

Arbitraje de Consumo en España. Una Alternativa Extrajudicial

Consume Arbitration in Spain. An Extrajudicial Alternative

David Falcão¹

Rui Luís²

Marta Falcão³

Resumen

En los días de hoy existe una tendencia para ampliar el ámbito de aplicación del arbitraje. En España el sistema arbitral se ha convertido en un instituto clave para la resolución de litigios que respeten al Derecho de los Consumidores y, son muchos los agentes económicos, financieros y las personas que adhieren a este medio.

El factor tiempo es esencial en el desarrollo del tráfico jurídico y el arbitraje presenta la posibilidad de una resolución rápida, menos dispendiosa y definitiva. Con la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, puede garantizarse una razonable celeridad en la resolución de los litigios ofreciéndose un sistema justo y eficiente en el que el árbitro debe de ser un perito en la materia objeto de conflicto. España es un país de referencia en la resolución de conflictos a través de la decisión arbitral.

Palabras clave: Arbitraje de Consumo, Consumidor, Tribunales Arbitrales.

¹ Doctor en Derechos Humanos. Profesor Universitario - Universidad de Lisboa y en el Instituto Politécnico de Castelo Branco. (david@ipcb.pt ; davidgf@iseg.ulisboa.pt).

² Doctor en Derecho Privado Patrimonial por la Universidad de Salamanca. Profesor en el Instituto Politécnico de Castelo Branco. (rui.luis@ipcb.pt).

³ Doctora en Derecho Privado por la Universidad de Salamanca. Profesora Universitaria en la Universidad de Beira Interior y en el Instituto Politécnico de Castelo Branco. (marta@ipcb.pt).

Abstract

Nowadays there is a tendency to expand the scope of arbitration. In Spain the arbitration system has become a key for the resolution of disputes in what concerns to the Consumers Law and many traders, financiers and people in general adhered to this solution.

The time factor is crucial in the development of legal transactions and arbitration presents the possibility of a less wasteful and ultimately speedy resolution. With Law 60/2003 of December 23, it can be ensured a reasonable speed in the resolution of disputes by offering a fair and efficient system in which the referee should be an expert in the subject matter in conflict. Spain is a country of reference in the resolution of disputes through the arbitration decision.

Key Words: Consume arbitration, Consumer, Court of Arbitration.

Sumario

I – Introducción; II - Garantías constitucionales del procedimiento arbitral; III - Reforma del Sistema Arbitral de Consumo; IV - Mediación de Consumo; V - Convenio Arbitral y ofertas Públicas de Adhesión; VI – Conclusión; VII – Bibliografía.

I - Introducción

Se comprende por arbitraje de consumo aquel en que el consumidor o usuario y el profesional o empresario que le presta bienes o servicios convienen de manera inequívoca someter a la decisión de un colegio arbitral una determinada controversia presente o futura. Con reglas previamente acordadas y en que se comprometen acatar la resolución arbitral. Las cuestiones litigiosas pueden derivar de las quejas o reclamaciones de los bienes o servicios ofertados en el mercado. El sistema arbitral de consumo tiene como fundamento los arts. 51⁴ y 53.3⁵ de la Constitución Española.⁶

Arbitraje de consumo es un arbitraje de equidad. Las partes pueden elegir la forma de resolver su controversia, y existen dos tipos de arbitraje, de derecho o de equidad. El árbitro está sujeto al tipo de arbitraje elegido y no lo puede contrariar, pues sus funciones quedan constitucionalmente limitadas a la modalidad elegida. En el arbitraje de derecho los árbitros han de resolver el conflicto amparándose en las reglas de derecho. En el arbitraje por equidad los árbitros resuelven el de acuerdo con su real saber y entender. En la arbitraje de consumo y haciendo uso de la facultad concedida por la disposición adicional única de la LA (Ley 60/2003,

⁴ Art. 51 CE: “1- 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.

2- Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.

3 - En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.”

⁵ Art. 53.3 CE: “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.”

⁶ Estos artículos fueron inicialmente materializados en la LGDCU (Ley 26/1984, 19 de Julio, General para la defensa de los Consumidores y Usuarios), en su artículo 31 que establece las bases y características del sistema arbitral de consumo. Actualmente encontrase en los arts. 57 y 58 de lo TR (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias).

de 23 de diciembre, de Arbitraje), se estableció la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho. Así, el arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho, el laudo deberá ser motivado en todo caso.

El arbitraje de consumo es caracterizado por su carácter antiformalista y esencialmente gratuito. Debe construirse sin formalidades especiales, debiendo ser ágil, sencillo y accesible a todos, si bien ha de constar expresamente por escrito. La voluntariedad es otra de sus características. En que las partes son libres y someten siempre voluntariamente una controversia al arbitraje. Este mecanismo tiene un carácter institucional. El laudo es ejecutivo y produce efectos de cosa juzgada, siendo vinculante para ambas partes. La principal característica del arbitraje de consumo es su carácter unidireccional. Establecido para salvaguardar los derechos de los usuarios y consumidores, no pudiendo ser solicitado por profesionales o empresarios.

II - Garantías constitucionales del procedimiento arbitral

El art. 24 CE consagra el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses y prohíbe la indefensión. Se trata de un derecho característico de un estado democrático. Que en la esfera internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH) en su art. 10 y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PDCP) en su art. 14 expresamente reconocen la universalidad de este derecho. La tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos es aplicable en cualquier ámbito, incluido en el arbitraje. En ningún caso podrá un procedimiento arbitral denegar a las partes este derecho, debiendo los árbitros resolver todos los asuntos que se les sometan. Con un deber de otorgar a ambas las partes igualdad de oportunidades para hacer valer sus pretensiones.⁷

El derecho a la tutela jurisdiccional es vinculante para el conjunto de los ciudadanos. Se trata de una vinculación que afecta el poder ejecutivo, legislativo, judicial y todos los ciudadanos, incluyendo los árbitros, conforme el art. 9.1 CE. El art. 7.1 LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial) establece que los derechos y libertades fundamentales “vinculan en su

⁷ Según Bernardo Cremades: “se trata de un derecho que nuestra constitución reconoce a todas las personas, físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas”. Cremades, Bernardo, “El arbitraje en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Lima Arbitration*, n.º1, 2006, p.185.

integridad a todos los jueces y tribunales". Así, como el TC comprende el arbitraje como equivalente de la función jurisdicción ejercida por Jueces y Tribunales, los árbitros son obligados a garantizar los derechos fundamentales. Tienen de conceder el derecho al proceso debido, que forman parte del orden público español. La posibilidad de anulación del laudo ante el juez competente.⁸

La Exposición de Motivos de la LA expresamente se refiere al derecho de defensa de las partes y al principio de igualdad como "valores fundamentales del arbitraje como proceso que es". Así, son aplicables al arbitraje unas normas procesales de carácter imperativo, encaminadas a salvaguardar los principios de audiencia, contradicción e igualdad.⁹

El principio de contradicción exige la audiencia de la parte frente a quien se dirige la demanda arbitral.¹⁰ El procedimiento arbitral tiene de conceder a las partes¹¹ la oportunidad de hacer valer los medios de defensa que estime oportunos.¹² Una indefensión contraria al derecho, salvo que la indefensión esté motivada por el propio desinterés, pasividad, malicia o falta de diligencia procesal del interesado.¹³ Así, si una de las partes no comparece a una audiencia debidamente notificada, o no presenta pruebas o alegaciones, los árbitros continúan con el procedimiento arbitral y dictan un laudo.¹⁴

⁸ La posibilidad de amparo al Tribunal Constitucional de los derechos, libertades y garantías, *cfr.* el art. 53.2 CE.

⁹ El art. 24.1 LA evidencia tres derechos fundamentales imperativos: igualdad, audiencia y contradicción. Este artículo establece que "deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos". Conforme el sentido del art. 18 de la CNUDMI/UNCITRAL.

En que según Bernardo Cremades: "no cabe su transgresión por voluntad de las partes o por el árbitro". CREMADES, Bernardo, *"El arbitraje en la doctrina del Tribunal Constitucional"*, *Lima Arbitration*, n.º1, 2006, p. 185.

¹⁰ Según José Garberí Llobregat, "la ley de arbitraje configura el principio de audiencia como un derecho y no como una obligación". Garberí Llobregat, José, *Comentarios a la Ley 60/2003 de 23 de Diciembre, de Arbitraje*, Bosch, 2004, p. 587.

¹¹ La exposición de Motivos de la LA expresa que "el procedimiento arbitral se estructura sobre la base de una dualidad de posiciones entre demandante y demandado".

¹² Según Bernardo Cremades: "la omisión o defectuosa realización de los actos de comunicación procesal constituye, en principio una indefensión". Cremades, Bernardo, *"El arbitraje en la doctrina del Tribunal Constitucional"*, *Lima Arbitration*, n.º1, 2006, p. 185.

¹³ Así, el art. 30.2 LA dispone que "las partes serán citadas a todas las audiencias con suficiente antelación y podrán intervenir en ellas directamente o por medio de sus representantes". También el art. 30.3 LA añade que deberá darse traslado a la otra parte "de todas las alegaciones escritas, documentos y demás instrumentos que una parte aporte" debiendo ponerse "a disposición de las partes los documentos, dictámenes periciales y otros instrumentos probatorios en que los árbitros pueden fundar su decisión".

¹⁴ Pero solo "si consideran que disponen de pruebas suficientes para adoptar una decisión", conforme el art. 31 LA.

Por lo que el laudo será fruto de la intervención en el arbitraje de tesis contrapuestas. El principio de contradicción es el derecho de cada parte conocer los actos de alegación y de prueba formulados por la parte contraria. Con el fin de poder desarrollar una actuación tendente a lograr una decisión del árbitro distinta a la pretendida por la otra parte. Conducente a obtener una decisión favorable a sus derechos e intereses opuestos a los de la parte contraria. El principio de contradicción exige la audiencia de la persona frente a quien dicha pretensión se dirige.¹⁵

El principio de igualdad excluye que una parte sea tratada de manera preferente frente a la otra. Deben contar ambas partes con igualdad de oportunidades de alegación, prueba e impugnación. Igualdad en el procedimiento significa igualdad de armas para hacer valer sus pretensiones.¹⁶

Los principios de igualdad, audiencia y contradicción garantizan a las partes la posibilidad de hacer valer sus pretensiones, formulando alegaciones y presentados todas las pruebas necesarias para defender su posición en el arbitraje. En un procedimiento que otorgue igualdad de armas a cada parte. El derecho a la tutela judicial efectiva se concretiza mediante la obligación de salvaguardar estos principios fundamentales. La LA se configura precisamente como una garantía procesal, estableciendo un procedimiento a seguir en la sustanciación del arbitraje. Que otorga a las partes la posibilidad de plantear la denominada acción de anulación del laudo.¹⁷

III - Reforma del Sistema Arbitral de Consumo

Actualmente en España el arbitraje de consumo es una pieza clave en la defensa del consumidor. Su regulación es derivada del Real Decreto 636/1993, de 17 de Diciembre (RD 636/1993). Que posibilitó evidenciar los defectos e insuficiencias del Sistema Arbitral de Consumo (SAC).¹⁸ Las JAC (Juntas Arbitrales de Consumo) y los colegios arbitrales necesitaban

¹⁵ Tiene de conceder los medios de defensa necesarios para que la parte pueda hacer valer sus pretensiones este principio tiene su fundamento en el art. 24 CE. Que establece la necesidad de que el proceso se lleve a cabo respetando todas las garantías y que nadie puede ser condenado sin ser oído.

¹⁶ Este principio encuentra también su fundamento en el art. 24 CE.

¹⁷ *Cfr.* el art. 40 y ss. LA: “Contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título”.

¹⁸ Según Jesús Marín López: “los operadores jurídicos han constatado que el RD 636/1993, muy útil en la fecha de su promulgación, precisa de una profunda reforma”. Jesús Marín López, Manuel, “La nueva

una normativa más actual.¹⁹ La aplicación supletoria de la LA al arbitraje de consumo no se mostraba totalmente compatible y “en muchos ámbitos le aplicación supletoria de esta ley no resulta nada fácil”²⁰. Este efecto perturbador se debe a que la LA es totalmente influenciada por la CNUDMI/UNCITRAL. Las reglas y principios que inspiran el arbitraje comercial internacional son poco adecuadas para un arbitraje especial de consumo, fundado en los principios de gratuidad y accesibilidad. En efecto, el RD 636/1993 fue revocado por el Real Decreto 231/2008, 15 de Febrero (RD 231/2008), pero mantiene las características principales de su anterior. Así, la gestión y control por Administraciones Públicas competentes en materia de consumo y gratuidad para las partes continúan presentes en la nueva ley.²¹ Se perfeccionó el SAC. Las novedades más significativas fueran los artículos. 51 a 55 que introduce y regula el arbitraje de consumo electrónico y los artículos. 56 a 62 que introduce y regula el arbitraje de consumo colectivo. El arbitraje de consumo electrónico es aquel que se sustancia íntegramente, desde la solicitud del arbitraje hasta la terminación del procedimiento, incluidas las notificaciones, por medios electrónicos. Sin perjuicio de que cualquier actuación arbitral deba practicarse por medios tradicionales. Se instó a las Administraciones Públicas competentes a fomentar este tipo de arbitraje, por las facilidades y agilidad del mismo. El arbitraje de consumo colectivo se mostró de mucha utilidad. Consiste en reducir a un único procedimiento arbitral los diversos conflictos. Que en base al mismo presupuesto fáctico, hayan podido lesionar los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, afectando a una pluralidad determinada o determinable de éstos.

Con el nuevo SAC se crearan instituciones fundamentales para un mejor funcionamiento del arbitraje de consumo. Se creó la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo (CJAC) y el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo (CGSAC). La CJAC es un órgano colegiado, adscrito al Instituto Nacional de Consumo (INC) a través de la Junta Arbitral Nacional, con competencia para el establecimiento de criterios homogéneos en el Sistema Arbitral de consumo. Es también el órgano competente para decidir de la admisión o

regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008, de 15 de Febrero”, *LA LEY*, n.º 6906, 2008, pp. 1 y ss.

¹⁹ Y según el mismo autor: “transcurso de los años y la aplicación por las Juntas Arbitrales y los colegios arbitrales del RD 636/1993 ha puesto de manifiesto que la normativa previa ha quedado desfasada o precisaba ser mejorada o completada”. Jesús Marín López, Manuel, “La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008, de 15 de Febrero”, *LA LEY*, n.º 6906, 2008, pp. 1 y ss.

²⁰ *Cfr.* Jesús Marín López, Manuel, “La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008, de 15 de Febrero”, *LA LEY*, n.º 6906, 2008, pp. 1 y ss.

²¹ Como indica su Exposición de Motivos, “se mantienen las características esenciales del arbitraje de consumo (arbitraje voluntario, gratuito, rápido, sin formalidades excesivas, unidireccional, y de equidad, salvo que se pacte el arbitraje de derecho)”.

inadmisión de la solicitud de arbitraje. Emite el informe en la admisión de ofertas públicas de adhesión limitada al SAC, así como el procedimiento de retirada de la acreditación como árbitro del SAC. Es integrada por un presidente el mismo de la Junta Arbitral Nacional y dos vocales designados por el CGSAC. Estará asistido por dos árbitros también designados por el CGSAC. El CGSAC es el órgano colegiado adscrito oficialmente al INC, de representación y participación en material de arbitraje de consumo. Son suyas funciones: el seguimiento, apoyo y las propuestas de mejora del Sistema; la aprobación de los programas comunes de formación de los árbitros y la fijación de los criterios para su acreditación; la elaboración de directrices generales sobre la admisión de las ofertas públicas de adhesión limitada al sistema; y el establecimiento de criterios sobre la creación de órganos arbitrales sectoriales y especializados. Es constituido por: un presidente que es el mismo del INC; un vicepresidente que es el director del INC; y un amplio número de consejeros, tanto natos como no natos.

El SAC se organiza a través de las Juntas Arbitrales de Consumo (JAC), así como a través de la CJAC y del CGSAC. Son JAC, la Junta Arbitral Nacional, adscrita al INC, como las Juntas Arbitrales Territoriales (JAT). Las JAT son constituidas mediante convenio de colaboración entre las Administraciones Públicas y el INC. Su actividad es de carácter administrativo. Son constituidas por un presidente y un secretario. Sus funciones comprenden resolver sobre las ofertas públicas de adhesión y conceder o retirar el distintivo de adhesión al SAC. Dicho distintivo configura como un elemento adicional de calidad que empresas y profesionales ofrecen a los consumidores y usuarios.²² También es su competencia asegurar el recurso a la mediación previa al conocimiento de conflictos por los órganos arbitrales. Como impulsar y gestionar los procedimientos arbitrales de consumo y gestionar un registro de laudos emitidos. Tiene de poner a disposición de los consumidores y usuarios y de las empresas o profesionales formularios de: solicitud del arbitraje; contestación; aceptación, y de ofertas públicas de adhesión al SAC. Será competente la JAC para conocer las solicitudes individuales del arbitraje, la que por común acuerdo, ambas las partes sometan a la resolución de conflicto. Sin embargo, en caso de no acuerdo, será competente la JAT (Juntas Arbitrales Territoriales) en la que tenga su domicilio el consumidor.

Con la entrada en vigor del RD 231/2008, la acreditación para actuar como árbitros en los procedimientos arbitrales corresponde al presidente de de cada JAC, a propuesta de la

²² Distintivo de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rd231-2008.html (Anexo I) (último acceso en 13 de mayo de 2015).

Administración, entre personal a su servicio, de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios y de las organizaciones empresariales o profesionales. En todo caso, los árbitros acreditados a propuesta de la Administración deberán ser licenciados en derecho. La designación de los árbitros que deban conocer de cada procedimiento arbitral corresponde al presidente de la JAC. Siempre que los arbitrajes deban decidirse en derecho, los árbitros deberán ser licenciados en derecho.

Concluyendo, con la nueva regulación del SAC pueden ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen en materia de libre disposición de las partes, como referenciado anteriormente en el ámbito de aplicación del arbitraje. En cualquier momento las partes podrán ampliar o modificar la solicitud de arbitraje y la contestación, pudiendo plantearse reconvencción frente a la parte reclamante, siempre que exista conexión entre unas y otras pretensiones. Los órganos arbitrales pueden ser tanto unipersonales como colegiados. Conocerá de los asuntos un árbitro único cuando las partes así lo acuerden o lo acuerde el presidente de la JAC. Aunque solo en casos que la cuantía de la controversia sea inferior a 300 € y que la falta de complejidad del asunto así lo aconseje. El árbitro único será designado entre los árbitros acreditados propuestos por la Administración, salvo que las partes, de común acuerdo, soliciten por razones de especialidad, que dicha designación recaiga en otro árbitro acreditado. En los demás supuestos conocerá de los asuntos un colegio arbitral integrado por tres árbitros acreditados, elegidos entre los propuestos por la Administración, las asociaciones de consumidores y las organizaciones empresariales o profesionales. Aunque se desarrollara sobre él presidió de la Administración. El arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho. Sin embargo el laudo deberá ser motivado en todo caso. El convenio arbitral deberá constar por escrito, que permita tener constancia del acuerdo. Cuando exista oferta pública de adhesión al SAC, el convenio arbitral estará válidamente formalizado con la mera presentación de la solicitud. Pero solo en los casos que coincida con el ámbito de la oferta de la adhesión.²³ Se introducen las modificaciones necesarias para incrementar la seguridad jurídica de las partes y dar homogeneidad al sistema. Para crear una base de confianza en las empresas y consumidores.²⁴

²³ Según Bercovitz Rodríguez-Cano: “a partir de estos momentos los consumidores y usuarios disponen de una norma mucho más perfecta para su protección en los conflictos que deriven de sus relaciones con empresarios o profesionales”. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, “Arbitraje de Consumo”, *Aranzadi Civil*, n.º3 2007, p. 2571.

²⁴ Jesús Marín López caracteriza la reforma como: “un instrumento normativo destinado a fortalecer y consolidar el arbitraje de consumo en nuestro país, que pretende también garantizar su rapidez, eficacia

IV - Mediación de Consumo

Cuando comenzó la reforma del SAC, uno de los objetivos que se perseguía era regular la mediación de consumo. La mediación constituye una forma de solución de conflictos. Son las propias partes las que consiguen poner fin a los mismos mediante un acuerdo adoptado tras una negociación en la que un tercero intenta aproximar las posiciones o incluso proponer el acuerdo. El tercero ayuda las partes a conseguir un acuerdo común. Sin que en ningún caso la solución al conflicto sea decidida ni impuesta a las partes por el mediador. El tercero es un mediador, neutral e imparcial, que ayuda y guía a las partes en una situación conflictiva para que alcancen un acuerdo que sea mutuamente aceptable.²⁵

Se considera a la sociedad de consumo de masas como el estado más avanzado de las economías de mercado, por generar una producción suficiente para satisfacer ampliamente las necesidades. En este contexto, el consumidor se convierte en el centro donde convergen diferentes acciones del lado de la oferta: profusión y complejidad de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado; masificación y rapidez del tráfico comercial; contratos de adhesión y clausulados generales; y desarrollo del marketing y la publicidad. Provocando así en el mercado calidades no esmeradas y precios abusivos así como otras lamentables secuelas llegando incluso a poner en peligro la seguridad de los ciudadanos. Es decir, que las condiciones teóricas del mercado perfecto: competencia leal; libre concurrencia de ofertantes y demandantes; y conocimiento transparente de precios, tipos y calidades de productos. No existen en la realidad económica y convierten al consumidor en sujeto pasivo, plural y anónimo limitado en su soberanía, lo que conlleva un importante desequilibrio frente al productor tanto a nivel económico como de acceso a asesoría jurídica eficiente. Este desequilibrio del consumidor, titular de un interés difuso que es diferente del general sólo por estar ante un contrapoder fuerte como la empresa, hace que necesite protección, no sólo a través de legislaciones que exijan responsabilidades sino con un más fácil y efectivo acceso a la justicia mediante procedimientos eficaces como proclama el art.

y antiformalismo". Jesús Marín López, Manuel, "La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008, de 15 de Febrero", *LA LEY*, n.º 6906, 2008, pp. 1 y ss.

²⁵ Según Jesús Marín López: "la práctica de las Juntas Arbitrales demuestra que son muchos las reclamaciones de los consumidores que se resuelven a través de la mediación". Jesús Marín López, Manuel, "La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008, de 15 de Febrero", *LA LEY*, n.º 6906, 2008, pp. 1 y ss.

51 de la CE, pero el aparato judicial por su formalismo, coste y distancia no puede hacer frente eficazmente al aumento, evolución y complejidad de las relaciones sociales.

A diferencia de lo que sucede en el arbitraje, la mediación de consumo carece de una regulación sistemática en el ordenamiento jurídico Español. La mediación de consumo no está contemplada en lo TR. Y en el RD 636/1993 sólo existe una mención, pues entre las funciones de las Juntas Arbitrales de Consumo se encuentran las actuaciones de mediación. Que son a respecto de las controversias derivadas de las quejas o reclamaciones de consumidores y usuarios.²⁶ El RD 231/2008 dedica a la mediación el art. 38, aunque también se alude a la misma en otros preceptos. En cuanto a la normativa aplicable dispone que “la mediación se regirá por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación”.²⁷ La Exposición de Motivos señala que el RD 231/2008 se abstiene de regular la mediación “por congruencias con las competencias autonómicas sobre la materia”. En efecto, las Comunidades Autónomas tienen competencia plena para regular la mediación de consumo y atribuir la función de mediador a algún organismo administrativo.

El RD 231/2008 establece que una de las funciones de la Junta Arbitral es “asegurar el recurso a la mediación previa al conocimiento del conflicto por los órganos arbitrales”.²⁸ También indica cuál es el fin de la mediación: “que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto”.²⁹ En todo caso se intentará mediar salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto. Así, el empresario que realice una oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo podrá en la misma rechazar la posibilidad de mediación previa. Pero en caso de silencio, conforme el art 25.1, se entiende que la acepta. El mediador debe actuar con independencia, imparcialidad y confidencialidad, en los mismos términos que los árbitros en conformidad con los arts. 38.3 y 41.2. Los mediadores no podrán actuar como árbitros cuando hayan intervenido como mediador en el mismo asunto o en cualquier otro que tuviera relación estrecha con aquel.³⁰

La mediación concibe una fase previa al procedimiento arbitral, salvo voluntad diferente de las partes. El RD 231/2008 exige que en la resolución que acuerde el inicio del procedimiento arbitral conste expresamente “la invitación a las partes para alcanzar un acuerdo a través de la mediación”. El plazo de seis meses contados desde el inicio del

²⁶ Cfr. su art. 4 alínea b) RD 636/1993.

²⁷ Cfr. su art. 38.2 RD 231/2008.

²⁸ Cfr. su art. 6 alínea f) RD 231/2008.

²⁹ Cfr. el art. 38.1 RD 231/2008.

³⁰ Cfr. el art. 22.1 RD 231/2008.

procedimiento arbitral se suspende si se intenta mediación previa. Aunque la suspensión será por un período no superior a un mes desde el acuerdo de inicio del procedimiento arbitral.

V - Convenio Arbitral y ofertas Públicas de Adhesión

El art. 24.1 del RD 231/2008, inspirado en el art. 9.1 LA, define lo que es un convenio arbitral.³¹ Regula la oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo (OPA) y la solicitud de arbitraje por el consumidor seguida de aceptación del empresario, cuando no hay OPA.³² Las OPA es, según el art. 25.1, una “oferta unilateral de adhesión al sistema arbitral de consumo” que hace el empresario o profesional. Con efecto, la mera presentación de la solicitud de arbitraje por el consumidor ante la Junta Arbitral provoca la válida formalización del convenio arbitral. Sin embargo, solo cuando la solicitud “coincida con el ámbito de la oferta”.³³ En la OPA el empresario podrá expresar si opta por el arbitraje de derecho o de equidad. Podrá señalar el plazo de validez de la OPA y si acepta mediación previa. Sin embargo, se en la OPA no se hace menciones a estos supuestos, habrá que entender según el art. 25.1, que la oferta se realiza para un arbitraje de equidad, por tiempo indefinido y con aceptación de la mediación previa. Además, el empresario podrá establecer en la OPA la extensión y límites de la misma. Se establece que “la oferta pública de adhesión será única y se entenderá realizada a todo SAC”.³⁴ Así, el empresario que hace una oferta pública, se adhiere a todo el sistema. Sin embargo, estar adherido a todo el sistema significa a todas las Juntas Arbitrales. Los criterios de competencia territorial para la Junta competente para conocer del conflicto son los establecidos en el art. 8.

El empresario que desee hacer una OPA deberá presentarla ante una Junta Arbitral. El Presidente deberá resolver, motivadamente, sobre su aceptación o rechazo.³⁵ La Junta Arbitral

³¹ Art. 24.1 del RD 231/2008: “1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente de las partes, deberá expresar la voluntad de las partes de resolver a través del Sistema Arbitral de Consumo las controversias que puedan surgir o hayan surgido en una relación jurídica de consumo.

El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en intercambio de cartas, telegramas, telex, fax u otros medios de comunicación electrónica que permitan tener constancia del acuerdo, considerándose cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo...”

³² Cfr. sus arts. 24.4 y 37.3 RD 231/2008.

³³ Cfr. el art. 24.2 RD 231/2008.

³⁴ Cfr. el art. 25.2 RD 231/2008.

³⁵ Cfr. el art. 28.1 del RD 231/2008.

para resolver sobre la OPA se establece conforme el art.27 de mismo Real Decreto.³⁶ Las OPA de sometimiento limitado pedían plantear confusión o importantes problemas. Cuando un empresario hacia su adhesión las JAC otorgan al empresario un distintivo oficial. El empresario podría exhibir el distintivo en sus establecimientos.³⁷ Este distintivo oficial informaba al consumidor de que ese establecimiento comercial está adherido al SAC. Aumentaba la confianza del consumidor en ese establecimiento. Sin embargo, el RD 636/1993 establecía un único distintivo oficial, que se otorgará a todas las empresas adheridas. Incluso las que habían hecho OPA de sometimiento limitado.³⁸ Comprende el autor que esta situación “constituí un acto de competencia desleal legadamente admitida”³⁹. Esta situación podía provocar engaños y confusión al consumidor. Por esa razón era necesaria una reforma legal. El RD 231/2008 responde perfectamente a este defecto del RD 636/1993. Se hace una distinción entre OPA normal u limitada y una limitada. Cada una de ellas tiene su propio régimen de autorización. Aunque la norma no defina que una OPA limitada. Se enumeran varios casos de OPA que contienen limitaciones y que, sin embargo, no deben calificarse como OPA limitadas. Son aquellas que: tengan carácter temporal, siempre que la adhesión se realice por un periodo no inferior a un año; aquellas que limiten la adhesión a las JAC correspondientes al territorio en el que la empresa o profesional desarrolla principalmente su actividad; y aquellas que condicionan el conocimiento del conflicto, el conocimiento del conflictos a través del arbitraje de consumo a la previa presentación de la reclamación ante los mecanismos de solución de conflictos habilitados por la empresa o profesional, siempre que el recurso a tales mecanismos sea gratuito y se preste información sobre su existencia y modo de acceder a ellos en la información precontractual y en el contrato.⁴⁰ Sin embargo, hay que entender que tampoco es una OPA limitada aquellas en la que el empresario propone que el arbitraje se resuelva en derecho o rechaza la mediación previa.

³⁶ Según Jesús Marín López: “se permite a los empresarios realizar ofertas de sometimiento limitadas, pudiendo tratarse de limitaciones, territoriales, cualitativas, cualitativas o de cualquier otro tipo”. Jesús Marín López, Manuel, “La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008, de 15 de Febrero”, *LA LEY*, n.º 6906, 2008, pp. 1 y ss.

³⁷ Cfr. el art.7.1 RD 636/1993.

³⁸ Según Jesús Marín López: “no tiene sentido que en el mercado operen empresas que han realizado ofertas públicas de sometimiento con límites y sin límites, y que las dos utilicen el mismo distintivo oficial”. Jesús Marín López, Manuel, “La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008, de 15 de Febrero”, *LA LEY*, n.º 6906, 2008, pp. 1 y ss.

³⁹ Cfr. Jesús Marín López, Manuel, “La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008, de 15 de Febrero”, *LA LEY*, n.º 6906, 2008, pp. 1 y ss.

⁴⁰ Cfr. el art. 25.3 del RD 231/2008.

El art. 26 del RD 231/2008 reduce⁴¹ el ámbito de oferta de las OPA limitadas.⁴² La aceptación de las OPA limitadas corresponde a la JAC competente para conocer de cualquier OPA.⁴³ Se exige un previo informe preceptivo de la CJAC. El informe negativo a la admisión de la OPA limitada vincula a la JAC.⁴⁴ Para emitir este informe, la comisión tendrá en cuenta las directrices fijadas por el CGSAC⁴⁵ y las razones alegadas por la JAC competente para resolver.⁴⁶ El presidente de la JAC dictará resolución sobre su aceptación o rechazo, que deberá ser notificada a la comisión de las JAC.⁴⁷

El distintivo de adhesión al SAC tiene dos modelos⁴⁸. Uno para las empresas que se adhieran sin limitaciones y otros para las empresas de OPA limitadas. Son idénticos en forma y tamaño. Pero los que corresponde al OPA limitada menciona explícitamente y de manera clara que se trata de una oferta limitada. Sin embargo, se prevé incluso que el Presidente de la JAC puede aceptar la OPA limitada, pero negando el derecho a utilizar el distintivo oficial. Siempre atendiendo al contenido de la limitación.⁴⁹ El distintivo de adhesión podrá figurar en castellano o en las demás lenguas cooficiales del Estado en las respectivas Comunidades Autónomas donde se utilicen. Y las empresas podrán utilizarlo en sus comunicaciones comerciales. Aunque en caso de OPA limitada deberán poner a disposición del consumidor el modo de acceder a la información sobre el ámbito de la oferta de adhesión realizada.⁵⁰

El empresario tiene la posibilidad de denunciar la OPA.⁵¹ Una vez realizada la denuncia, pierde el derecho a usar el distintivo oficial. Pero si lo sigue utilizando, se entenderá que la OPA sigue produciendo efectos. Así, la presentación de la solicitud de arbitraje por el

⁴¹ Establece que “podrán admitirse ofertas públicas de adhesión limitadas al Sistema Arbitral de Consumo, en particular, en sectores que presenten un importante número de consultas y reclamaciones o en los que no exista una suficiente implantación del sistema”.

⁴² Pero según Jesús Marín López: “de la expresión en particular se deduce que no se trata de las dos únicas hipótesis en las que pueden aceptarse OPA limitadas, y que, en definitiva, se concede una gran libertad a las JAC para decidir sobre su admisión”. Jesús Marín López, Manuel, “La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008, de 15 de Febrero”, *LA LEY*, n.º 6906, 2008, pp. 1 y ss.

⁴³ Cfr. el art. 27 del RD 231/2008.

⁴⁴ Cfr. el art. 26 RD 231/2008.

⁴⁵ Según el art. 15 alinea d) RD 231/2008.

⁴⁶ Cfr. el art. 11.3 RD 231/2008.

⁴⁷ Cfr. el art. 27.3 RD 231/2008.

⁴⁸ Distintivo de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rd231-2008.html (Anexo I y II) (último acceso en 13 de mayo de 2015).

⁴⁹ Cfr. el art. 28.2 del RD 231/2008.

⁵⁰ Cfr. el art. 28.4 del RD 231/2008.

⁵¹ Según el art. 29 del RD 231/2008.

consumidor formalizará el convenio arbitral.⁵² El mismo se aplicará cuando la pérdida del derecho a usar el distintivo se produzca por otra razón que no denuncia. El art. 30 enumera los motivos en los que el empresario perderá el derecho a usar el distintivo.⁵³

VI - Conclusión

En la economía globalizada, cada vez son más frecuentes las relaciones jurídico-comerciales entre personas o empresas de distintas partes y los conflictos que de ellas se derivan encuentran muchas veces una solución recurriendo al arbitraje. A la aversión de los litigantes a las jurisdicciones nacionales, y no sólo a la del fuero de la contraparte, se suma, en general, la aversión a la solución judicial del conflicto.

La inseguridad acerca de la determinación de la persona del juez que habrá de juzgar el litigio, cuya designación escapa a la voluntad de las partes; la desconfianza en sus cualidades profesionales para dirimir el conflicto; la incertidumbre acerca de la duración del procedimiento, expuesta a retrasos en la tramitación y a obstáculos dilatorios, a incidencias, a recursos, a formalismos entorpecedores en las hábiles manos de los interesados en la resolución tardía; así como la imposibilidad del cálculo de los costes, son algunos de los principales inconvenientes de la jurisdicción, que inclinan a las partes por recurrir al arbitraje.

En muchos casos en el tráfico económico actual, los contratantes no se pueden conceder el lujo de esperar años por una decisión judicial. El principio de celeridad defiende que todos los participantes en los procedimientos judiciales deben ajustar sus actuaciones para que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello revele a las autoridades del respeto al debido procedimiento o implique una vulneración del ordenamiento. Además, en ciertos procesos judiciales, una decisión que no sea tomada en tiempo razonable, acaba por no traducirse en justicia, resultando solamente en perjuicios y preocupaciones.

Con el arbitraje las partes buscan que el litigio sea dirimido por “el arte” del tráfico económico, de acuerdo con las especialidades del sector económico del que dimana la

⁵² Cfr. el art. 24.3 y 29.1 RD 231/2008.

⁵³ El art. 32 del RD 231/2008 instauro mecanismos para fomentar la adhesión de empresas al sistema arbitral de consumo. En cuanto a los efectos del convenio arbitral, se aplica supletoriamente las LA, principalmente su art. 11.

diferencia, e incluso la lengua o lenguas en que se expresa.⁵⁴ Otros factores que se valoran son los relativos al ahorro de tiempo y la simplicidad, ahorro de trámites, formalismos dispensables y recovecos procesales. El arbitraje presenta la ventaja de la fluidez de un procedimiento conocido o determinado por la voluntad de las partes, con un mínimo imperativo que contrasta con el rígido carácter de orden público del Derecho procesal.

El sistema de arbitraje moderno potencia el tráfico tanto nacional como internacional. Junto a las ventajas del arbitraje, se valora la neutralidad del árbitro. En el caso del arbitraje internacional, también destaca la elección del Derecho aplicable y la adecuación del procedimiento a la dimensión espacial del conflicto. Los defectos de la jurisdicción ordinaria, su inadecuación a las características del litigio comercial, en su caso internacional, podrían inclinar la opción primaria favorable al procedimiento arbitral. Pero es necesario, además, que la regulación legal del arbitraje en un concreto ordenamiento jurídico ofrezca ventajas específicas, de acuerdo con las especialidades comerciales e internacionales, y todas estas ventajas son las que el arbitraje ofrece. El arbitraje comercial internacional es, por todas las razones mencionadas anteriormente, el instrumento predilecto de solución de conflictos, con un objetivo claro de homogeneidad de las regulaciones jurídicas, rechazando las tradiciones y las peculiaridades nacionales.

El convenio arbitral forma parte de la relación contractual de las partes, proporcionando estabilidad y garantizando un método especializado y rápido de resolución de aquellas controversias que pudiesen surgir en relación con el contrato. El arbitraje se configura como un mecanismo de resolución de conflictos con numerosas ventajas, y con una resolución en una única instancia. Su principal inconveniente reside en la falta de “ius imperium” del árbitro, aunque en realidad la ejecución de todas sus decisiones se puedan llevar a cabo a través de los Juzgados, por los mismos trámites que las resoluciones judiciales. Además la incorporación de la potestad del árbitro de acordar medidas cautelares, aunque carezca de “ius imperium” para poder imponerlas de forma coactiva, le confiere una mayor capacidad resolutive durante el procedimiento, y no sólo al final del mismo, lo que junto a su auctoritas facilita que el árbitro tenga una potestad reforzada para la dirección del procedimiento, cuando ello sea preciso.

⁵⁴ Esta característica del arbitraje conlleva a comprensiones muy radicales, como el caso de Olivencia Ruiz, que adopta una posición ostentada y defiende que las partes: “prefieren un experto, elegido en función de sus conocimientos, a un juez, que puede que no tenga conocimientos de la materia sobre la que el conflicto versa, por bien que conozca el Derecho que lo regula”. Olivencia Ruiz, Manuel, *Arbitraje: una justicia alternativa*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2006, p. 21.

La autonomía de la voluntad y el entendimiento de las partes en adherirse al sistema arbitral es una evidente voluntad mutua en busca de una resolución rápida, justa e eficaz. Además, el convenio arbitral puede hoy referirse a aquellas controversias surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, pudiendo las partes delimitar en el convenio arbitral la categoría de controversias que van a someter a la decisión de los árbitros, sean o no de naturaleza contractual.

España creó así una verdadera plataforma de protección a los consumidores⁵⁵ y usuarios, tornándose en uno de los países Europeos que más protección concede a los consumidores.⁵⁶ La nueva Ley parte únicamente del criterio general de la libre disposición, reputando la Exposición de Motivos de la LA innecesario que dicha Ley contenga un elenco de materias de no libre disposición, considerando que “en principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles”, dejando a las disposiciones específicas de otros textos legales la exclusión de determinadas materias.

En general, la Ley Arbitral ha introducido una concepción abierta y flexible, omitiendo establecer una lista cerrada que agote el ámbito de aplicación del arbitraje. Nada impide ahora que determinadas controversias, como las societarias, tradicionalmente apartadas del arbitraje, puedan resolverse mediante arbitraje.⁵⁷

El arbitraje es un evidente sistema de resolución de conflictos, es un sistema que con la globalización se tornó conocido en todo mundo y además, tiene ganado más relevancia en todos los países, ya siendo el principal medio de resolución de litigios internacionales. España al adoptar la CNUDMI/UNCITRAL para crear su nueva ley de arbitraje sigue de forma correcta, creando un sistema actual, ágil, justo, e flexible con el comercio internacional, privilegiando una verdadera justicia da paz.

⁵⁵ El artículo 2.1 LA establece que “son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”, eliminando la exclusión de arbitraje, que sin embargo efectuaba la LA 1988, de “las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición”, en su art. 2.1 b).

⁵⁶ Según Perales Viscasillas, “de esta manera, la nueva Ley Arbitral ha ampliado el campo de la arbitrabilidad, produciéndose una absorción de la materia inarbitrable en la arbitrable”. Perales Viscasillas, Pilar, *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*, Aranzadi, Madrid, 2005, p. 133.

⁵⁷ Por su parte, la LEC establece en el art 19.1 que “los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero”. La Ley efectúa una habilitación general del arbitraje, respecto de todas aquellas materias que sean disponibles, por lo que sólo no podrá someterse una determinada materia cuando así lo indique expresamente la ley.

Concluyendo, cuando miramos a países desarrollados en que sus Tribunales se encuentran saturados, deberemos mirar con otros ojos a los medios extrajudiciales, no como su sistemas oponentes, sino como complementares.⁵⁸ Cuestiones menores pueden encontrar una respuesta más rápida y igualmente justa en un tribunal arbitral, ayudando a vaciar los Tribunales judiciales. España es una referencia a la utilización de arbitraje de consumo.

VII – Bibliografía

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, “Arbitraje de Consumo”, Aranzadi Civil, 2007;

Cremades, Bernardo, “El arbitraje en la doctrina del Tribunal Constitucional”, Lima Arbitration, n.º1, 2006;

Figueruelo Burrieza, Ángela, “Crisis de La Justicia y Tutela Judicial Efectiva”, Anuario da Facultade de Dereito, 2005;

Garberí Llobregar, José, Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 Diciembre, de Arbitraje, Bosch, 2004;

Jesús Marín López, Manuel, “La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008, de 15 de Febrero”, LA LEY, n.º 6906, 2008;

Olivencia Ruiz, Manuel, Arbitraje: una justicia alternativa, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2006;

Perales Viscasillas, Pilar, Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Aranzadi, Madrid, 2005.

⁵⁸ Un adecuado sistema arbitral de consumo supone una alternativa eficaz al sistema judicial, que sufre actualmente una crisis, como afirma Ángela Figueruelo Burrieza: “Las mayores críticas al derecho se han efectuado a su objeto y contenido ya que la Constitución establece que la finalidad del derecho es obtener la tutela efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos”. Figueruelo Burrieza, Ángela, “Crisis de La Justicia y Tutela Judicial Efectiva”, *Anuario da Facultade de Dereito*, 2005, pp. 87 y ss.