntas Arbitrales dispongan de Oficina Municipal de Información al Consumidor, establecer en estas los equipos informáticos necesarios para hacer de las Oficinas

Municipales una extensión más de la Junta Arbitral. En aquellos otros, donde no existan ni siquiera Oficinas Municipales de Información al Consumidor, aprovechar los recursos de las sedes de las distintas asociaciones de consumidores y usuarios con presencia local. Un ejemplo de ello son las más de 3000 asociaciones locales de CAVE, las 1121 de CEACCU, las 274 de ASGECO, las 151 de CECU, las 138 de UNAE, las 58 de FUCI, las 57 de UCE o las 47 de ADICAE, entre otras.

- La extensión del número de adhesiones empresariales es otra de las tareas pendientes para asegurar la eficacia del sistema. Es necesario estimular adecuadamente al empresario a sumarse al sistema arbitral de consumo. Junto a las tradiciones distintivos de adhesión al sistema arbitral de consumo, generador de confianza en el consumidor, que no cabe duda, es preciso publicitar por el elevado grado de desconocimiento existente respecto a los mismos entre los usuarios, se impone el ofrecimiento de nuevos alicientes que hagan más atractivo el sistema arbitral para el sector empresarial. La solución de sus litigios sin ningún coste y a través de sistemas telemáticos que no le resten tiempo efectivo de disponibilidad a su negocio, frente a los posibles gastos del sistema judicial o los desplazamientos del nuevo juicio verbal para cuantías inferiores a 900 euros puede ser un buen marco comparativo para lograr la simpatía empresarial al arbitraje de consumo. De igual modo, no creemos que fuera descabellado pensar en la atribución de determinados beneficios fiscales, aunque no sean de cuantías muy elevadas, a aquellas empresas que suscriban o mantengan su adhesión al sistema. Al fin y al cabo, el establecimiento de tasas judiciales para las empresas que superen un determinado límite de facturación anual, constituye el reverso de la moneda de estos alicientes y en última instancia no cabe duda de que saldrá más rentable a la administración la pequeña minoración de sus ingresos que estos beneficios puedan suponer que la asunción de los costes derivados del sistema judicial, sin olvidar que un sistema arbitral dinámico podría contribuir a disminuir los gastos de inspección por el propio saneamiento del mercado que sus laudos produce, incrementándose indirectamente el control y vigilancia del mercado.

- Esta extensión de las ofertas públicas de sometimiento mediante la suscripción del preceptivo convenio con las Juntas Arbitrales, no ha de realizarse sin embargo a cualquier precio. Es preciso para salvaguardar la credibilidad del sistema vigilar las limitaciones en la oferta del empresario. De tal suerte se nos antojan dos posibilidades. Bien directamente negar la adhesión al sistema arbitral de sometimientos condicionados, que no manifiesten su voluntad pura y simple de adecuar la solución de sus conflictos con consumidores a través del cauce ofrecido por el arbitraje de consumo, bien la creación y concesión de un segundo distintivo de adhesión en otro color, y con la obligación en todo caso de ser lo suficientemente explícitos con el usuario en cuanto a la limitación de su oferta, evitando de este modo inducir al consumidor a posibles errores.

- Por lo que respecta a la aparición de nuevos arbitrajes distintos del de consumo prohibidos por la legislación vigente, al que se ven sometidos de modo creciente numerosos usuarios por la suscripción de cláusulas compromisorias insertas en contratos de adhesión, se hace inaplazable la intervención del Instituto Nacional del Consumo, como entidad procesalmente legitimada para ello. Debiera este Instituto como garante máximo del sistema arbitral de consumo, interponer las correspondientes acciones de nulidad y cesación para la erradicación de estas prácticas y la protección de la buena reputación del sistema arbitral de consumo, forjada durante estos diez años con el esfuerzo de tantos profesionales, administraciones y asociaciones de consumidores y empresarios.

- La formación de árbitros, secretarios, personal administrativo de las Juntas Arbitrales, de las Oficinas Municipales de Información al Consumidor y de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, debe ser una actuación constante para asegurar un adecuado nivel de respuesta y satisfacción a los partes implicadas en los litigios de consumo. Cursos de formación y reciclaje continuado son el mejor instrumento para garantizar la debida preparación de quienes tienen la potestad de enjuiciar los litigios de consumo y quienes con su actuación contribuyen a encauzar estos conflictos a través del sistema arbitral.

- Una información constante y actualizada tanto de la doctrina emitida por las Audiencias Provinciales en materia arbitral como de los diferentes pareceres adoptados en las distintas Juntas Arbitrales sobre hechos similares contribuiría a incrementar el nivel de formación de los Colegios y la consecución de un mayor grado de uniformidad en las resoluciones arbitrales. Una buena opción sería la confección de boletines informativos periódicos para su remisión a las distintas entidades implicadas en el arbitraje de consumo o la publicación de los laudos por las Juntas Arbitrales en memorias anuales. Otra posibilidad interesante, en la que CEACCU desarrolla un proyecto pionero, es la edición de una base de datos de laudos arbitrales en materia de consumo, que si bien es sabido no vinculan a ninguna Junta Arbitral, si puede ser un instrumento útil de trabajo para analizar como se han resuelto expedientes semejantes en otras Juntas.

- Sería deseable un mayor acercamiento al ciudadano de tal modo que percibiese la Junta Arbitral como el órgano natural de solución de conflictos de consumo. Tres aspectos pueden destacarse en este sentido. En primer lugar como ya hemos adelantado una mayor difusión pública del sistema, desde su información en oficinas públicas a su impulso en instancias judiciales o su recomendación en los Servicios de Orientación Jurídica de los Colegios de Abogados. En segundo término, una mayor y mejor fundamentación de los laudos, que no debiendo apartarse de la sencillez y claridad que los caracteriza, deben esforzarse en dar respuesta razonada a las peticiones de las partes. Por último, ante los supuestos de incumplimiento de los laudos arbitrales, la facilitación en las propias Juntas de formularios, simi-

lares a los ofrecidos en sede judicial para los procedimientos monitorios o verbales, para que la parte que ve insatisfecha su pretensión pueda obtenerlos y cumplirlos en la propia Junta Arbitral, orientando de este sencillo modo al ciudadano sobre el proceso de ejecución.

- En el ámbito de reformas normativas, sería bueno que el legislador se planteara la revisión de algunos puntos oscuros en el arbitraje de consumo, bien por la falta de claridad de la norma que da lugar a interpretaciones en ocasiones poco ajustadas al espíritu del sistema, bien por la existencia de lagunas legales que es preciso colmar. En concreto dentro del sistema arbitral de consumo, sugerimos las siguientes como reflexión:

- a) Clarificar expresamente la capacidad de las asociaciones de consumidores y usuarios para acceder al sistema arbitral de consumo en defensa de los intereses generales de los consumidores, o en su caso dotarlas de esta facultad.
- b) Articular un sistema de recursos en el seno del propio procedimiento arbitral. No es tolerable que decisiones tan trascendentales como la inadmisión de una solicitud de arbitraje o la recusación de un árbitro carezcan de un remedio adecuado en sede arbitral que evite desviar directamente la contienda al entramado judicial. Este régimen de recursos debería de participar de las mismas notas caracterizadoras del sistema arbitral: celeridad, gratuidad, antiformalismo y carácter vinculante de la resolución.
- c) Dotar de uniformidad normativa a los criterios seguidos por las Juntas para apreciar la suficiencia de la representación de los litigantes. No es que se pretenda la exigencia de formalidades tan rígidas como puede exigirse en un procedimiento judicial, pero sí sería conveniente para salvar la vaguedad de la estipulación vigente, la adopción de unos criterios comunes a todas las Juntas para evitar situaciones de inseguridad jurídica.
- d) Determinación del carácter imperativo o potestativo de la figura del secretario, salvando la aparente contradicción que encierran los artículos 3.4 y 11.4 del actual Real Decreto.
- e) Equiparación plena del arbitraje como equivalente jurisdiccional, posibilitando la ejecución de medidas cautelares por parte del colegio arbitral, la extensión de la tipicidad penal a la prevaricación desarrollada por el árbitro o la posibilidad de planteamiento por los colegios de cuestiones de inconstitucionalidad suscitadas en arbitrajes de derecho.
- f) Previsión de un sistema eficaz de notificaciones similar al seguido en el procedimiento administrativo o en el proceso civil, para el supuesto de

negativa contumaz del destinatario a aceptar la comunicación de la Junta o el Colegio Arbitral. Una buena opción sería quizá tras agotar los intentos de comunicación por los medios ordinarios, incluidos los telemáticos, la publicación edictal para aquellos supuestos en los que exista ya convenio entre las partes.

- g) Regulación del litisconsorcio pasivo necesario en el procedimiento arbitral con objeto de evitar la adopción de laudos de imposible cumplimiento.
- h) Por último, dentro de lo que puede ser la participación del arbitraje de consumo en las redes europeas de resolución extrajudicial de conflictos, sería deseable la inclusión del sistema español arbitral de consumo en FIN-NET.

CURSO MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

**Nuevos retos del arbitraje
de consumo**

LA MEDIACIÓN: ALTERNATIVA EN LAS RECLAMACIONES EN MATERIA DE SERVICIOS FINANCIEROS

Piedad Larrañaga Hernaltes

Técnico de Consumo, especialista en Servicios Financieros.
Gobierno Vasco

LA MEDIACIÓN: ALTERNATIVA EN LAS RECLAMACIONES EN MATERIA DE SERVICIOS FINANCIEROS

Piedad Larrañaga Hernaltes

Técnico de Consumo, especialista en Servicios Financieros. Gobierno Vasco

INTRODUCCIÓN

La noción de <<personas consumidoras y usuarias>>

Con la expresión <<derechos de los consumidores y usuarios>> o <<derechos de las personas consumidoras y usuarias>> se pretende designar los derechos subjetivos que corresponden a unas determinadas personas por el hecho de tener esa condición.

La determinación de quiénes sean los <<consumidores y usuarios>> tiene como obligado punto de referencia la figura del <<consumidor>>.

Inicialmente el concepto de consumidor se limitaba fundamentalmente al comprador de productos de alimentación. Posteriormente se ha llegado a un concepto más amplio de consumidor como sujeto de tráfico económico frente a la empresa organizada, perfilándose la idea del consumidor final de bienes y servicios para uso privado, tanto como adquirente de bienes de consumo cuanto como usuario de servicios públicos o privados.

La expresión <<consumidores y usuarios>> adquiere carta de naturaleza en nuestro Ordenamiento positivo a partir de la Constitución y es definitivamente acuñada en la LGDCU. En los apartados 2 y 3 de su artículo 1, la LGDCU nos dice quiénes son <<consumidores y usuarios>> y quiénes no tienen esta condición:

<<2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.>>

La Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarías de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en su artículo 3, apartados 1 y 2, nos da la siguiente definición:

<<1.- A los efectos de esta ley, son personas consumidoras y usuarias las personas físicas o jurídicas de cualquier nacionalidad o residencia que adquieran, utilicen o disfruten, como destinatarias finales, bienes muebles o inmuebles, productos o servicios, siempre que el proveedor sea una empresa, profesional o la propia Administración cuando preste servicios o suministre productos en régimen de derecho privado.

2.- No tendrán la consideración de personas consumidoras o usuarias las personas físicas o jurídicas que integren los productos, bienes y servicios en un proceso productivo, de comercialización o prestación de servicios, aun cuando dicha integración no implique un beneficio directo.>>

De todo ello, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1.- Las personas consumidoras y usuarias pueden ser personas físicas o personas jurídicas; no cabe, por lo tanto, identificar a un consumidor con una persona física exclusivamente.

2.- Son personas consumidoras y usuarias quienes <<adquieren, utilizan o disfrutan>>, es decir, no sólo la persona que celebra el negocio jurídico adquisitivo sino también la que, sin intervenir en contrato alguno, utiliza o disfruta un servicio o producto determinado.

3.- Deben ser destinatarios finales. Pero se ha de tener en cuenta no sólo los que adquieren bienes o servicios para su uso personal o familiar, sino también a quienes los adquieren para que sean utilizados o disfrutados por terceras personas sin reintroducción en el mercado.

RECLAMACIONES

Sistema unificado de reclamaciones

Uno de los derechos reconocidos por la Ley 6/2003, de EPCyU CAPV (artículo 4) es la protección jurídica, administrativa y técnica, y la reparación e indemnización de daños y perjuicios sufridos.

Con el fin de garantizar el derecho a reclamar de las personas consumidoras y usuarias, así como un tratamiento homogéneo de las reclamaciones, desde el año 1997 en la CAPV existe un sistema unificado de reclamaciones, regulado por el Decreto 5/1997, de 14 de enero.

Posteriormente, la Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de EPCyU CAPV (artículo 11) establece la obligatoriedad por parte de los <<comercios, servicios y actividades profesionales de la Comunidad Autónoma de Euskadi>> de tener hojas de reclamaciones a disposición de las personas consumidoras y usuarias.



Ámbito de aplicación

Todas las personas físicas o jurídicas que comercialicen bienes o presten servicios en la CAPV, incluidos los prestadores de servicios a domicilio, deben tener a disposición de los consumidores y usuarios hojas de reclamaciones.

Quedan excluidos los espectáculos públicos y actividades recreativas que se regirán por su normativa específica.

Otras formas de reclamación

La utilización de las hojas de reclamaciones no excluye la posibilidad de la persona consumidora de formular su reclamación por cualquier otro medio admitido en derecho, incluidos los medios telemáticos. El apartado 2 del artículo 11 del EPCyU CAPV así lo establece.

Cumplimentación de la hoja de reclamaciones

La persona reclamante debe hacer constar su nombre, domicilio y número de documento nacional de identidad o pasaporte, así como los demás datos a que se refiere el

propio impreso, exponiendo claramente los hechos que motivan la reclamación con expresión de la fecha en que ésta se formula.

Asimismo, adjuntará todos los documentos que demuestren la existencia de una relación de consumo con la empresa, comercio o profesional reclamado (factura, presupuesto, albarán, ticket, etc.).

Una vez expuestos los motivos de la reclamación por la parte reclamante, la hoja de reclamaciones puede ser suscrita por la empresa, que puede realizar cuantas consideraciones estime oportunas respecto de su contenido, en el lugar habilitado para ello.

Entrega en la administración

La persona reclamante, una vez cumplimentada la hoja de reclamaciones, entregará la copia de color rosa a la reclamada y conservará en su poder la copia de color verde, remitiendo el original de color blanco y la documentación anexa a una Oficina Municipal de Información al Consumidor o a las Oficinas Territoriales del Departamento de Industria, Comercio y Turismo de la CAPV.

Análisis de la reclamación

En el plazo de 15 días hábiles desde la recepción de la hoja de reclamaciones, la Administración de Consumo receptora de la reclamación, la analizará para decidir sobre su admisión o inadmisión a trámite, o sobre la petición de subsanación o traslado, en su caso.

Inadmisión de la reclamación

Se resuelve la inadmisión a trámite de la hoja de reclamaciones en los siguientes casos:

- a) Cuando se aprecie la inexistencia de relación de consumo con la empresa reclamada.
- b) Cuando concurren intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito.
- c) Cuando la persona reclamante no ostente la condición de consumidora final.
- d) Cuando se formulen reclamaciones que reiteren otras anteriores resueltas sustancialmente iguales respecto de la misma persona y en méritos de idéntico objeto.
- e) Cuando haya transcurrido el plazo de extinción de acciones o derechos que de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora que resulte de

aplicación pueda ejercitar quien presente o aquella persona en cuya representación se presente la reclamación de que se trate.

- f) Cuando, simultáneamente y por los mismos hechos, exista un procedimiento abierto en los Tribunales de Justicia.

En el plazo de 15 días hábiles desde la recepción se debe comunicar a la parte reclamante la inadmisión de la reclamación, procediéndose al archivo de la misma.

Si la persona reclamante solicitase la revisión de la inadmisión, aportando datos o pruebas suficientes, se da a la reclamación el tratamiento de reclamación nueva.

Petición de subsanación de la reclamación

Si la hoja de reclamaciones no reúne los requisitos exigidos, en el plazo de 15 días hábiles desde la recepción, se debe otorgar a la persona reclamante un plazo de 10 días hábiles, contados a partir del día siguiente al de la recepción de la comunicación, para subsanar dichos defectos. En caso de no ser subsanados, se resolverá la inadmisión a trámite de la hoja de reclamaciones, comunicando dicha inadmisión y el correspondiente archivo a la persona reclamante.

Traslado de la reclamación a otro órgano

En el supuesto de que la competencia, por criterio territorial o material, corresponda a otra Administración o a otro órgano de la misma Administración, se debe proceder en el plazo de 15 días hábiles a dar traslado al órgano competente, comunicándolo en el mismo plazo a la persona reclamante.

Admisión a trámite de la reclamación

Si el contenido de la hoja de reclamaciones no incurre en los supuestos o deficiencias de los apartados anteriores, en el plazo de 15 días hábiles desde la recepción, se debe comunicar a la persona reclamante la admisión a trámite de la misma.

En el mismo plazo, se debe dar traslado de la reclamación a la parte reclamada, otorgándole un plazo de 10 días hábiles, contados a partir del día siguiente al de la recepción de la comunicación, para que alegue cuanto estime oportuno y aporte la documentación que considere conveniente en defensa de sus intereses.

Quejas sobre el trato recibido

Cuando la reclamación verse únicamente sobre la mayor o menor corrección en el trato recibido por la persona reclamante, en el plazo de 15 días hábiles se da traslado de la reclamación a la parte reclamada para su conocimiento, sin otorgarle plazo alguno

para alegaciones, dándose por finalizado el procedimiento en dicho acto, comunicando en el mismo plazo, el archivo a la persona reclamante.

Denuncias

Será denuncia, la reclamación por la que la persona que la formula se limita a poner en conocimiento de la Administración la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa.

Expediente sancionador

Cuando la reclamación se trate de una denuncia, cumplimentado el trámite de alegaciones por la empresa reclamada, o transcurrido el plazo para efectuarlas, se dará traslado de toda la documentación al órgano competente para la instrucción del correspondiente expediente sancionador, de acuerdo con las disposiciones vigentes en materia de defensa de las personas consumidoras y usuarias.

Reclamación

La parte reclamante pone en conocimiento de la Administración de Consumo una vulneración del Derecho Privado y de sus particulares intereses económicos por parte de una empresa, dentro de una relación de compraventa de bienes o prestación de servicios. Implica una petición de cumplimiento o restitución por parte del consumidor frente al reclamado.

MEDIACIÓN

La mediación en las reclamaciones de consumo

La Ley 6/2003 de EPCyU CAPV (artículo 12) es la más actual de las Leyes autonómicas de defensa de los consumidores, y la única ley en este ámbito que recoge la mediación y prevé su regulación por norma reglamentaria. La contempla dentro del capítulo III de su título II: derecho a la protección jurídica y a la reparación de daños. Se regula así:

<<1.- 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.

2.- 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.>>

La mediación se ha revelado como un sistema propio y eficaz en las relaciones de consumo. A través de la mediación se intenta llegar a un acuerdo entre las dos partes (reclamante y reclamado) mediante la gestión de una tercera persona ajena al problema planteado.

Es decir, la mediación es un sistema para la resolución voluntaria de conflictos en materia de consumo, al que no están obligadas las partes a comparecer y se realiza a través de expertos en técnicas de tratamiento de conflictos (*persona mediadora*), intentando llegar a una solución ante un determinado problema, acercando las voluntades enfrentadas.

La mediación prospera cuando hay acuerdo entre las partes: el problema se soluciona gracias a la buena predisposición y cada una cede un poco sin menoscabo de sus derechos y obligaciones.

El mediador o la mediadora debe facilitar a la persona consumidora el asesoramiento preciso para que conozca si sus pretensiones son viables, ya que en ocasiones su reclamación puede ser improcedente, bien porque no hay relación de consumo o por falta de pruebas.

La mediación no procede cuando los hechos planteados sean susceptibles de ser calificados como delito o falta, o cuando *a priori* se comprueba la existencia de infracción administrativa grave.

Tampoco procede la mediación cuando se trata de materias sobre las que las partes no tienen poder de disposición o se tenga conocimiento de que el asunto a que se refiere la reclamación se encuentre o haya sido sometido a cualquier instancia arbitral, administrativa o judicial.

Perfil y función del mediador

Profesionales de las Oficinas Territoriales de Consumo.

Profesionales de las OMICs.

Profesionales de las Asociaciones de las Personas Consumidoras y Usuarías que reciban o atiendan las reclamaciones.

La Junta Arbitral de Consumo, cuando aprecie que la mediación puede ser eficaz.

La función principal del mediador es conducir el proceso más que resolver el conflicto. El conflicto, de existir, lo habrían de resolver las partes.

El mediador deberá:

- Actuar con total independencia.
- Mantener la confidencialidad.
- Mantener la imparcialidad. No pronunciarse a favor de ninguna de las partes, ni erigirse en su representante o defensor.
- Ser elemento activo que escucha a las partes implicadas, informa, explora, valora y prepara a las partes para el encuentro, introduce elementos mediante su metodología y técnicas que flexibilicen el conflicto para que acerquen sus posiciones. Potencia el respeto, y las posturas compartidas, contrarias al tipo ganador/a-perdedor/a.
- Informarse y tomar cuantos datos e información sea posible, para tener una completa y certera visión de lo sucedido.
- El mediador no juzga ni decide asuntos sustantivos de la controversia.
- Aportar claridad de objetivos, dentro del margen en el cual se puedan realizar concesiones y llegar a acuerdos.
- Tratar de agilizar el procedimiento y no dilatarlo con escritos y plazos innecesarios. Nada impide que la mediación se haga por teléfono, fax o correo electrónico.
- Actuar siempre con corrección y evitando que el conflicto se acentúe. Explicar los pros y contras de un acuerdo.
- Emitir un informe con las gestiones llevadas a cabo en cada expediente de mediación.
- Animar a las partes a la firma de documentos que avalen el acuerdo tomado. Las cuestiones se deben resolver de manera definitiva.

Inspección previa a la propuesta de mediación

Si la persona mediadora lo considera necesario, podrá solicitar al órgano competente la realización de una inspección en el establecimiento reclamado con el fin de alcanzar un mayor conocimiento sobre los hechos reclamados.

Realizada la inspección, el personal inspector, podrá según proceda, en ese momento documentar la actuación realizada mediante acta, o emitir un informe en el plazo máximo de 5 días hábiles desde la realización de la misma.

Propuesta de mediación

Emitido el informe por parte de la persona inspectora, o acordada la no pertinencia de la inspección, la persona mediadora, a la vista de las alegaciones de las partes y, en su caso, del acta o informe emitidos por el personal inspector, emitirá su propuesta de mediación, comunicándola a las partes y otorgándoles un plazo de 10 días hábiles, contados a partir del día siguiente al de la recepción de la citada propuesta, para manifestar su conformidad o disconformidad con la misma.

La propuesta de mediación podrá realizarse siempre, incluso en el caso de que la empresa se encuentre adherida al sistema arbitral de consumo.

La propuesta de mediación se formalizará por escrito, pudiéndose comunicar mediante correo, fax o correo electrónico. En caso de que las circunstancias así lo aconsejen, lo cual deberá ser convenientemente motivado por la persona mediadora, podrá comunicarse la propuesta de mediación vía telefónica.

Procedimiento de mediación escrito y acuerdo, en su caso

Si las partes intervinientes aceptan la propuesta de mediación, en caso de distanciamiento de las partes, ya sea geográfico, o bien de sus posiciones (enconamiento en términos fácticos, económicos o anímicos), se podrá utilizar el procedimiento de mediación escrito.

Al objeto de ayudar en la solución de la mediación, si el mediador lo considera procedente, emitirá un informe en el que se reflejarán los hechos objeto de conflicto y las pretensiones de las partes. En ningún caso, el informe tendrá carácter vinculante.

El mediador podrá decidir respecto al número de ofertas y contraofertas de solución que admitirá a trámite por parte del reclamante y reclamado. No obstante, se evitarán dilaciones indebidas.

Los escritos de oferta, contraoferta de solución y aceptación de la misma, deberán ir firmados por persona con poder bastante. Se admitirán los escritos enviados por cualquier medio, incluidos los telemáticos.

El acuerdo alcanzado se comunicará por escrito a ambas partes, finalizando el procedimiento.

Acto de mediación y acuerdo, en su caso

Si las partes intervinientes aceptan la propuesta de mediación, se podrán realizar actos de mediación, con la presencia física de las partes, en reunión con el mediador.

LA MEDIACIÓN: ALTERNATIVA EN LAS RECLAMACIONES EN MATERIA DE SERVICIOS FINANCIEROS

El acuerdo se recogerá por escrito y se firmará el documento por ambas partes, finalizando el procedimiento.

Falta de aceptación de propuesta de mediación o desavenencia

Si las partes intervinientes no aceptan la propuesta de mediación, o aún aceptándola, la mediación da como resultado la desavenencia entre reclamante y reclamado, se procederá al archivo del expediente, lo cual será comunicado a las partes, informándoles de la existencia del sistema arbitral de consumo como vía extrajudicial de resolución de conflictos, pudiendo acudir la persona consumidora directamente a la Junta Arbitral de Consumo de Euskadi, o a través de las Oficinas Territoriales, OMIC o las Asociaciones de las Personas Consumidoras y Usuarias. También se le comunicarán las posibles vías de acceso a la justicia.

Procederá el archivo del procedimiento sin perjuicio de que si la tramitación de la mediación revela datos que puedan constituir indicios de conductas sancionables, la persona mediadora pondrá los hechos en conocimiento del órgano competente a los efectos oportunos.

Desistimiento

En cualquier momento de la instrucción de la reclamación, la persona consumidora podrá desistir de su reclamación. El desistimiento de la reclamación motivado por cualquier causa, incluido el acuerdo entre las partes fuera de la mediación dará lugar al archivo de las actuaciones. Ello, sin perjuicio de lo señalado en el supuesto anterior en cuanto a presuntas conductas sancionables.

LA MEDIACIÓN EN LAS RECLAMACIONES EN MATERIA DE SERVICIOS FINANCIEROS

La LGDCU señala en su artículo 2, que <<los derechos de los consumidores y usuarios serán protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado>>. La LEPCyU CAPV establece en su artículo 5, a) la misma obligación. Este precepto, según un sector doctrinal (Rodrigo BERCOVITZ y Javier SALAS, *Comentarios a la LGDCU*), contiene un recordatorio a los poderes públicos -diferentes Administraciones Públicas- de la necesidad de priorizar la protección del consumidor, manifestándose ésta en abordar la protección de los productos o servicios citados antes, es decir, de forma más urgente y, en consecuencia, llevar a cabo con prioridad actuaciones administrativas, con nivel de protección mayor para compensar la situación de inferioridad más acentuada en que se encuentra el consumidor o usuario de estos bienes o servicios y mejor, de modo que los mecanismos técnicos que instrumentan esa mayor protección sean de una calidad técnica y una eficacia práctica proporcionada a la mayor necesidad de protección.

El Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualiza el catálogo de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado a los efectos previstos en el artículo 2.2 de la LGDCU, incluye, expresamente, los <<servicios bancarios y financieros>> en el apartado C del Anexo I.

De la indicada normativa resulta evidente el interés del legislador de brindar a los usuarios de servicios bancarios una protección especial dentro del ámbito de regulación del consumo.

Sin embargo, la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, configura en su Título Primero un procedimiento sancionador que se puede resumir así:

- El punto 1 de su artículo 1 establece que las entidades de crédito que infrinjan normas de ordenación y disciplina incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en dicho Título.
- Y el punto 5 del mismo artículo prescribe que se consideran normas de ordenación y disciplina las Leyes y disposiciones administrativas de carácter general que contengan preceptos específicamente referidos a las entidades de crédito y de obligada observancia para las mismas. Entre tales disposiciones se entenderán comprendidas tanto las aprobadas por órganos del Estado o, en su caso, de las Comunidades Autónomas que tengan atribuidas competencias en la materia, como las Circulares aprobadas por el Banco de España, en los términos previstos en esta Ley.
- Y su artículo 18 establece que la imposición de sanciones por infracciones graves y leves corresponderá al Banco de España, y la de sanciones muy graves al Ministro de Economía y Hacienda.

Se establece una salvedad respecto de Cajas de Ahorro o Cooperativas de Crédito, pero no vamos a hacer mención a ella.

Por otro lado, la Ley 26/1988, en el punto 2 de su artículo 43 hace recaer en el Banco de España, el control e inspección de todas las entidades de crédito.

Llegados a este punto hemos de preguntarnos si la normativa sustantiva sobre protección de consumidores y usuarios es de aplicación a las entidades financieras. Entendemos que sí, por los motivos antes expuestos.

Nos encontramos entonces en que puede producirse una colisión de normas sancionadoras entre la legislación de ordenación bancaria y la legislación de protección al consumidor.

Debemos, por tanto, ir a la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, cuyo artículo 16 –curso de normas–, establece que los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos tipificadores de infracciones se sancionarán observando la siguiente regla: el precepto especial se aplicará con preferencia al general. Así, la solución será la siguiente:

- Si de la actividad inspectora se detectase una infracción de una norma de ordenación y disciplina, la competencia sancionadora la tendría el Banco de España.
- Si de la actividad inspectora se detectase una infracción de normativa de consumo, que no estuviese contemplada como norma de ordenación y disciplina, la competencia sancionadora la tendría la Administración de Consumo.

En apoyo de todo lo expuesto, hacer mención al informe emitido desde el Banco de España con fecha 23 de julio de 1998, en relación con la sentencia número 123/98, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, dictada el 9 de marzo de 1998, referente a un expediente sancionador del Servicio de Consumo de Almería por la imposición de dos sanciones al Banco de Santander, S.A. debido a carecer de los modelos oficiales de hojas de reclamaciones establecidos por la Junta de Andalucía en el Decreto 171/89 y por supuestas irregularidades sobre un contrato de cuenta corriente de domiciliación de nómina.

Dicha sentencia viene a admitir la sujeción de las entidades de crédito a la normativa general de protección de los consumidores y, por tanto, al ámbito de facultades de aquellas Comunidades Autónomas que ostentan competencias en este terreno.

Y el propio informe del Banco de España señala que:

<<Nada hay que reprochar a tal declaración. En realidad, la misma resulta perfectamente acorde con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 9.10.96, la cual vino a resolver los conflictos de competencia planteados por la Generalidad de Valencia y por la de Cataluña contra determinados preceptos de la Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 3 de marzo de 1987, hoy sustituida por la de 12 de diciembre de 1989.

Cuestionada dicha disposición en cuanto invasora de las competencias autonómicas sobre protección del consumidor, el Alto Tribunal se ocupó de recordar que, si bien es cierto que algunas normas de la citada Orden podrían ser enfocadas desde la óptica de la protección al consumidor,

“... no lo es menos que están puestas primordialmente al servicio del sistema bancario, cuya información, disciplina e inspección se encomienda por la Ley al Banco de España. Esta regulación tiende directamente a la transpa-

rencia de la actuación bancaria, que no es evidentemente defensa del cliente aun cuando pueda tener más de un efecto reflejo en su beneficio. (...) En tal sentido, la finalidad sustantiva y, por ello, principal, a la cual se orienta la disposición reglamentaria en entredicho actúa como soporte de lo que hemos llamado en otras ocasiones el título más específico –la ordenación bancaria- respecto del otro –la protección de los consumidores-.”

En consecuencia, resulta claro –a la luz de dicha doctrina- que la normativa dictada al amparo del art. 48.2 de la Ley 26/1988 (OM12.12.89 y CBE 8/90) no tiene por objeto desplazar a la normativa general de protección a los consumidores y usuarios, sino establecer determinadas reglas de actuación en el sector específico de las entidades de crédito que, simultáneamente, pueden también servir a los fines perseguidos por aquélla.>>

Organismos de defensa específica en materia de servicios financieros

La normativa bancaria (número noveno de la Orden de 12 de diciembre de 1989 y capítulo II de la Circular 8/1990 del Banco de España) tenía previsto un Servicio de Reclamaciones para los usuarios de servicios bancarios.

La Ley 44/2002, de 22 de noviembre de Medidas de Reforma del Sistema Financiero ha establecido un nuevo sistema de protección para los usuarios de servicios financieros en general.

Dentro de las novedades que la nueva normativa establece respecto a las entidades financieras se encuentra la obligatoriedad de crear un Departamento o Servicio de Atención al Cliente para atender y resolver las quejas y reclamaciones que su clientela puede presentar. Es decir, las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión y las entidades aseguradoras deben contar con un Departamento o Servicio de Atención al Cliente.

Además, podrán designar a un Defensor del Cliente, que deberá ser una entidad o experto independiente de reconocido prestigio, a quien corresponderá atender y resolver los tipos de reclamaciones que se sometan a su decisión en el marco de lo que disponga su reglamento de funcionamiento, así como promover el cumplimiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela y de las buenas prácticas y usos financieros.

La decisión del Defensor del Cliente favorable a la reclamación vinculará a la entidad.

Otra de las novedades es la creación de los órganos de defensa del cliente de servicios financieros. Estos son:

- El Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios (Banco de España).

- El Comisionado para la Defensa del Inversor (Comisión Nacional del Mercado de Valores).
- El Comisionado para la Defensa del Asegurado y del Partícipe en Planes de Pensiones (Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones).
- El Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, aprueba el Reglamento de dichos Comisionados.

Pero, además, el propio Reglamento establece que <<la utilización por los usuarios de servicios financieros de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros para atender sus quejas o reclamaciones se entiende sin perjuicio de la utilización de otros sistemas de protección previstos en la legislación vigente, en especial, en la normativa arbitral y de consumo>> (artículo 5, apartado 1, párrafo segundo).

Es decir, reconoce las competencias que la legislación atribuye a la Administración de Consumo en orden a hacer efectivos los derechos de las personas consumidoras y usuarias.

ANÁLISIS Y MEDIACIÓN DE LAS CONSULTAS Y RECLAMACIONES FRENTE A ENTIDADES FINANCIERAS FORMULADAS ANTE LA DIRECCIÓN DE CONSUMO DEL GOBIERNO VASCO

Dentro de la línea seguida por la Dirección de Consumo del Gobierno Vasco, ha sido siempre su intención que los consumidores y las consumidoras dispongan de los medios adecuados para la legítima defensa de sus intereses económicos, y en ese sentido, se vienen atendiendo las consultas y reclamaciones formuladas contra las entidades de crédito que operan en la CAPV. Cuando se presenta una consulta o reclamación respecto al comportamiento de una de las entidades citadas, se procede a una investigación de los hechos alegados, o si resulta necesario, a un estudio jurídico de las cláusulas contractuales que rigen las relaciones entre las partes, y finalmente, se procede a una mediación para llegar a la solución del conflicto.

Con carácter previo al análisis de las consultas y reclamaciones vamos a recordar el concepto de persona consumidora y usuaria, que también lo será en cuanto usuaria de servicios financieros:

- Pueden ser personas físicas y personas jurídicas.
- Son aquellas personas que <<adquieren, utilizan o disfrutan>>, es decir, no solo la que celebra el negocio jurídico sino también la que, sin intervenir en el contrato, utiliza o disfruta un servicio o producto determinado.
- Deben ser destinatarias finales; es decir, los productos o servicios adquiridos no podrán ser integrados en un proceso productivo, de comercialización o prestación de servicios.

DISTRIBUCIÓN DE LAS CONSULTAS Y RECLAMACIONES FORMULADAS

La distribución, según la materia, es:

- Préstamos al consumo e hipotecarios.*
- Comisiones y gastos.*
- Tarjetas de crédito y débito.*
- Normas de valoración.*
- Operaciones y gestión de valores.*
- Discrepancias sobre apuntes en cuenta.*
- Cuestiones varias.*

Esta división se recoge a continuación, relacionada en el mismo orden arriba señalado, excepción hecha del primer apartado –todo lo referido a préstamos–, que por su importancia cuantitativa entendemos necesita una subdivisión. Por ello, su estudio se realiza en último lugar.

Comisiones y gastos

De acuerdo con la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España (norma tercera), todas las entidades de crédito pueden establecer libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles por las operaciones y servicios realizados. Pero han de cumplir una serie de requisitos, como son:

Las tarifas deben comprender todas las operaciones o servicios que la entidad realiza habitualmente.

En las tarifas de comisiones y gastos repercutibles se deben indicar los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. No se tarificarán servicios u operaciones no practicados.

Las entidades no podrán cargar cantidades superiores a las que se deriven de las tarifas, aplicando condiciones más gravosas, o repercutiendo gastos no previstos.

Las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme.

Por otro lado, entendemos que es incorrecto el adeudo de comisiones en los casos en los que éstas no están pactadas en contrato, ni en el momento inicial de formalización ni a posteriori.

Tarjetas de crédito

Los problemas fundamentalmente planteados por los consumidores y las consumidoras relativos al grupo <<tarjetas de crédito>>, han sido los referentes a las responsabilidades derivadas del robo, sustracción, extravío y uso fraudulento de estos documentos.

Dentro del régimen recogido en el <<Código de buena conducta de la banca europea>>, suscrito por las Asociaciones del Sector Crediticio Europeo, ECSA, (es decir, la Agrupación de Cooperativas de Crédito de la CE, la Federación Bancaria de la CE y la Agrupación de Cajas de Ahorro), respecto a los sistemas de pago mediante tarjeta, dictado de acuerdo con la <<Recomendación de la Comisión Europea relativa a los sistemas de pago y, en particular, a la relación entre el poseedor de tarjeta y el emisor de tarjeta>> nº 88/590/CEE del 17 de noviembre de 1988 (D.O. L317 del 24-11-1988), se contempla una cuestión que se considera de máxima importancia: Se defiende la necesidad de introducir en el clausulado un límite de responsabilidad, aun en el caso de que corresponda al titular asumir el cargo. La referida normativa propone un determinado importe (150 ecus, ahora euros) como límite máximo de responsabilidad repercutible al titular.

En relación con el cumplimiento de tal exigencia, se aprecia que las entidades de crédito van incluyendo las mismas en los documentos contractuales o reglamentos redactados.

No obstante, el límite máximo de responsabilidad repercutible al titular, tiene la excepción de la actuación fraudulenta del precitado titular a sabiendas, o que haya cometido negligencia.

Tal excepción hace posible la existencia, en determinados conflictos, de discrepancias entre las partes a la hora de valorar si se han cumplido o no, los requisitos señalados.

Normas de valoración

Las condiciones de valoración que establezcan las entidades de crédito se deben ajustar a las limitaciones contenidas en el anexo IV de la Circular nº 8/1990, del Banco de España.

En relación con las operaciones más generalizadas, podemos indicar que el límite establecido para los adeudos, para el pago de cheques, es el mismo día de su pago; para recibos de carácter periódico cuyo adeudo en cuenta ha autorizado previamente el deudor, la fecha del adeudo; para órdenes de transferencia, órdenes de entrega y similares, el mismo día de su adeudo.

En cuanto a los abonos, para las entregas en efectivo realizadas antes de las 11 de la mañana, el mismo día de la entrega; las demás, el día hábil siguiente a la entrega. Para entregas realizadas mediante cheques, etc., cuando son a cargo de la propia entidad (sobre cualquier oficina), el mismo día de la entrega; a cargo de otras entidades, el segun-

do día hábil siguiente a la entrega. Para transferencias bancarias, órdenes de entrega y similares, cuando proceden de la propia entidad, el mismo día de su adeudo al ordenante; cuando proceden de otras entidades, el segundo día hábil siguiente a su adeudo al ordenante.

Operaciones y gestión de valores

En este grupo se recogen aquellas consultas y reclamaciones que se realizan como consecuencia de presunta mala gestión de valores, bien por demora en el cumplimiento de órdenes, bien por anticiparse a órdenes condicionadas, bien por aplicación de penalizaciones en la amortización anticipada de Deuda Pública.

Se incluyen también las relativas a la rentabilidad que habrían de ofrecer los Fondos de Inversión o las Entidades de Previsión Social Voluntaria (EPSV).

Discrepancia sobre apuntes en cuenta

En este epígrafe se integran aquellas consultas y reclamaciones que se producen como consecuencia de presuntos abonos o adeudos indebidos en cuentas corrientes y libretas de ahorro, bien sea por meros errores de las propias entidades, bien por compensaciones entre cuentas, imputaciones de pagos, o no seguir instrucciones concretas del consumidor o la consumidora, retenciones de cantidades, etc.

Cuestiones varias

Cabe englobar en el grupo <<cuestiones varias>> aquellas consultas y reclamaciones sin encaje posible en el resto. Así, podemos señalar la presunta falta de diligencia en la tramitación de las órdenes dadas, demora en la comunicación de anulación de datos a un registro de morosos, problemática relativa a seguros, etc.

Préstamos

En el estudio de este apartado vamos a realizar una división. En primer lugar nos referiremos a todas aquellas consultas y reclamaciones cuyo motivo se deriva de un préstamo al consumo; en segundo lugar nos centraremos en las referidas a conflictos o información sobre préstamos hipotecarios, y en tercer lugar haremos mención a la cláusula del redondeo al alza en los préstamos hipotecarios.

7.1) Préstamos al consumo

La Ley 7/1995, de Crédito al Consumo regula los préstamos al consumo. Por ejemplo, está regulado:

- La limitación de las comisiones por reembolso anticipado en los créditos y préstamos al consumo.
- En los créditos y préstamos, las entidades de crédito están obligadas a entregar al consumidor, antes de la celebración del contrato, si este así lo solicita, un documento con todas las condiciones del crédito, como oferta vinculante, que deberá mantener durante un plazo mínimo de diez días hábiles desde su entrega, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a ella.
- Las entidades deben hacer constar en el tablón de anuncios, de forma separada, los tipos aplicables a los descubiertos en cuenta corriente con consumidores. En dichos descubiertos no se puede aplicar un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero.

Las consultas o reclamaciones formuladas por el concepto de <<préstamos al consumo>> se refieren a solicitud de información respecto a la diferencia entre interés nominal y TAE, comisiones aplicadas, estudios de los préstamos, (tanto del cuadro de amortización, cálculo del mismo, como de las cláusulas contractuales), gastos inherentes a su formalización, etc.

7.2) Préstamos hipotecarios

Dentro de este apartado, es preciso hacer mención a la siguiente normativa:

□ ***La Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios***

Esta Orden regula los préstamos hipotecarios sobre viviendas, concertados por personas físicas, cuya cuantía no rebase el equivalente a 25 millones de pesetas. Fundamentalmente, obliga a las entidades de crédito a la entrega gratuita de *folleto informativo*, siendo su finalidad primordial el garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, y a efectuar, una vez realizada la tasación del inmueble y, en su caso, las oportunas comprobaciones sobre la situación registral de la finca y la capacidad financiera del prestatario, una *oferta vinculante de préstamo*, que se formulará por escrito.

Por otro lado, para garantizar la adecuada comprensión del contrato, establece que el Notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario deberá advertir expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas.

□ ***La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, y su modificación mediante el Real Decreto-Ley 2/2003, de 25 de abril***

La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios regula, como su título indica, dos figuras distintas: vigoriza la subrogación obligatoria, y prima otra institución: la modificación en ciertos casos de los préstamos hipotecarios. Afecta a todos los préstamos hipotecarios concedidos por entidades financieras sin limitaciones en razón al destino del préstamo.

La primera figura que se regula es la subrogación. Ésta, que es de aplicación aunque no conste en el contrato de préstamo la posibilidad de amortización anticipada, está fiscalmente exenta, introduciéndose además una reducción respecto a los honorarios notariales y registrales. Pero sólo toleraba sustitución de la entidad acreedora en *razón única de la mejora del tipo de interés*. La modificación introducida por el Real Decreto-Ley 2/2003 ha ampliado las razones: *además de la mejora del tipo de interés regulada por la Ley 2/1994, se contempla la ampliación del plazo del préstamo, o ambas*. Cualquier otra variación del contrato desproveerá al deudor de su derecho, liberará al acreedor de su obligación y decaerá el trato fiscal y arancelario privilegiado.

La segunda figura es la novación del préstamo. Esta segunda opción, también fiscalmente exenta y con un trato arancelario privilegiado, resultaba, en principio, más favorecida por la ley, ya que admitía *dos modificaciones: la mejora de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente, y la alteración del plazo*. Pero las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 2/2003 ha equiparado ambas figuras. No obstante, se debe tener en cuenta que la ley sí contempla a favor de la primera entidad la posibilidad de enervar la subrogación forzosa mediante una simple modificación pactada con el deudor.

Se contemplaba también en las subrogaciones, la limitación cuantitativa de las comisiones por cancelación anticipada si el préstamo es a interés variable; la comisión no podía exceder del uno por ciento, debiéndose calcular sobre el capital pendiente de amortizar.

La disposición adicional única del Real Decreto-Ley 2/2003 ha introducido la siguiente modificación: en las subrogaciones que se produzcan en los préstamos hipotecarios a interés variable concertados a partir del 27 de abril de 2003, y aunque no conste en los mismos la posibilidad de amortización anticipada, la comisión por cancelación anticipada no podrá exceder del 0,50 por ciento, y se calculará sobre el capital pendiente de amortizar.

Otra modificación ha sido la introducción de un nuevo artículo en la ley: el artículo 10 regula la comisión por ampliación del plazo en las novaciones modificativas. La entidad no podrá percibir por esta comisión más del 0,1 por 100 de la cifra del capital pendiente de amortizar.

La Disposición adicional primera de la ley extiende la limitación del uno por ciento en las comisiones por cancelación anticipada no sólo a los préstamos con subrogación

practicada o proyectada, sino a todos; operará en el futuro como *límite legal máximo* sobre todos los préstamos hipotecarios a interés variable concedidos por entidades de crédito, haya o no subrogación efectiva o intentada, sea la fecha del contrato anterior o posterior a la nueva ley.

7.3) Cláusula del redondeo al alza en los préstamos hipotecarios a interés variable

Préstamos formalizados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero

Desde finales de noviembre de 2002, fecha en la que ha entrado en vigor la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, las entidades financieras no pueden aplicar la cláusula de redondeo al alza en los préstamos hipotecarios a interés variable tal y como era habitual hasta la fecha. La disposición adicional duodécima de la precitada Ley establece que *<< en los créditos y préstamos garantizados mediante hipoteca, caución, prenda u otra garantía equivalente que, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se formalicen a tipo de interés variable, podrá acordarse el redondeo de dicho tipo. En el supuesto anterior, el redondeo del tipo de interés habrá de efectuarse al extremo del intervalo pactado más próximo, sin que éste pueda sobrepasar al octavo de punto.>>*

Queda, pues, prohibida una práctica que ya en septiembre de 2001, un Juzgado de Primera Instancia de Madrid la declaró nula.

Préstamos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero

En septiembre de 2001, un tribunal de primera instancia de Madrid declaró nula la cláusula de redondeo por exceso o al alza aplicada por una entidad de crédito en los contratos de préstamos hipotecarios a interés variable y obligó a la entidad demandada a eliminarla y a abstenerse de utilizarla en lo sucesivo. La sentencia mantenía que se trata de una cláusula abusiva que perjudica de manera desproporcionada al consumidor y comporta una situación de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, en claro perjuicio de los consumidores y usuarios. La entidad presentó recurso de apelación, y en octubre de 2002, la Audiencia Provincial de Madrid ratificó la sentencia. No obstante, la entidad bancaria presentó recurso de casación por lo que la sentencia no es firme.

El préstamo hipotecario es una de las operaciones bancarias de mayor arraigo entre la población ya que se ha convertido en un instrumento imprescindible para la compra de la vivienda. Entre los distintos tipos de préstamos hipotecarios, el préstamo de interés variable se actualiza a los precios del mercado periódicamente, normalmente cada doce meses. La finalidad del interés variable es intentar mantener durante toda la vigencia del contrato la equivalencia de las prestaciones iniciales entre ambas partes: la enti-

dad bancaria y el particular. El interés varía al ritmo del mercado y está determinado por los índices de referencia más un diferencial añadido. Los índices de referencia (MIBOR, EURIBOR, IRPH, CECA) son los que se aplican a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable a la hora de revisar y actualizar su interés. O sea, de ellos depende el tipo de interés que se pagará durante prácticamente toda la vida del préstamo. Se trata de unos índices objetivos, que mensualmente elabora el Banco de España y que, además de en el Boletín Oficial del Estado (BOE), se publican en casi todos los periódicos.

En los contratos de préstamo hipotecario a interés variable se había introducido el llamado pacto de redondeo de los tipos de interés. El problema es el impacto financiero del redondeo. Este impacto depende de dos factores: la amplitud del intervalo de redondeo y el criterio de redondeo que se aplique. Respecto al primer factor, los intervalos de redondeo más utilizados han sido un octavo de punto (0,125%) y un cuarto de punto (0,25%). En cuanto al segundo factor, han sido dos criterios de redondeo: el redondeo en dos direcciones (al alza o a la baja), o el redondeo en una sola dirección (redondeo siempre al alza, o redondeo siempre a la baja).

El problema se origina en el redondeo siempre al alza favorable a la entidad prestamista. Así, hasta la entrada en vigor de la Ley 44/2002, ha sido regla general que las entidades bancarias incorporaran a estos contratos una cláusula por la que se aplicaba al tipo de interés pactado, un redondeo por exceso o al alza, al múltiplo más cercano. Esta práctica suponía que la cantidad final a pagar podía llegar a aumentar de forma importante.

RESULTADO DE LAS MEDIACIONES CORRESPONDIENTES A LAS RECLAMACIONES TRAMITADAS Y ARCHIVADAS

Finalmente, interesa hacer mención al resultado de las mediaciones correspondientes a las reclamaciones tramitadas y archivadas durante los años 2002, 2003 y primer semestre de 2004:

- En el año 2002, el porcentaje de reclamaciones que se ha resuelto con avenencia asciende al 58,70%.
- En el año 2003, el porcentaje de reclamaciones que se ha resuelto con avenencia asciende al 55,55%.
- En el primer semestre del año 2004, el porcentaje de reclamaciones que se ha resuelto con avenencia asciende al 71,93%.

El porcentaje de las reclamaciones formuladas, según la materia, es el siguiente:

LA MEDIACIÓN: ALTERNATIVA EN LAS RECLAMACIONES EN MATERIA DE SERVICIOS FINANCIEROS

Materia	2002	2003	2004 (sem. 1.º)
Préstamos	43%	32%	31%
Comisiones y gastos	12%	14%	14%
Tarjetas de crédito y débito	10%	15%	12%
Normas de valoración	5%	5%	6%
Operaciones y gestión de valores	12%	14%	16%
Discrepancias s/apuntes en cta.	7%	10%	9%
Cuestiones varias	11%	10%	12%

OTRAS ACTUACIONES DENTRO DE LA MEDIACIÓN

Otra de las funciones de la mediación, es la de servir de órgano de relación y comunicación con las entidades financieras, con el objeto de establecer un grado de colaboración con ellas, y así poder ir solucionando los problemas detectados a nivel general. En esta línea, se han iniciado negociaciones con una entidad de crédito, con el siguiente resultado: A partir de los formularios de contrato que facilitará esta entidad, se procederá al análisis de las cláusulas contractuales de las operaciones financieras más utilizadas por la ciudadanía (contrato de cuenta corriente, de cuenta de ahorro, de tarjeta de débito o crédito ...); de esta forma, tras el estudio, aquellas cláusulas que puedan considerarse abusivas, podrán ser eliminadas de sus formularios.

CURSO MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

Nuevos retos del arbitraje
de consumo

HACIA UN NUEVO REGLAMENTO DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO



Luis Abellán Tolosa

Presidente de la Junta Arbitral de Consumo
de la Generalitat Valenciana

HACIA UN NUEVO REGLAMENTO DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO

Luis Abellán Tolosa

Presidente de la Junta Arbitral de Consumo de la Generalitat Valenciana

1.- PLANTEAMIENTO

El título de la ponencia da respuesta a un interrogante previo: ¿es necesario un nuevo reglamento del Sistema Arbitral de Consumo?, ¿la nueva Ley 60/2003, de Arbitraje, hace ineludible la modificación del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo?, o bien simplemente, ¿es conveniente la actualización del marco jurídico del arbitraje de consumo?, o por el contrario, ¿quizá lo más prudente sería no llevar a cabo ninguna reforma?. A estos interrogantes y otros colaterales voy a dedicar mi exposición.

La primera reflexión que hay que efectuar para poder dar una respuesta adecuada a todas estas cuestiones es la de recordar el contexto jurídico en el que fue aprobado el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, regulador del Sistema Arbitral de Consumo. El Real Decreto 636/1993 supuso el desarrollo reglamentario del artículo 31 de la Ley 26/1984, de 24 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en cuyo articulado se establecían las bases y las características del arbitraje de consumo. Al mismo tiempo, el Real Decreto daba cumplimiento al mandato legal dirigido nuevamente al Gobierno en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, que en el número 1º de su Disposición Adicional Primera reiteraba la necesidad del desarrollo reglamentario que ya establecía la Ley 26/1984. La Ley 36/1988 vino a resultar trascendental para el futuro del arbitraje de consumo: en primer lugar, declaró su aplicación supletoria al arbitraje previsto en la Ley 26/1984 y en sus normas de desarrollo y estableció la gratuidad del mismo, tal y como se recoge en la Disposición Adicional Primera.

“ 1.- La presente Ley será de aplicación a los arbitrajes a que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, el artículo 34.2 de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado..., en todo lo no previsto en las mismas y en las disposiciones que las desarrollan. No obstante, no será precisa la protocolización notarial del laudo, que se dictará por los órganos arbitrales previstos en dichas normas.

2.- Los arbitrajes a que se refiere el párrafo anterior son gratuitos.”

El marco jurídico en el que se elaboró el Real Decreto fue, evidentemente, determinante en la redacción de su articulado: la supletoriedad de la Ley 36/1998 tuvo gran influjo, hasta el punto de que algunos artículos del Real Decreto son reproducción literal de la recientemente derogada Ley 36/1988; este excesivo mimetismo, criticado por deficiente técnica legislativa por algún sector doctrinal, tiene consecuencias concretas en el momento actual del Sistema Arbitral de Consumo.

La segunda de las reflexiones se dirige a la idea, creo que bastante generalizada, de que el arbitraje de consumo ha cubierto ya la primera etapa tras la aprobación del Real Decreto 636/1993.(Existió una etapa previa, la llamada “experiencia piloto”, que aportó resultados determinantes para la configuración del actual sistema). Los actores del arbitraje de consumo pensamos que ha llegado el momento de avanzar en el impulso de este mecanismo alternativo de solución de conflictos y de fortalecer las estructuras arbitrales; la coincidencia con la reciente entrada en vigor de la Ley 60/2003, de Arbitraje hace que el panorama sea el más propicio para proponer abiertamente una reforma del marco jurídico del arbitraje de consumo.

2.- ANTECEDENTES DE REFORMA

Ante esta postura que sostenemos, cabe contraponer la perspectiva que parte de los riesgos que puede conllevar la alteración de un sistema arbitral que viene funcionando de forma razonable y que, con sus defectos y limitaciones, está cumpliendo los objetivos para los que fue constituido: por todos es reconocido el hecho de que el arbitraje de consumo es el arbitraje más utilizado por los ciudadanos y empresas en los últimos años, que su consolidación es creciente y que nuestro modelo ha sido adoptado por otros países.

Las dos visiones se encuentran detrás del proceso de inicio de reforma del Real Decreto que se llevó a cabo en España en los años 98-99, impulsada por el Instituto Nacional del Consumo. Animados por el convencimiento de que el texto del Reglamento era mejorable, y ante algunas lagunas y dificultades encontrados en los primeros años de su aplicación, desde el Ministerio de Sanidad y Consumo – de acuerdo con la Comisión de Cooperación de Consumo- se inició un proceso que dio lugar a la redacción del “Ante proyecto de reforma del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.”. El texto elaborado fue sometido a audiencia y consulta de todas las juntas arbitrales de consumo, que participaron activa-

mente formulando numerosas alegaciones y proponiendo alternativas al texto presentado, muchas de ellas de gran interés y calado como posteriormente tendremos ocasión de analizar.

Sin embargo, este proceso de reforma fue suspendido desde la Administración General del Estado, por entender los nuevos responsables del Instituto Nacional del Consumo que era prematura una modificación del Sistema Arbitral de Consumo, dado el escaso tiempo de su vigencia, apenas cinco años. En aquella situación histórica, la decisión de paralización de la reforma parece que fue razonable y acertada.



3.- NECESIDAD DE UNA NUEVA REGULACIÓN

En la actualidad, las circunstancias anteriormente descritas han cambiado. Han transcurrido ya más de once años desde la aprobación del Real Decreto y la experiencia sobre las virtudes y carencias de esta norma es amplia, se cuenta con un “conocimiento de causa” importante para abordar las mejoras necesarias en orden a potenciar el Sistema Arbitral de Consumo. Pero sobre todo, la promulgación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, hace ineludible, a mi parecer, llevar a cabo una modificación del Real Decreto.

4.- ALCANCE DE LA REFORMA

La reforma del Real Decreto 636/93, de 3 de mayo, puede tener alcance diverso:

a.- El articulado del Real Decreto se modificaría exclusivamente en aquellos aspectos en los que tenga que adecuarse de manera imprescindible a la nueva Ley de Arbitraje, que es de aplicación supletoria al arbitraje de consumo, tal y como se establece en su Disposición Adicional única:

“Esta ley será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio, general de defensa de consumidores y usuarios...”

b.- La reforma del Real Decreto debería también incorporar las modificaciones del texto vigente tendentes a mejorar el funcionamiento cotidiano de las juntas arbitrales de consumo, en sus aspectos tanto procedimentales como organizativos; en cualquier caso, tendría que respetarse la esencia del Sistema Arbitral de Consumo actual.

c.- Una tercera opción frente a la reforma podría ser la de aprovechar la misma para alterar de modo sustancial los principios básicos del Sistema Arbitral de Consumo vigente. En foros recientes se han lanzado ideas y propuesta en esta línea.

Nuestra postura es la de que la reforma debe tener el alcance apuntado en el epígrafe b), por considerar que el modelo desarrollado hasta el momento es positivo, pero perfeccionable sin que resulte necesario quebrar el “espíritu” del arbitraje de consumo construido hasta la fecha.

5º.- CONCRECCIÓN DE LOS MOTIVOS DE LA REFORMA

En los motivos existentes para preconizar la reforma del Real Decreto se mezclan fundamentos de legalidad con criterios de conveniencia y oportunidad. Podemos sintetizar los motivos de la necesidad de reforma en los siguientes puntos:

a.- La redacción de la Disposición Adicional única de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la hace inevitable:

“Esta ley será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio, general de defensa de consumidores y usuarios, que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho.”

A mi modo de ver, y de acuerdo con lo sostenido por el profesor Lamonedá, Presidente de la Junta Arbitral de Consumo de Extremadura, en artículo reciente en la revista LA LEY, la cuestión más acuciante de abordar es la clarificación referida a la aplicación del arbitraje de derecho o del arbitraje en equidad.

Es importante esta cuestión porque el actual Real Decreto 636/93 no “establece la decisión en equidad”, formalmente, en ninguno de sus preceptos. Únicamente encontramos dos referencias al respecto, de las cuales, como máximo, podríamos concluir que tácitamente el Real Decreto 636/1993 considera que el principio imperante es el arbitraje en equidad.

- Artículo 11.3. “Si las partes optasen expresamente por un arbitraje de derecho, los miembros del Colegio Arbitral deberán ser abogados en ejercicio, salvo el Presidente designado según lo previsto en el primer párrafo del apartado 1.a)
- Artículo 16.2. “El laudo será motivado cuando el Colegio Arbitral decida la cuestión litigiosa con sujeción a Derecho.”

Las redacciones anteriores hacen pensar que nos encontramos ante excepciones a un principio general, el del arbitraje en equidad, no escrito. Ello puede explicarse por cuanto la Ley supletoria en el momento de aprobación del Real Decreto era la Ley 36/1988, de Arbitraje, que sí establecía como criterio general el del arbitraje en equidad en su artículo 4.2.

b.- El Real Decreto 636/1993 reproduce literalmente diversos artículos de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, hoy derogada por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

Una de las críticas que ha recibido el Real Decreto se refiere a su técnica legislativa, dado que reproduce milimétricamente algunos de los preceptos de la Ley 36/1988. Ahora, esta cuestión puede conllevar consecuencias prácticas, puesto que existe la duda razonable sobre la vigencia de estos preceptos cuando la Ley 36/1988 ha sido expresamente derogada por la Ley 60/2003 y ésta dispone cosa distinta sobre la misma cuestión. Por ejemplo, para regular la prórroga del plazo para dictar laudo, el Real Decreto 636/1993 reproduce en su artículo 14.2 el artículo 30.1 de la Ley 36/1988:

“ Este plazo sólo podrá ser prorrogado por acuerdo expreso de las partes, notificándolo al Colegio Arbitral antes de la expiración del plazo inicial.”

Por el contrario, el artículo 37.2 de la nueva Ley 60/2003 establece:

“ Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada.”

Pese a la evidencia de que el artículo 14.2 del Real Decreto 636/1993 es una reproducción literal de un precepto derogado, en aras de la seguridad jurídica parece conveniente sostener la vigencia de la redacción actual del artículo 14.2, sin perjuicio de que en la futura redacción de un eventual nuevo Reglamento se tome en consideración lo dispuesto por el artículo 37.2 de la Ley 60/2003.

El criterio citado es el que consideramos debe atenderse en caso de reproducciones entre el Real Decreto y la Ley 36/1993, pero esta debe de ser una situación transitoria dada las dudas razonables que pueden surgir en la aplicabilidad de los preceptos afectados.

c.- Existen contradicciones excesivas entre el articulado del Real Decreto y la nueva Ley de Arbitraje, por lo que el juego de la supletoriedad de ésta es complejo, y dado el carácter sucinto del reglamento actual, esta circunstancia resulta muy relevante.

Directamente relacionado con el motivo expuesto en el apartado anterior, es necesario invocar como elemento que apoya la tesis de reforma del Real Decreto 636/1993 la existencia de contradicciones excesivas con el articulado de la Ley 60/2003. Estas contradicciones parecen lógicas, por cuanto el Real Decreto se aprobó teniendo en cuenta la supletoriedad de la Ley 36/1988; respecto de ésta, el Real Decreto guardaba divergencias, pero respecto de la Ley 60/2003 las contradicciones son mayores.

La Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 prevé expresamente esta situación y señala que

“...en lo que respecta a la contraposición entre arbitraje ordinario y arbitrajes especiales, esta ley pretende ser una ley general, aplicable, por tanto, íntegramente a todos los arbitrajes que no tengan una regulación especial; pero también supletoriamente a los arbitrajes que la tengan, salvo en lo que sus especialidades se opongan a lo previsto en esta ley o salvo que alguna norma legal disponga expresamente su inaplicabilidad.”

Según la anterior redacción de la Exposición de Motivos, la contraposición entre el Real Decreto y la Ley 60/2003 no debiera “preocupar”, dado que claramente se establece la primacía de lo dispuesto en el Reglamento del Sistema Arbitral de Consumo; sin embargo, las contraposiciones y, sobre todo, contradicciones, son demasiadas y hacen difícilmente encajable la supletoriedad de la Ley 60/2003 sobre el arbitraje de consumo. El ejemplo más gráfico de esta dificultad lo encontramos en la novedosa regulación que el artículo 39 y concordantes de la Ley 60/2003 efectúa de la denominada “demanda” y la consiguiente contestación: sobre esta nueva figura procesal pivotan varios de los artículos de la Ley 60/2003.

d.- Ante la experiencia adquirida en estos once años desde la entrada en vigor del Real Decreto, parece el momento histórico para proceder a la actualización y mejora del texto.

Sin ánimo exhaustivo, a continuación se relacionan algunas de las reformas, que a nuestro juicio, requiere el vigente Real Decreto:

- Establecimiento de una organización territorial y competencial más operativa e inequívoca que la actual del Sistema Arbitral de Consumo.
- Configuración de un órgano de dirección del Sistema Arbitral de Consumo, que actúe como impulsor y coordinador del mismo.
- Mayor concreción de la definición y composición de las Juntas Arbitrales de Consumo, estableciendo “ratios” de funcionamiento para garantizar la creación de nuevas juntas arbitrales cuando la demanda ciudadana lo requiera.
- Determinación de un plazo para dictar el laudo directamente relacionado con la presentación de la solicitud de arbitraje, o al menos con la formalización del convenio arbitral.
- Nueva regulación de las Ofertas Públicas de Sometimiento, en orden sobre todo a evitar que las limitaciones del ámbito de adhesión lleguen a convertirse, como ocurre en la actualidad en alguna ocasión, en fraude de ley.
- Recoger expresamente y con mayor precisión especialidades del arbitraje de consumo aparecidas en los últimos años, como el arbitraje de consumo turístico “in situ” o el arbitraje virtual de consumo.

CURSO MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

Nuevos retos del arbitraje
de consumo

 **CLAUSURA**

Angel Luis Monge Gil
Director General de Consumo del Gobierno de Aragón

CLAUSURA

Angel Luis Monge Gil

Director General de consumo del Gobierno de Aragón

El habernos congregado durante tres días aquí, en la sede del Gobierno de Aragón, un centenar de personas, responsables de oficinas municipales y comarcales de información al consumidor, árbitros de organizaciones empresariales y de consumidores, funcionarios de varias Administraciones autonómicas y locales, y otros agentes activos de consumo, se ha constituido como un hecho de normalidad, inherente a la política del Departamento de Salud y Consumo del Gobierno de Aragón; y es que estamos convencidos que sin vosotros no podemos avanzar en la protección y defensa real y efectiva de los consumidores aragoneses.

Por cotidiano no debemos desdeñar lo que supone de diferencial, de potenciación de sinergias y de suma de esfuerzos de cada uno de los asistentes y ponentes, a los que os quiero agradecer vuestra presencia e invitar a seguir en esta dirección y participar en los próximos encuentros que se organizan desde el Departamento, y en los que es imprescindible vuestra aportación y colaboración.

En el curso que ahora concluye, hemos tenido la oportunidad de profundizar en determinados aspectos del arbitraje y tutela del consumidor a la luz de la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, de la mano de la profesora de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza, Carmen Samanes Ara, y los presidentes de las Juntas Arbitrales de Consumo de Aragón y de Zaragoza, Abilio Ballester Marquina y Juan Miret Nagore, que han puesto encima de la mesa sus interesantes puntos de vista sobre la acción de anulación y sobre determinadas cuestiones novedosas en el arbitraje de consumo.

La profesora de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza, Rosa Gutiérrez Sanz, y los Magistrados Javier Seoane Prado, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y Angel Dolado Pérez, titular del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zaragoza, han explicado pormenorizadamente los aspectos concernientes a la intervención jurisdiccional en el arbitraje de consumo, despertando el máximo interés por parte de los presentes.

Asimismo, hemos podido compartir las inquietudes y experiencias en materia de fomento del arbitraje de consumo y de las ofertas públicas de sometimiento, contando para ello con presidentes de Juntas Arbitrales, Jesús Checa Bravo, de la Región de Murcia, y Concepción Martín Benítez, de la Junta Provincial de Huelva. Aprovecho para reiterar mi agradecimiento a los compañeros de otras Administraciones, que con su presencia y aportaciones han enriquecido el debate y sus conclusiones.

No menos interesante ha sido conocer aspectos doctrinales como la naturaleza y ámbito del Sistema Arbitral de Consumo y el Arbitraje y Administración, acompañados de Manuel Jesús Marín López, profesor de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha, Jorge Luis Tomillo Urbina, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Cantabria, y Javier Guillén Caramés, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Juan Carlos I.

En interesantísimas intervenciones sectoriales hemos profundizado en las experiencias sobre arbitraje en materia de enseñanza a distancia, transportes, servicios financieros y nuevas tecnologías, con el apoyo de Fernando Zorrilla Ribot, presidente de Colegio Arbitral de la Junta Arbitral de Consumo de Aragón, Jaime Angulo Sáinz de Varanda, presidente de la Junta Arbitral de Transportes del Gobierno de Aragón, Mercedes Zubiri de Salinas, profesora de Derecho Mercantil, y Eugenio Ribón Seisdedos, asesor jurídico de CEACCU.

El secretario de la Junta Arbitral de Consumo de Aragón, Pablo Martínez Royo, ha expuesto y documentado el tema de la consolidación del Sistema Arbitral de Consumo, que junto con la exposición sobre la cooperación de las Oficinas Municipales de Información al Consumidor, por Eduardo Mora Cabo, Secretario de la Junta Arbitral de Consumo de Castilla-La Mancha, la intervención de la Administración General del Estado, por María Dolores Bañares Acedo, Subdirectora General de Normativa y Arbitraje, y la apertura de debate sobre la posible necesidad de elaborar un nuevo reglamento de arbitraje de consumo, a cargo del presidente de la Junta Arbitral de Consumo de la Generalitat Valenciana, Luis Abellán Tolosa, han completado un círculo de elementos para la reflexión, de camino hacia dónde dirigir nuestros esfuerzos desde los poderes públicos y de puesta en valor de la coordinación y mecanismos de cooperación.

Como complemento perfecto a las anteriores exposiciones, Piedad Larrañaga Hernaltes, técnico de consumo del Gobierno Vasco, y Pilar Riera Sorolla, Secretaria de la Junta Arbitral de Consumo del Ayuntamiento de Barcelona, han escogido los puntos y experiencias de su interesante trayectoria en el ámbito de la mediación en los conflic-

tos de consumo como trámite previo al arbitraje y, asimismo, como alternativa en aquellos sectores con menos tradición, en general, a la resolución de sus conflictos a través del arbitraje. Como expuso la Consejera de Salud y Consumo en la inauguración del curso, la resolución de conflictos en base a la intervención mediadora de la Junta Arbitral de Consumo de Aragón se ha visto incrementada de manera relevante, y se ha puesto en valor como una vía satisfactoria para empresarios y consumidores a la hora de dar solución a sus diferencias.



Una vez más, el debate y conclusiones resultantes han sido de altura, se han aportado elementos de reflexión y profundidad, apuntando un camino por el que avanzar, con temas de calado como el de la financiación, siendo como es una competencia estatal, la necesidad de adaptarse a la nueva ley mediante un nuevo reglamento, la búsqueda de modelos bilaterales de entendimiento con las Juntas territoriales a través de la Administración General del Estado o, en su caso, Autonómica, o la necesidad de articular un mecanismo de coordinación o de gobierno en el Sistema.

En definitiva, hemos podido intercambiar experiencias, establecer contactos para nuestra labor cotidiana en defensa de los consumidores, y sobre todo aprender, ya que es nuestra responsabilidad en un campo tan amplio y transversal como el consumo, porque solamente con preparación, esfuerzo y humildad podremos enfrentarnos a los retos de una realidad social que marcha siempre por delante de la normativa, y porque así nos lo demandan los consumidores y en definitiva, la sociedad aragonesa.

Muchas gracias a todos.

