

EL ARBITRAJE Y LOS CONSUMIDORES EN ESPAÑA

Nuevo panorama a raíz de la Ley de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios de 24 de marzo de 2006.

Autor: IAGO PÁSARO MÉNDEZ (Abogado)

Arbitraje y consumo

Fecha: Diciembre 2006. España.

Aviso Legal: Para la utilización, divulgación, cita o referencia, ya sea parcial o total los contenidos del presente ensayo, es necesario el consentimiento expreso del autor, debiendo citar, en todo caso, autor, título del ensayo y fecha de publicación con la referencia © Copyright IAGO PÁSARO MÉNDEZ

ÍNDICE

	Página
I. PRÓLOGO	3
II. INTRODUCCIÓN	6
III. LOS SISTEMAS ARBITRALES. EL ARBITRAJE DE CONSUMO (SAC) Y EL ARBITRAJE PRIVADO (LEY 60/2003)	7
IV. COMPARATIVA DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS SISTEMAS ARBITRALES CON RESPECTO A LA VÍA JUDICIAL	11
V. DISTRIBUCIÓN DE LAS MATERIAS ARBITRABLES	13
VI. EL CONSUMIDOR Y EL ARBITRAJE	16
A) Concepto de consumidor	16
B) Los consumidores ante el arbitraje ¿público o privado?	19
VII. MODIFICACIONES EN EL ARBITRAJE POR EL PROYECTO DE LEY DE MEJORA DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS	21
VIII. ORIGEN DE LAS REFORMAS	28
IX. JUSTIFICACIÓN DE LAS REFORMAS. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	36
X. CONSECUENCIAS Y OPCIONES ARBITRALES TRAS LA REFORMA	49
XI. CONCLUSIÓN	56

I. PRÓLOGO

¿Es el panorama arbitral el más idóneo en la actualidad española?

Una cuestión tan simple semeja poder ser contestada con una respuesta directa y sencilla, máxime si tenemos presente el contexto arbitral actual en el que no escasean las respuestas afirmativas y son numerosas las voces que preconizan y alaban las virtudes, ventajas y la situación avanzada y privilegiada que posee el sistema arbitral español vigente, como uno de los más innovadores y adaptados a la realidad jurídica, social y económica moderna y que, sin lugar a dudas, su regulación posibilita que así sea. Sin embargo, la aparente sencillez de la contestación no lo es tal - *o por lo menos no parece ser tan clara* - ya que, sólo con reflexionar y observar con detenimiento la casuística actual - *cuyo fiel reflejo son los Autos y Sentencias de nuestras Audiencias y Tribunales durante los últimos años* -, indefectiblemente nos indica que es necesario un análisis y valoración crítica de su situación y su estudio riguroso y pormenorizado.

Desde que la Ley de Arbitraje de 1953¹ fue modificada en el año 1988², los impulsos para el fomento y desarrollo de la institución jurídica del arbitraje han

¹ Ley de 22 de diciembre 1953 de Arbitraje. (RCL 1953/1734). (BOE núm. 358, de 24-12-1953, [página 7587]).

² Ley 36/1988 de 5 de diciembre, de Arbitraje. (BOE núm. 293, de 7-12-1988).

sido más o menos desiguales, siendo la Ley 60/2003³ la que finalmente adapta y toma como criterio inspirador la Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional⁴, asentando las bases para que las tantas veces mentadas ventajas y virtudes del arbitraje se llevasen a la práctica. Transcurridos casi tres años desde su entrada en vigor en nuestro ordenamiento jurídico⁵, la realidad arbitral tímidamente refleja la aplicación práctica de la condición favorable y excelencia del arbitraje, como método eficaz y alternativo a la vía judicial para resolver conflictos.

Entonces, ¿cuáles son los motivos para que las tan citadas virtudes no se desarrollen de manera exponencial?

La respuesta la encontramos, por un lado, con motivo de la falta de unificación de criterios y líneas de actuación entre los profesionales del sector en relación a determinados aspectos y materias relativas al arbitraje⁶ y por otro, como consecuencia de la falta de apoyo y difusión de la institución arbitral por las

³ Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje. (BOE núm. 309, de 26-12-2003, pp. 46097-46109).

⁴ Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, "teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional". El legislador español sigue la recomendación de las Naciones Unidas, acoge como base la Ley Modelo y, además, toma en consideración los sucesivos trabajos emprendidos por aquella Comisión con el propósito de incorporar los avances técnicos y atender a las nuevas necesidades de la práctica arbitral, particularmente en materia de requisitos del convenio arbitral y de adopción de medidas cautelares. Reglamento de arbitraje de la CNUDMI/UNCITRAL ("REGLAMENTO UNCITRAL"), aprobado por la Resolución 31/98 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 15 de diciembre de 1976.

⁵ La Ley de Arbitraje 60/2003 entró en vigor el 26 de marzo de 2004.

⁶ Véase el debate abierto tras la publicación del artículo "¿Puede el órgano jurisdiccional frente al que se insta la ejecución forzosa del laudo arbitral examinar su contenido?" Autor: LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA, Actualidad Jurídica Aranzadi Nº 671/2005 (BIB 2005/1099), comentando el trabajo de PICÓ I JUNOY, JOAN bajo el título "El abuso del arbitraje por ciertas instituciones arbitrales", La Ley Nº 6198 de 25 de febrero de 2005, año XXVI).

Administraciones Públicas, más allá del arbitraje de consumo, lo que provoca el escaso conocimiento que los ciudadanos tienen de la institución del arbitraje en sus diversas vertientes.

Así las cosas, los profesionales del arbitraje no deben ni pueden quedarse tan solo en el ensalzamiento de sus ventajas como método eficaz de resolución de conflictos sino que es obligado ir más allá, no pudiendo omitir y mantenerse ajenos a determinadas prácticas, que el propio legislador ha llegado a calificar de ser *“no siempre lícitas”*, y que utilizan el arbitraje como un fin - y para un *único fin* - y no como un medio.

Y esto es el arbitraje y así debe ser, un medio de resolución de conflictos, una herramienta al servicio del acuerdo y del entendimiento y no un fin lucrativo, cuyas únicas consecuencias sólo derivan en su desprestigio y en el de sus instituciones, atentando y dañando la cultura arbitral que intenta instaurarse como sistema de justicia alternativa funcional así como las pretensiones de establecer nuestro sistema arbitral como uno de los métodos ADR más eficaces a nivel internacional.

II. INTRODUCCIÓN

La justificación del título del presente estudio - *afirmando la existencia de un nuevo panorama arbitral* - tiene una razón de ser y ésta no es otra que la que parte de las reformas, modificaciones y aclaraciones que se realizan, en el ámbito del arbitraje, con motivo del Proyecto de Ley para la Mejora de la protección de los Consumidores y Usuarios de 26 de marzo de 2006⁷ y cómo éstas influirán - *en un futuro próximo* - en determinadas relaciones jurídicas que, hasta la fecha, presentaban situaciones oscuras y dudosas en las que la parte fuerte - *empresas, inmobiliarias, etc.* - imponía su criterio e intereses por encima de los de la parte débil – *consumidores* -, compeliendo a ésta a afrontar determinados procedimientos y costes que no estaba obligada a soportar.

Es la propia Exposición de Motivos de la reforma la que nos indica las razones y motivaciones de estos cambios, cuya justificación se desgrana a través de la jurisprudencia recaída sobre el particular en los últimos años, jurisprudencia, que dicho sea de paso, está plagada de Autos y Sentencias que las apoyan y que serán objeto de cita y análisis en las próximas páginas tras contextualizar la situación de los sistemas arbitrales vigentes, tanto en su vertiente pública (Arbitraje de Consumo), como en su vertiente privada.

⁷ Congreso de los Diputados - Iniciativas Parlamentarias - VIII Legislatura Proyecto de ley. Proyecto de Ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios. (121/000083)

III. LOS SISTEMAS ARBITRALES. EL ARBITRAJE DE CONSUMO (SAC) Y EL ARBITRAJE PRIVADO (LEY 60/2003)

Previo estudio de las consecuencias que el Proyecto de Ley de Reforma para la Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios provocará en el arbitraje, resulta necesario realizar un recordatorio, siquiera de manera genérica, de los sistemas arbitrales existentes en la actualidad.

Con la promulgación de nuestra Carta Magna, la Constitución Española de 1978⁸, y con fundamento en su artículo 51⁹, se articuló la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios¹⁰, en adelante LGDCU, con la idea, entre otras, de evitar las renunciaciones de los consumidores a obtener justicia y garantizarles los mecanismos adecuados para ello, evitando

⁸ Constitución Española de 1978. (BOE 29-12-1978) Aprobada por las Cortes en Sesiones Plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de Octubre de 1978. Ratificada por el Pueblo Español en Referéndum de 6 de Diciembre de 1978. Sancionada por S.M. el Rey ante las Cortes el 27 de Diciembre de 1978. (Reforma del Artículo 13, apartado 2 (BOE 28.08.92) (Aprobada por las Cortes Generales en Sesiones Plenarias del Congreso de los Diputados, de 22-07-1992, y del Senado, de 30-07-1992. Sancionada por S. M. El Rey, el 27 de agosto de 1992).

⁹ Artículo 51. Constitución Española de 1978. (BOE 29-12-1978): *"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 oírán 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".*

¹⁰ Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios (BOE núms. 175 y 176, de 24-07-1984). [Los artículos 8.3, inciso segundo, y 40 están redactados conforme a la STC de 26 de enero de 1989, núm. 15/1989 (Suplemento del BOE núm. 43, de 20-02-1989). La misma Sentencia establece que el artículo 24 de esta Ley debe interpretarse en los términos de su fundamento jurídico 8º letra b). La LGDCU sufrió modificaciones por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, (BOE núm. 89, de 14-04-1998)]; por 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 (BOE núm. 259, de 29-10-2002, pp. 37922-37933); por la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (BOE núm. 165, de 11-07-2003, pp. 27160-27164) y por Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 164, de 10-07-2003, pp. 26905-26965).

situaciones desproporcionadas y abusivas de manera que, dando cumplimiento al meritado artículo 51, los poderes públicos garantizaran la defensa y protección de la seguridad, la salud y los legítimos Intereses económicos de los consumidores y usuarios mediante procedimientos eficaces para tales fines.

Así, el primero de los objetivos fijados por la LGDCU - *la creación y establecimiento de procedimientos eficaces para la defensa de los consumidores* – fue materializado mediante el desarrollo de su artículo 31¹¹, con la aparición Real Decreto 636/1993, de 17 de diciembre¹² por el que se reguló el Sistema Arbitral de Consumo.

Hasta esa fecha, la única vía a la que los consumidores podían optar ante situaciones vulneradoras de sus derechos era la judicial, cuyos inconvenientes, gastos, trámites y formalidades hacían que las reclamaciones se quedasen en simples protestas ante los servicios de atención al cliente de las empresas – *si existían* – y que pocas veces eran atendidas.

¹¹ Artículo 31 de la LGDCU: “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 integrados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias.*” En el año 2003, la Ley Concursal añadió un nuevo apartado, el 4, por el que estableció la no efectividad de los convenios arbitrales y las ofertas públicas de sometimiento al arbitraje de consumo formalizados por quienes fuesen declarados en concurso de acreedores.

¹² Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (*BOE núm. 121, de 21 de mayo de 1993, pág. 15.400*).

La tardanza de la puesta en marcha del SAC - *casi diez años después de la LGDCU* - tuvo sus razones¹³. Antes de la creación y regulación del sistema arbitral de consumo - *sistema novedoso para lo que la tradición del arbitraje en España significaba* -, en 1986 se inició una "experiencia piloto" para conocer las necesidades reales de su funcionamiento y evaluar la aceptación entre consumidores y empresarios. Y esta fue buena.

Así, en el año 1993, se aprobó el Sistema Arbitral de Consumo, estableciendo y desarrollando el procedimiento a seguir a través de las Juntas Arbitrales de Consumo¹⁴, vinculadas a la Administración Pública y al Instituto Nacional del Consumo (INC)¹⁵. Durante todos estos años, la utilización de este sistema ha ido incrementando significativamente, motivo por el que la Conferencia Sectorial de Consumo¹⁶ ha aprobado recientemente una propuesta de nueva

¹³ Sobre el tema, entre otros muchos autores, BARDENAS CARPIO, Juan Manuel, "El nuevo sistema arbitral de consumo", Revista Derecho de los Negocios, Editorial La Ley, Año 4, Nº 38, páginas 18 a 25. y GONZÁLEZ LECUONA, María, "El sistema arbitral español de consumo en el marco normativo de la Unión Europea" Diario la Ley nº 5984, Año XXV, 26 de marzo 2004, refª. D-72.

¹⁴ Artículo 3 del Real Decreto 636/1993. "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 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. 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.

¹⁵ El Instituto Nacional de Consumo es un organismo autónomo, dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo que, en desarrollo del artículo 51 de la Constitución y de la LGDCU, ejerce las funciones de promoción y fomento de los derechos de los consumidores y usuarios

¹⁶ Se constituyó formalmente el 12 de enero de 1987, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 12/83, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico y el artículo 5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen

regulación del arbitraje de consumo en el Marco Común de Actuación 2006-2009¹⁷, apostando por la mediación previa y árbitros únicos para conflictos de escasa cuantía.

Como antes señalaba, desde el 26 de marzo de 2004, al Sistema Arbitral de Consumo le es de aplicación supletoria la Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003, tal y como así estipula su Disposición adicional única¹⁸. La Ley 60/2003 es una ley general y por lo tanto, aplicable 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 ella o salvo que alguna norma legal disponga expresamente su inaplicabilidad. En resumen, la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes siendo, en principio, arbitrables las cuestiones disponibles según derecho.

Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Sancionador con el objeto de asegurar la necesaria coherencia, coordinación y colaboración entre la Administración del Estado y la de las Comunidades Autónomas en materia de consumo. Está presidida por el Ministro de Sanidad y Consumo y forman parte de ella los Consejeros responsables del área de consumo de las Comunidades Autónomas y representantes de los siguientes organismos y Departamentos Ministeriales de la Administración central: Instituto Nacional del Consumo, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Ministerio de Administraciones Públicas y Presidencia del Gobierno. Cuando la índole de los temas a tratar así lo exija, podrán asistir a la Conferencia, representantes de otros Departamentos Ministeriales y de las Consejerías que tengan competencia sobre los temas a debatir.

¹⁷ Entre otros acuerdos, se ha aprobado un nuevo borrador de regulación del Sistema Arbitral de Consumo (SAC), que regula la mediación como fase previa al arbitraje y la posibilidad de que intervenga un solo árbitro en procedimientos de escasa cuantía, lo que contribuye a racionalizar de los costes. El borrador prohíbe con carácter general las ofertas públicas de adhesión de empresas al SAC que establezcan limitaciones o excepciones que sólo serán admisibles en circunstancias excepcionales. Se crea el registro central de empresas adheridas, en el que deberán constar todas las empresas que lo estén a través de cualquiera de las juntas arbitrales. También se prevé establecer incentivos a las empresas que se adhieran al SAC y facilitar la adhesión favoreciendo el uso de las nuevas tecnologías – videoconferencias, arbitraje electrónico, etc.- para eliminar costes derivados de la estructura del Sistema. En la regulación aprobada se apuesta por la formación de los árbitros y por intensificar el funcionamiento de las distintas juntas como sistema integrado, mediante la constitución de delegaciones territoriales y colegios sectoriales.

¹⁸ Disposición adicional única de la Ley de Arbitraje 60/2003: “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.”

IV. COMPARATIVA DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS SISTEMAS ARBITRALES CON RESPECTO A LA VÍA JUDICIAL

Pese a que no es objeto del presente estudio el describir de manera detallada el funcionamiento y estructura de los sistemas de arbitraje existentes en la actualidad, sí considero oportuno citar sus características más relevantes y que, inevitablemente, deben compararse con las correlativas en vía judicial.

Las características más destacables de los sistemas arbitrales en comparación con los Juzgados y Tribunales ordinarios son, entre otras:

a) RAPIDEZ Y CELERIDAD¹⁹, se tramita en poco tiempo, 4 meses como máximo en el caso del SAC y de 6 meses en vía de arbitraje privado, mientras que la lentitud de los procedimientos de la vía judicial es la característica más palpable y el factor más determinante a la larga.

B) VOLUNTARIEDAD²⁰, porque ambas partes se someten libremente al sistema arbitral, ya sea público o privado, quedando vinculadas a las

¹⁹ El artículo 14.1 del Real Decreto 636/1993, de 3 de Mayo, regulador del S.A.C. establece que el laudo arbitral deberá dictarse en el plazo máximo de cuatro meses desde la designación del colegio arbitral, mientras que la Ley de Arbitraje 60/2003 estipula en su Artículo 37.2 que si las partes no disponen otra cosa, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación o de expiración del plazo para presentarla, pudiendo ser prorrogado, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada.

²⁰ En relación al SAC, en la actualidad, los empresarios o comerciantes pueden realizar Ofertas Públicas de Sometimiento al Sistema Arbitral de Consumo, respecto de futuros conflictos con consumidores y usuarios. Esta Oferta, que se debe dirigir a la Junta Arbitral de Consumo a través de la que se adhiera al Sistema. El comerciante o empresario podrá limitar, ya por materia, cuantía, etc. las controversias que se resolverán mediante el arbitraje de consumo. Las Juntas Arbitrales de Consumo otorgan un Distintivo Oficial a las empresas que realicen estas Ofertas Públicas y son incorporadas al Censo Nacional de Empresas Adheridas al Arbitraje de Consumo. En relación al arbitraje privado, las partes pactan lo libremente convengan y sea disponible conforme a derecho.

resoluciones que se dicten, los laudos, mientras que en la vía judicial, en la mayor parte de los casos, una de las partes obliga a la otra a acudir a la vía judicial sin previo acuerdo entre ambas.

C) EFICACIA y EJECUTIVIDAD, porque su resolución mediante laudo, equivale y tiene la fuerza de una sentencia judicial. Las resoluciones arbitrales son de ejecución obligada para ambas partes.

D) ECONOMÍA, el SAC es gratuito y las partes sólo deben costear la práctica de peritajes en determinados supuestos, mientras que la vía judicial obliga al pago de los honorarios de abogados, procuradores y otras partidas que se devengan por trámites, contrataciones de profesionales, etc.

En relación al arbitraje privado, si bien puede suponer el afrontar determinados costes como los gastos de las instituciones tramitadoras del arbitraje y los honorarios de los árbitros, en muchos casos es un sistema mucho más económico en comparación con la carestía que presenta la vía judicial.

En definitiva, comparando las características entre los sistemas podemos concluir, de manera tan sencilla como clarificadora, las numerosas ventajas que se desprenden de los sistemas arbitrales frente a la vía judicial como métodos de resolución de conflictos, no debiendo olvidar que el sistema de arbitraje de consumo es un procedimiento extrajudicial voluntario y que, **obligatoriamente, debe ser iniciado por el consumidor.**

V. DISTRIBUCIÓN DE LAS MATERIAS ARBITRABLES

Sin intención de extenderme en el elenco de materias arbitrables en uno y otro sistema - algo que por otra parte sería una tarea que requeriría un análisis material pormenorizado de identificación²¹, lo que excedería del presente estudio -, debo iniciar destacando que en relación a las materias susceptibles de someterse al arbitraje privado, la ley 60/2003 establece en su artículo 2.1 que podrán serlo todas aquellas controversias que versen sobre materias de libre disposición conforme a derecho tal y como declara reiteradamente el Tribunal Constitucional, llegando la sumisión al arbitraje hasta donde llega la libertad del individuo. Por ello, dicho sometimiento es perfectamente válido y eficaz sin que colisione con el derecho de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española²².

²¹ Sobre el particular, *“Las materias inseparablemente unidas a aquellas sobre las que las partes no tienen poder de disposición”* Autor: NIEVA FENOLL, JORDI. Anuario de justicia alternativa - Número 3/2002 (Marzo de 2002), al tratar la identificación de la materia disponible.

²² Basta con que la materia sea disponible, y con que se cumplan los mínimos del derecho de audiencia y defensa para que la sumisión al arbitraje deba reputarse eficaz y conforme con el art.24 CE (RCL 1978, 2836). **STC de 18 de julio de 1994** determina que: *“En definitiva, versando el arbitraje en todo caso sobre materias informadas por el principio dispositivo y teniendo por norte la resolución extrajudicial de conflictos de intereses, libremente acordada, las exigencias derivadas del art. 24 CE se satisfacen sobradamente con los mecanismos y supuestos de anulación previstos en la vigente Ley de Arbitraje (RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783) , por cuanto aseguran un mínimo irrenunciable (el respeto al convenio arbitral libremente pactado, a la propia Ley de Arbitraje y a las garantías del propio art. 24 CE), más allá del cual, por la vía de la revisión judicial de fondo, quedaría desnaturalizada la institución del arbitraje. Por ello, en la medida en que en el presente caso la negativa judicial a revisar la corrección material del Laudo se ha amparado en una normativa que, por lo dicho, no resulta contraria al precepto constitucional invocado por el recurrente, no cabe sino concluir que, también en este extremo, la demanda carece manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte de este Tribunal en forma de sentencia”, criterio que mantiene la de 11-11-1996 (RTC 1996, 176) que se pronuncia de la siguiente manera: «El recurrente se queja de la imposibilidad de acceder a la jurisdicción ordinaria pero esa hipotética falta de acceso se ve desmentida por la misma sucesión de hechos de los que se ha dejado constancia en los antecedentes. Pues basta observar, en efecto, que tras dictarse el Laudo Arbitral no se ha visto privado en modo alguno de la posibilidad de pretender su nulidad a través del procedimiento legalmente previsto a este fin; por el contrario, utilizó dicho remedio procesal, sin obstáculos de ningún tipo, que concluyó con una*

Llegados a este punto, no podemos olvidar la doctrina que sobre el arbitraje y los laudos arbitrales ha venido manteniendo nuestro Tribunal Constitucional, entre otras resoluciones, en su Auto de 20 de julio de 1993²³, en las que el arbitraje ha sido considerado como un medio heterónomo de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente se vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, art. 1.1 de la Constitución de 1978²⁴.

El artículo 2 de la Ley de Arbitraje de 2003 regula las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición - *como también hacía la Ley 36/1988* -, pero sin contener una relación de materias numeradas al considerar suficiente el establecer que, para que una controversia sea arbitrable debe coincidir con la disponibilidad de su objeto para las partes siendo, en principio, arbitrables todas las cuestiones disponibles.

resolución judicial, si bien la sentencia desestimó por entero las pretensiones anulatorias del recurrente. Por tanto, si el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones formuladas (SSTC 9/1981 [RTC 1981, 9] y 52/1992 [RTC 1992, 52] , entre otras) ni ampara una determinada interpretación de las normas aplicables al caso (STC 33/1988 [RTC 1988, 33]), pero si a recibir una respuesta judicial a sus pretensiones, motivada y fundada en Derecho (SSTC 133/1989 [RTC 1989, 133] , 18/1990 [RTC 1990, 18] y 111/1995 [RTC 1995, 111] entre otras muchas), como ha ocurrido en este caso, no cabe estimar en modo alguno que el recurrente fuera privado de su derecho de acceso a la jurisdicción”.

²³ Auto TC de la Sala Primera (Sección Primera): Excmos. Sres. Rodríguez-Piñero, García-Mon y de Mendizábal. Número registro: 395/1993, Referencia número: 259/1993. Recurso de amparo: “...el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional” por el que las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, es decir una decisión que ponga fin al conflicto que pudiera haber surgido entre ellas con todos los efectos de la cosa juzgada, de forma que, por imperativo legal, la decisión adoptada en un laudo arbitral está revestida de “auctoritas”, aún cuando los árbitros carezcan del “imperium” necesario para llevar a cabo la ejecución forzosa de su laudo, reservando la Ley de 1988 la ejecución forzosa de tales decisiones a los órganos jurisdiccionales, cuya intervención debe limitarse, conforme se dice en esta sentencia, a despachar ejecución por los trámites de las sentencias firmes, salvo en el procedimiento de anulación específico de tales laudos. ...”.

²⁴ Entre otras, las SSTC 176/1996 de 11 de noviembre (RTC 1996, 176) y 9/2005 de 17 de enero (RTC 2005, 9).

Como ya indiqué, no es objeto del presente estudio el analizar una a una las materias disponibles en arbitraje ya que considero que debe ser y es la jurisprudencia la que nos irá dando las claves sobre la delimitación y disponibilidad de lo arbitrable, determinando tanto las materias susceptibles de disposición como sus aspectos internos. Sobre la jurisprudencia - *origen de las reformas que se avecinan* -, me pronunciaré en las siguientes líneas.

En consecuencia, en el arbitraje privado, en principio, pueden ser objeto de tratamiento aquellas materias que sean de libre disposición para las partes conforme a derecho, quedando excluidos los arbitrajes laborales y los supuestos en los que intervenga el Ministerio Fiscal, exista sentencia firme o en aquellos casos en los que sean aplicables leyes que contengan disposiciones especiales, estando excluidas, por ser indisponibles, las cuestiones relativas al estado civil, condición y capacidad de las personas. En relación al arbitraje de consumo, es imprescindible dejar meridianamente claro que **sólo podrá aplicarse en los casos de conflictos en los que una de las partes sea un consumidor siendo éste el que lo inicia**. El sistema arbitral de consumo versa sobre quejas y reclamaciones de los consumidores y usuarios en relación a sus derechos legalmente reconocidos, contra aquellos que producen, facilitan, suministran o expiden, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea su naturaleza, pública o privada, individual o colectiva²⁵.

²⁵ Nótese el amplio abanico de posibilidades existente en las que puede ser parte un consumidor.

Por último, debe destacarse que quedan exceptuadas del conocimiento del sistema de consumo las cuestiones sobre las que exista una resolución judicial firme y definitiva, aquéllas en que las partes no tengan poder de disposición, las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición²⁶, las cuestiones en las que según la legislación vigente deba intervenir el Ministerio Fiscal, además de que no concurra algún tipo de lesión, intoxicación o muerte y no existan indicios racionales de delito²⁷.

VI. EL CONSUMIDOR Y EL ARBITRAJE

A) Concepto de consumidor

Para entender la relación entre los consumidores y los sistemas arbitrales debemos partir del significado de consumidor, conocerlo y una vez planteado

²⁶ Véase el completo estudio de NIEVA FENOLL, JORDI “*Las materias inseparablemente unidas a aquellas sobre las que las partes no tienen poder de disposición*”. Anuario de justicia alternativa - Número 3/2002 (Marzo de 2002).

²⁷ El Artículo 2.1. del Real Decreto 636/1993, de 3 de Mayo, regulador del Sistema Arbitral de Consumo establece que su finalidad es 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. Su apartado establece el elenco de materias que no pueden ser objeto de arbitraje de consumo (artículo 2.1 de la Ley 36/1988): a) *Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución.* b) *Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición.* c) *Las cuestiones en que, con arreglo a las leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos.* d) *Aquellas en las que concurran intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito (artículo 31.1 de la Ley 26/1984).*

un litigio en un determinado sistema, actuar en consecuencia²⁸. Así, la LGDU estableció el concepto de consumidor como aquella persona, física o jurídica, que adquiere bienes o productos para su utilización y consumo personal, sin que esos bienes se integren en procesos de producción o de comercialización, es decir, como destinatarios finales y sin que vuelvan a salir al mercado, no teniendo tal consideración quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. Así las cosas, debemos considerar la posición del Instituto Nacional de Consumo al respecto y por la que podemos concluir que, el concepto de consumidor, se acerca al de “consumidor-persona física”²⁹.

Esta interpretación - por lo menos, dentro del alcance de las Directivas comunitarias y posteriores leyes transpuestas al ordenamiento jurídico español - tiene su base a raíz de la Sentencia de 22 de noviembre de 2001 del Tribunal

²⁸ La LGDCU (Artículo 1.2) define al consumidor o usuario como 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 su Artículo primero, no teniendo tal condición 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.

²⁹ Consulta CG/07/03 INC: *¿El comprador, para beneficiarse de la nueva garantía, tiene que ser persona física o también puede ser jurídica? A tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 23/2003, de 20 de julio de garantías en la venta de bienes de consumo, lo que ésta regula es la obligación del vendedor de entregar al consumidor un bien que sea conforme con el contrato de compraventa, en los términos previstos en la propia norma. La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece que son consumidores las personas físicas o jurídicas que adquiere, utiliza o disfrutan como destinatarios finales de, en lo que aquí interesa, los bienes muebles, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quines los producen o suministran. Por el contrario, no tendrán la consideración de consumidores quienes sin constituirse como destinatarios finales, adquieran, almacenen o consuman bienes con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. Luego, lo que determina que el adquirente de bienes y servicios sea o no consumidor, no es su carácter de persona física o jurídica, sino el destino de los bienes que adquiere; esto es, que los adquiera como destinatario final de los mismos o para integrarlos en un proceso productivo, en éste último caso, la persona física o jurídica no sería consumidor. Todo ello, sin perjuicio de la propia configuración de la persona jurídica, como las Sociedades Anónimas y las de Responsabilidad Limitada, que siempre tienen carácter mercantil, lo que las excluye el concepto de consumidor.*

de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera (TJCE 2001, 330)³⁰ en la que resolviendo sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE sobre las Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores³¹ en el caso de una empresa que celebra un contrato tipo con otra empresa para la adquisición de bienes o de servicios en beneficio exclusivo de sus propios empleados.

Pese a que España y Francia defendían la posibilidad de que el concepto de consumidor incluyese también a las personas jurídicas, el TJCE resuelve que el concepto de consumidor debe interpretarse en el sentido de referirse, exclusivamente, a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional, tal y como define el artículo 2.b de la Directiva.

La reciente *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 891/2004* de 21 septiembre [RJ 2004\5576]³² en su Fundamento de Derecho Tercero, último párrafo, evidencia una clara inclinación hacia el concepto de consumidor adaptado a la Legislación Comunitaria al determinar que:

“el concepto de consumidor sólo cabe ser atribuido a las personas físicas y así lo establece el artículo 2-b de la Directiva 93/13 del Consejo, de 5 de abril (LCEur 1993, 1071, sin embargo el de profesional compete tanto a personas físicas como las jurídicas y esta atribución es exclusiva conforme declaró la Sentencia de 22 de

³⁰ Sentencia de 22 de noviembre de 2001 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJCE) (*Sala Tercera integrada por la Sra. F. Macken (Ponente), Presidenta de Sala, y los Sres. C. Gulmann y J.-P. Puissochet, Jueces*).

³¹ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores [*Diario Oficial L 95 de 21.4.1993*]. (LCEur 1993, 1071).

³² STS núm. 891/2004 de 21 septiembre (Sala de lo Civil, Sección 1ª), [RJ 2004\5576] *Recurso de casación. Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil,*

noviembre de 2001 (TJCE 2001, 330), pronunciada por el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas.”.

Por lo tanto, para saber si tenemos o no la condición de consumidor es fundamental conocer si somos los últimos en la cadena, si lo que compramos lo disfrutamos final y directamente nosotros o no. Aunque existen casos complejos - *más si cabe cuando se defiende como consumidor a una persona jurídica* -, los ejemplos dan la clave y una visión clara del planteamiento³³.

B) Los consumidores ante el arbitraje ¿público o privado?

Bajo este epígrafe debo hacer la reflexión inicial básica y origen del presente estudio³⁴: ¿un consumidor, sólo puede someterse al arbitraje de consumo? La respuesta es negativa ya que, inicialmente, la persona que ostenta tal condición, podría someterse sin ningún inconveniente a arbitrajes distintos del de consumo pero debe tenerse muy presente que, ese sometimiento, sólo puede ser decidido por él y nunca impuesto por la parte fuerte. En consecuencia, sólo será válido un arbitraje privado con un consumidor una vez haya surgido el conflicto y conozca las consecuencias y características del sistema arbitral privado al que se va a someter³⁵.

³³ Sobre el particular: PÁSARO MÉNDEZ, IAGO. “Las empresas “consumidoras” ante la Ley 23/2003 de Garantías de ventas de bienes de consumo. Ámbito subjetivo y problemática de aplicación. Especial referencia a las pymes.”: (1º Premio de la 3ª Edición Premio Amando Losada del Consejo de la Abogacía Gallega 2006)

³⁴ Vid. GARBERÍ LLOBREGAT, José. “Cuestiones problemáticas del procedimiento arbitral de consumo”. (BIB 2003/186) Actualidad Jurídica Aranzadi, núm 569, Pamplona 2003.

³⁵ Según el Artículo 14 de la Ley de Arbitraje de 2003, los arbitrajes pueden ser administrados por Corporaciones de derecho público que puedan desempeñarlo según sus normas reguladoras (Tribunal de Defensa de la Competencia) y por entidades sin ánimo de lucro cuyos estatutos prevean funciones arbitrales y conforme a sus propios reglamentos.

Como antes apunté, un consumidor no puede renunciar con carácter previo a sus derechos legalmente reconocidos. Por ello, si surgida una disputa entre un consumidor y un comerciante - *aunque éste último sólo se someta al arbitraje privado o lo incluya como opcional con otros sistemas al haberlo estipulado en el contrato* - el consumidor no está obligado a ello. La persona que tenga la consideración de consumidor no está obligada a someterse a un arbitraje distinto del de consumo, por lo que el inicio por el comerciante del sistema arbitral privado con un consumidor será nulo e ineficaz al ser nula la cláusula que imponga dicho sistema como solución de controversias entre ambos, sin perjuicio de que el propio consumidor, acepte someterse al arbitraje privado - *reiterando lo dicho* - siempre y cuando haya surgido el conflicto y conozca las consecuencias que de ello puedan derivarse. A diferencia del arbitraje privado en el que cualquiera de las partes puede iniciar al procedimiento, el sistema arbitral de consumo sólo puede ser iniciado por la iniciativa del consumidor³⁶ - *así estipulado en el ámbito de la LGDCU y el SAC* - y nunca por la empresa, al estarle vedada tal posibilidad.

³⁶ Memoria del INC año 2004: Solicitudes resueltas por laudos conciliatorios, estimatorios y desestimatorios del año 2004. Total: 15499 laudos. Estimatorios (total o parcialmente) 10286 (66,37%); laudos desestimatorios: 4421, (28,52%) y 792 laudos conciliatorios (5.11%).

VII. MODIFICACIONES EN EL ARBITRAJE POR EL PROYECTO DE LEY DE MEJORA DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS.

Como así estableció la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable, lo que excede del ámbito de una regulación general del arbitraje, pudiendo ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales, tal y como así ha sucedido con el Proyecto de Reforma de la Ley de Consumidores y Usuarios que se analiza.

El 31 de marzo de 2006 se publicó en el Diario Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de Ley para la Mejora de la protección de los Consumidores y Usuarios (Proyecto de Ley 121/000083/2006, de 24 marzo), por el que se introducen numerosas reformas en la LGDCU con el fin incorporar una batería de mejoras para la protección de los consumidores en campos conflictivos como la telefonía, los aparcamientos y la vivienda, entre otros, así como para dar cumplimiento a la *Sentencia de 9 de septiembre de 2004 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*³⁷ sobre determinadas obligaciones

³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 9 de septiembre de 2004 «Incumplimiento de Estado – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores » En el asunto C-70/03, que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto con arreglo al artículo 226 CE, presentado en el Tribunal de Justicia el 17 de febrero de 2003, Comisión de las Comunidades Europeas, representada por la Sra. I. Martínez del Peral y el Sr. M. França, parte demandante, contra Reino de España, representado por la Sra. L. Fraguas Gadea, parte demandada, el Tribunal de Justicia (Sala Primera), integrado por el Sr. P. Jann (Ponente), Presidente de Sala, y el Sr. A. Rosas y la Sra. R. Silva de Lapuerta, Jueces; Abogado General: Sr. L.A. Geelhoed; Secretario: Sr. R. Grass; habiendo considerado los escritos obrantes en autos; oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en

incumplidas por España en relación a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al no haber adaptado correctamente su Derecho interno a los artículos 5 y 6, apartado 2, de dicha Directiva.

Prueba de la necesidad de que estas reformas vean la luz, se demuestra y queda patente en el propio trámite de enmiendas presentadas en la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso, iniciativas que provocan que el Proyecto inicialmente presentado duplique su contenido³⁸.

Esta ley pretende incrementar la protección del consumidor en diferentes ámbitos en los que la experiencia ha puesto de manifiesto la existencia de diversos déficit de protección por lo que se introducen, en materia de contratos con los consumidores, diversas modificaciones destinadas a regular aspectos esenciales de las relaciones jurídico-privadas con los consumidores, tal y como desarrolla su apartado VI de la Exposición de Motivos³⁹.

audiencia pública el 29 de abril de 2004 el Tribunal de Justicia declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las disposiciones del Tratado CE y de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, p. 29; en lo sucesivo, «Directiva»), al no haber adaptado correctamente su Derecho interno a los artículos 5 y 6, apartado 2, de dicha Directiva. A tenor de su artículo 1, apartado 1, el propósito de la Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros. El ordenamiento jurídico español se adaptó a la Directiva mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (*Boletín Oficial del Estado* nº 89, de 14 de abril de 1998, p. 12304; en lo sucesivo, «Ley 7/1998»), que modificó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (*Boletín Oficial del Estado* nº 176, de 24 de julio de 1984, p. 21686, «Ley 26/1984 modificada») siendo su adaptación incorrecta.

³⁸ Tramitación seguida por la iniciativa en la Comisión de Sanidad y Consumo *Publicación* desde 28/03/2006 hasta 31/03/2006. Comisión de Sanidad y Consumo *Enmiendas* desde 31/03/2006 hasta 24/05/2006. Comisión de Sanidad y Consumo *Informe* desde 24/05/2006. Congreso de los Diputados Núm. A-83-7 de 30/05/2006 Pág.: 23 Enmiendas. Congreso de los Diputados Núm. A-83-8 de 01/06/2006 Pág.: 61 Índice de enmiendas al articulado (B.O.C.G.).

³⁹ Para evitar la imposición a los consumidores de obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos en el contrato y en coherencia con lo previsto en la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales, que prohíbe los obstáculos no contractuales para el ejercicio de tales derechos, y en tal sentido deberá ser transpuesta a nuestro ordenamiento

Su apartado VII supone una declaración de intenciones clarísima y que no ofrece dudas:

*“Por otro lado, también **se ha constatado la ineficacia del artículo 10.4 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, para prevenir la imposición al consumidor de arbitrajes distintos del Sistema Arbitral de Consumo.** Esto justifica la modificación que ahora se realiza, suprimiendo este precepto y reconduciendo, en el artículo 31, los pactos de **sumisión al momento** en el que el consumidor puede evaluar correctamente el alcance de la decisión que, en la mayor parte de los casos, se ve obligado a adoptar, y que es aquél **en el que surge la controversia.** **Se eleva con ello la protección del usuario ante fórmulas arbitrales no siempre lícitas y se garantiza la no renuncia previa a los derechos reconocidos legalmente.** Esta regla se completa con la determinación de la **nulidad de los pactos suscritos contraviniéndola,** en aplicación de las previsiones de la propia Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios sobre la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por la ley al consumidor.”*

jurídico, se prohíben las cláusulas contractuales que establezcan estas limitaciones y, en particular, la imposición de plazos de duración excesiva o las limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato. En los contratos de prestación de servicios o suministro de bienes de tracto sucesivo o continuado, se han observado prácticas obstruccionistas al derecho del consumidor por lo que se introducen reformas para que quede claramente establecido el procedimiento mediante el cual el consumidor puede ejercitar este derecho y se asegura que pueda ejercerlo en la misma forma en que contrató, sin sanciones o cargas. En materia contractual, por último, se clarifica en el artículo 10 bis 1 la equiparación entre las estipulaciones contractuales no negociadas y las prácticas no consentidas expresamente con idénticos efectos para los usuarios.

Así las cosas, las reformas que se presentan en relación al arbitraje con los consumidores tienen una incidencia y repercusión enorme en la esfera del arbitraje privado y mucho mayor que las que en un inicio podría pensarse. Por lo que ahora interesa, analizando el apartado VII de su Exposición de Motivos, acertamos a comprender la idea y justificación de la ineficacia que apunta el legislador para suprimir el artículo 10.4 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la imposición al consumidor de arbitrajes distintos del SAC. Sin embargo, la reforma no lo suprime como tal el artículo 10.4 sino que lo reconduce y lo enmarca en el artículo 31 de la LGDCU.

El artículo 10.4 de la LGDCU⁴⁰ preceptuaba que aquellos convenios arbitrales establecidos en la contratación mediante cláusulas en la oferta o promoción de productos o servicios y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios eran eficaces si, además de reunir los requisitos que para su validez exigían las leyes, resultaban claros y explícitos. Asimismo, el citado precepto concluía - *en mi opinión muy acertadamente* - que la negativa del consumidor o usuario a someterse a un sistema arbitral distinto del previsto en el artículo 31 de la LGDCU - *arbitraje de consumo* -, no impedía por sí misma la celebración del contrato principal.

⁴⁰ Artículo 10.4 de la LGDCU que se deroga: “Los convenios arbitrales establecidos en la contratación a que se refiere este artículo serán eficaces si, además de reunir los requisitos que para su validez exigen las leyes, resultan claros y explícitos. La negativa del consumidor o usuario a someterse a un sistema arbitral distinto del previsto en el artículo 31 de esta Ley no podrá impedir por sí misma la celebración del contrato principal.”

La novedad que se legisla es el hecho de que los pactos de sumisión al arbitraje privado sólo serán válidos en el momento en el que el consumidor pueda evaluar correctamente el alcance de la decisión, **aquél en el que surge la controversia**. La modificación es justificada de manera tajante por el legislador con el fin de elevar la protección del usuario ante fórmulas arbitrales no siempre lícitas, garantizándole la no renuncia previa a los derechos reconocidos legalmente.

Llegados a este punto, cabe preguntarse varias cuestiones: ¿qué ha ocurrido para que el legislador afirme de una manera tan tajante la existencia de fórmulas arbitrales no siempre lícitas?; ¿cuáles son esas fórmulas que han obligado a la necesaria literalidad y reconducción de las normas para poder garantizar los derechos y garantías de los consumidores?

Todo tiene un motivo y ese nos lo expone, con toda claridad, nuestro poder judicial y que no es otro que la existencia de determinadas entidades que operan mediante “fórmulas” que se encaminan a favorecer a la parte fuerte en la relación jurídica, vulnerando los derechos del débil, obligándolo a estar y pasar por “procedimientos” abusivos y onerosos que no está obligado a soportar y que, imponiéndose a los derechos irrenunciables de los consumidores, suponen un verdadero fraude de ley.

Con esta previsión, el legislador corta de raíz los numerosos casos por los que los consumidores se veían obligados a estar y pasar por fórmulas no siempre lícitas de sometimiento a arbitrajes privados. De esta manera, más que realizar una modificación, lo que el legislador hace es poner de manifiesto la realidad, regulándola directamente de manera explícita, atajando de un plumazo la situación, evitando que las posibles lagunas legales existentes continuasen siendo utilizadas de manera torticera e injusta y determina la completa nulidad de los pactos suscritos contraviniéndola, en aplicación de las previsiones de la propia LGDCU sobre la no renuncia de los derechos reconocidos al consumidor⁴¹.

Cabe señalar que el legislador no sólo puntualiza que su vulneración está tipificada como infracción de consumo⁴² sino que va más allá, aclarando la eficacia de esta previsión para todos los sectores, haciendo mención expresa a los seguros⁴³ y posteriormente, en el trámite de enmiendas al Proyecto, al

⁴¹ Los poderes públicos y, concretamente, los órganos competentes en materia de consumo, deben adoptar y promover las medidas adecuadas para evitar situaciones de indefensión del consumidor o usuario. Entre los derechos de los consumidores destaca el de la protección de intereses contra los abusos del vendedor respecto de contratos tipo establecidos unilateralmente (contratos de adhesión), la exclusión en los contratos de derechos irrenunciables y las cláusulas contractuales que resulten lesivas o abusivas para el consumidor (imposición de arbitrajes distintos del SAC).

⁴² Se deduce del artículo 34, apartado 11, según la modificación efectuada, en el que se califica como tal el incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en la ley y disposiciones que la desarrollen.

⁴³ Modificación en el artículo 61, apartado 3 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados. Disposición final primera. Reforma del texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. El artículo 61, apartado 3 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, quedará redactado en los siguientes términos: «3. En cualquier caso, y salvo aquellos supuestos en que la legislación de protección de los consumidores y usuarios lo impida, también podrán

campo de los arrendamientos⁴⁴, como consecuencia de determinadas prácticas abusivas que se están empezando a producir en el ámbito de las relaciones entre los propietarios y los inquilinos⁴⁵.

La enmienda N° 87 propuesta por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió), haciéndose eco de las situaciones abusivas que se comienzan a producir en el campo de los arrendamientos bajo la excusa de encontrarse “*amparadas bajo el nuevo marco legal de la Ley de Arbitraje 60/2003*”, establecía la prohibición de cualquier estipulación que imponga al consumidor (inquilino) el sometimiento a convenios arbitrales distintos del arbitraje de consumo.

someter a arbitraje las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materia de libre disposición conforme a derecho, en los términos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje.»

⁴⁴ ENMIENDA NÚM. 87 Congreso 30 de mayo de 2006. Serie A. Núm. 83-7 53 A la Mesa de la Comisión de Sanidad y Consumo. Don Josep Antoni Duran i Lleida, en su calidad de Portavoz del Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió), y al amparo de lo previsto en el artículo 110 y siguientes del Reglamento de la Cámara, presenta enmiendas al Proyecto de Ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios el 23 de mayo de 2006. Núm. 83-7. De modificación del apartado «once» del artículo 1 del dicho texto: Redacción que se propone: Artículo 1. Modificación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.... once. Se añaden tres nuevas cláusulas, la 7 bis, la 17.bis y la 22.bis, y se modifica la cláusula número 22, en los siguientes términos: (...) 22.bis (nueva). *En arrendamientos. 1. Queda prohibida cualquier estipulación que imponga al consumidor (inquilino) el sometimiento a convenios arbitrales distintos del arbitraje de consumo. 2. Sólo podrán pactarse de mutuo acuerdo entre las partes una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del trato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados a tal efecto. 3. Los convenios arbitrales pactados contraviniendo lo dispuesto en el párrafo precedente serán nulos. JUSTIFICACIÓN Se pretende así evitar determinadas prácticas abusivas que se están comenzando a producir en el ámbito de las relaciones entre inquilinos y arrendatario.*

⁴⁵ La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (BOE núm. 282, 25-11-1994) en su artículo 39.5 establecía que: “*Las partes podrán pactar el sometimiento de los litigios a los tribunales arbitrales, de conformidad con lo establecido en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre*”. Este artículo fue derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. “*Quedan también derogados los siguientes preceptos, leyes y disposiciones: “Los artículos 38 a 40, incluido, de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.”*

Pese a que finalmente no se incluye en el Proyecto de manera explícita, su desarrollo parlamentario así lo ratifica. No se niega el carácter arbitrable (privado) de los arrendamientos sino que, desgraciadamente y con motivo de determinadas prácticas abusivas que se están comenzando a producir en el ámbito de las relaciones entre inquilinos y arrendatarios, - *al igual que en contratos de adhesión con consumidores*- , el legislador es consciente de que, en el sector de los arrendamientos, se puede calificar - *en mi opinión, muy acertadamente en función de la casuística planteada* - al inquilino como consumidor, al utilizar y disfrutar (alquilar), como destinatario final, un bien inmueble del propietario, y con tal condición, entra dentro de la previsión de considerar nula la cláusula que le someta a arbitrajes distintos del de consumo en dicho ámbito⁴⁶. Sobre dicha materia, sería necesario un desarrollo pormenorizado de los supuestos concretos, materia que será objeto de desarrollo en trabajos posteriores.

VIII. ORIGEN DE LAS REFORMAS

El Proyecto de Ley para la Mejora de la protección de los Consumidores y Usuarios inicia las modificaciones con el artículo 31 de la LGDCU, adicionándole un 4º apartado del siguiente tenor:

⁴⁶ Sobre la arbitrabilidad en arrendamientos, hace referencia MUNNÉ CATARINA, Frederic en “*El arbitraje en la Ley 60/2003*”, páginas 47,48 y 49. Ediciones Experiencia, mayo 2004, Barcelona, poniendo de manifiesto el debate suscitado entre la doctrina sobre el tema y sus distintos supuestos, en concreto, el desahucio.

“Los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo previsto en este artículo, sólo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico. Los convenios arbitrales pactados contraviniendo lo dispuesto en el párrafo precedente serán nulos.”

Como antes apunté, las razones por las que el legislador introduce esta modificación de manera tan drástica y directa deben presumirse claras y fundadas. Y cierto es que así son, tal y como se desprende de la jurisprudencia recaída durante los últimos años. Y así es que son muchos los Autos y Sentencias, primero de los Juzgados de Primera Instancia y después de las Audiencias Provinciales, los que han apreciado un verdadero fraude de ley o procesal proscrito por el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)⁴⁷ y 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)⁴⁸ en contratos de

⁴⁷ L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial BOE, núm. 157, 2 de Julio de 1985 *Artículo 11.* 1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. 2. Los juzgados y tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de Ley o procesal. 3. Los juzgados y tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y solo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las Leyes.

⁴⁸ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero del 2000, pp. 575-728. Corrección de errores BOE núm. 90, de 14-04-2000, p. 15278 y BOE núm. 180, de 28-07-2001, p. 27746). *Artículo 247. Respeto a las reglas de la buena fe procesal. Multas por su incumplimiento.* 1. Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe. 2. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. 3. Si los tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrá imponerle, de forma motivada, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de treinta mil a un millón de pesetas, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio. Para determinar la cuantía de la multa el tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar. 4. Si los tribunales entendieren que la actuación contraria a

adhesión en los que aparecen insertas cláusulas arbitrales ajenas al sistema arbitral de consumo, no negociadas individualmente y que suponían una evidente y previa relación de asesoramiento por la entidad arbitral a una de las partes, que luego se beneficiaba de la condena, lo que se resulta del todo incompatible con la imparcialidad que la norma exige a los árbitros y que se erige como causa de inhabilidad para desempeñar la función⁴⁹.

La numerosa jurisprudencia recaída en asuntos referidos a contratos de adhesión, determina una latente generalización del establecimiento e imposición de cláusulas arbitrales - *ajenas al arbitraje de consumo* - cuyas consecuencias no eran aclaradas a la parte usuaria en el momento de suscribir el contrato que incorporaba el convenio arbitral y sin que hubiese tenido la oportunidad real de conocer, de manera completa al tiempo de su celebración, el verdadero sentido y alcance de la condición general que se le imponía⁵⁰.

Es precisamente en relación a los contratos de adhesión donde la Ley de Arbitraje, en su Artículo 9.2 - *forma y contenido del convenio arbitral* -, establece que si el convenio arbitral está inserto en un contrato de adhesión, la

las reglas de la buena fe podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, darán traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria. La LEC ha sufrido modificaciones, entre otras, por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios (BOE núm. 259, de 29-10-2002, pp. 37922-37933) y por la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo (BOE núm. 165, de 11-07-2003, pp. 27160-27164)].

⁴⁹ Art. 12.3 de la Ley de Arbitraje preceptúa que no podrán actuar como árbitros quienes tengan con las partes o con la controversia que se les somete alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención y recusación de un Juez, implica la obligación que se impone a los árbitros, por el art. 17.3 de la Ley de Arbitraje, de poner de manifiesto a las partes las circunstancias que puedan determinar su recusación.

⁵⁰ Art. 7.a) de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la contratación.

validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato⁵¹.

En consecuencia, se puede afirmar y concluir que el origen y justificación de las reformas que el arbitraje sufrirá, deriva de las sentencias y autos de nuestros Tribunales en aplicación, entre otras, de la normativa en protección de los consumidores y usuarios y de la Directiva 93/13 CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. La citada Directiva ha posibilitado que el Juez nacional aprecie de oficio el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le haya sido sometido cuando examina la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales⁵².

⁵¹ Además de la legislación civil y mercantil, a los contratos de adhesión le son de aplicación la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y la Ley 7/1998, de 13 de Abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación que transpone de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

⁵² Al aplicar las disposiciones de Derecho nacional anteriores o posteriores a la mencionada Directiva, el órgano jurisdiccional nacional, debe interpretarlas, en toda la medida de lo posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad de dicha Directiva. La exigencia de interpretación conforme requiere en particular que el Juez nacional dé preferencia a aquella que le permita negarse de oficio a asumir una competencia que le haya sido atribuida en virtud de una cláusula abusiva." Por su parte la SJCE de 21-11-2002, reitera los argumentos de la anteriormente citada en sus fundamentos nº 32, 33 y 34 estableciendo que: " A este respecto, procede recordar que, en el apartado 28 de la sentencia Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citada, el Tribunal de Justicia declaró que la facultad del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva, a saber, impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores. Esta facultad reconocida al juez se ha considerado necesaria para garantizar al consumidor una protección efectiva, habida cuenta en particular del riesgo no desdeñable de que éste ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercitarlos (sentencia Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citada, apartado 26).

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

Teniendo en cuenta que la doctrina legal del Tribunal Supremo, en las escasas resoluciones sobre la materia relativa a derechos de los consumidores ha podido dictar⁵³, se ha pronunciado a favor de los derechos consumidores en aplicación de la normativa comunitaria (*STS de 21-12-2001, 22-11-2002*), podemos concluir que para ejecutar judicialmente un laudo arbitral, el artículo 54. 1 de la Ley de Arbitraje exige que se adjunte el convenio arbitral libremente pactado por las partes para que se entienda que éstas renuncian a la jurisdicción para que diriman sus diferencias en materias disponibles. Por ello, si el convenio arbitral no se presenta o el que se presenta debe tenerse por inexistente -*como es el caso de los analizados a lo largo del presente estudio*-, el laudo no puede ser ejecutado debiendo ser examinados los requisitos formales por el Juzgado ante quien se presente la demanda⁵⁴.

⁵³ Sobre resoluciones en el ámbito de consumo: MARÍN LÓPEZ, Juan José, *"El arbitraje de consumo: primeros pronunciamientos judiciales."* (BIB 1994/88) Aranzadi Civil, Vol. III Parte Estudio pág. 5, Pamplona 2004.

⁵⁴ GARBERÍ LLOBREGAT, José, *"El recurso de anulación en la Ley de Arbitraje"*, (BIB 1997/72) Aranzadi civil, Vol. III, Parte Estudio pág. 113, 1997, Sobre el recurso de anulación de los laudos en la Ley de Arbitraje de 1988.

Así en la sentencia de 27-6-2000 del TJE, en su fundamento nº 26 expresamente se establece que:

"26. El objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva - 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores -, que obliga a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas. En litigios cuya cuantía es a menudo escasa, los honorarios del abogado pueden resultar superiores a los intereses en juego, lo cual puede disuadir al consumidor de defenderse ante la aplicación de una cláusula abusiva."⁵⁵

Reflejando lo expuesto en la sentencia cabe señalar que la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva - *impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva* - y para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7 ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que

⁵⁵ Si bien es cierto que, en algunos Estados miembros, las reglas de procedimiento permiten a los particulares defenderse a sí mismos en tales litigios, existe un riesgo no desdeñable de que, debido, entre otras cosas, a la ignorancia, el consumidor no invoque el carácter abusivo de la cláusula que se esgrime en su contra. De ello se deduce que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el Juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula. El artículo 7 de la Directiva, que en su apartado 1 exige a los Estados miembros velar por que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores⁵⁶.

Continuando con el estudio del Proyecto de Ley para la Mejora de la protección de los Consumidores y Usuarios, la previsión por la que el artículo 31.4^o establece “...salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico.”, conlleva a que el legislador prácticamente transcriba en su integridad la Cláusula N^o 26 de las recogidas en la Disposición adicional primera de la LGDCU, a los efectos previstos en el artículo 10 bis⁵⁷ por la que se establece como abusiva: **“26. La sumisión a arbitrajes distintos del consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para sector o un supuesto específico.”**

⁵⁶ Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19, SAP N^o 86 de fecha 29.03.2006 por la que declara la nulidad, por abusivas de numeros cláusulas impuestas por las Compañías aseguradores en sus contrato.

⁵⁷ Artículo 10. bis. 1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato. El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. 2. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil. A estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato 3. Las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables, cualquiera que sea la Ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, en los términos previstos en el artículo 5 del Convenio de Roma de 1980, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Así las cosas, aunque a día de hoy sólo es competente el INC y las Juntas Arbitrales de Consumo como órganos institucionales creados por normas legales, ya se comienzan a realizar los primeros avances para la creación de órganos de arbitraje institucionales específicos. Como ejemplo tenemos a la Comunidad Autónoma de Andalucía, por la que se desarrollarán las Juntas Arbitrales de Vivienda, a raíz de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y el suelo⁵⁸.

Según el borrador andaluz, este nuevo sistema de arbitraje se centrará en el sector del alquiler, que la Junta de Andalucía proyecta reestructurar y cuya creación es un fiel reflejo de lo que la enmienda Nº 87 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió) presentó al Proyecto de Ley de mejora de la

⁵⁸ La Disposición adicional quinta de la Ley 13/2005 de Andalucía de Medidas para la Vivienda protegida y el Suelo establece: *Juntas Arbitrales de Vivienda 1. El Consejo de Gobierno creará las Juntas Arbitrales de Vivienda como órganos especializados para la resolución de las controversias que surjan en el cumplimiento de los contratos de arrendamientos, así como en el cumplimiento de otros contratos en materia de vivienda que reglamentariamente se determinen. Podrá atribuir a las citadas Juntas Arbitrales otras funciones que, atendiendo a la naturaleza de estos órganos, considere convenientes. 2. Las Juntas Arbitrales de Vivienda resolverán de acuerdo con los efectos previstos en la legislación general de arbitraje las controversias que las partes intervinientes en los contratos referidos acuerden someter a su conocimiento. 3. El ámbito territorial de actuación de cada una de las Juntas Arbitrales de Vivienda, así como la composición, organización y funciones se establecerán reglamentariamente. En todo caso quedará garantizada la presencia de las asociaciones que representen los intereses de las partes intervinientes en los contratos a los que se refiere el apartado 1. 4. Igualmente por disposición reglamentaria se regulará el procedimiento de tramitación y resolución de las controversias que se sometan al arbitraje, debiendo caracterizarse por la simplificación de trámites y por la no exigencia de formalidades especiales.*

La Consejería de Obras Públicas de la Junta de Andalucía, como parte del proceso de reestructuración de su programa de fomento del alquiler de inmuebles, pretende modificar sensiblemente el funcionamiento de este sistema en la comunidad autónoma con la creación de un órgano especializado en el mercado inmobiliario, para lo que en el año 2006 ha distribuido entre las asociaciones de consumidores y usuarios un borrador del decreto que regulará la creación del nuevo órgano de arbitraje, que tendrá una estructura similar al sistema ya existente, pese a su carácter especializado. Cuando las dos partes implicadas en un contrato de venta o alquiler de una vivienda estén de acuerdo en someterse a esta mediación, se constituirá un colegio arbitral formado por representantes de los inquilinos, de los propietarios y de la administración. Toda agencia inmobiliaria que pretenda participar en alguno de los programas de ayudas de la Administración autonómica deberá someterse a este método de arbitraje, con el que se pretenden resolver todo los conflictos relacionados con los contratos de arrendamiento de viviendas.

protección de los consumidores y usuarios, en el sentido de prohibir la imposición al inquilino de someterse a convenios arbitrales distintos del arbitraje de consumo, sólo pudiendo ser pactados de mutuo acuerdo entre las partes una vez surgido el conflicto material o controversia, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados a tal efecto.

IX. JUSTIFICACIÓN DE LAS REFORMAS. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Al hilo del epígrafe anterior y como continuación de éste, acierto a señalar que la justificación que el Proyecto recoge para establecer las modificaciones y previsiones en el arbitraje indicadas, tiene su sustento en la jurisprudencia recaída en las distintas Audiencia Provinciales que han tenido la oportunidad de abordar el problema (Madrid, Barcelona, Vizcaya, Jaén), pudiendo afirmar la existencia de una corriente jurisprudencial mayoritaria y unánime.

Mediante sus resoluciones - *negando y dictando la nulidad de Laudos por ser contrarios al orden público y revestir visos de parcialidad tanto de los administradores como de los árbitros* -, el Poder Judicial ha evitado la permanencia y continuación de determinados arbitrajes ajenos al sistema arbitral de consumo que “usurpaban” las funciones del Instituto Nacional de Consumo (INC) y sus Juntas Arbitrales, sin ser órganos con potestad para ello y que vulneraban, en muchas ocasiones, un amplio elenco de derechos y garantías constitucionales.

En esta línea, debo destacar, entre otros, los Autos dictados por la Audiencia Provincial de Barcelona y como ejemplo por todos, el *Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 diciembre de 2005 (JUR 2006\85953)*⁵⁹ en el que se determinan y reflejan, entre otros aspectos, la improcedencia de ejecución de determinados laudos arbitrales a raíz de cláusulas insertas como condiciones generales en contratos de adhesión celebrados con consumidores, no negociadas individualmente, y produciendo perjuicios a los intereses de los consumidores. Así las cosas, numerosos Autos vistos en apelación por la Sección 15ª de la Audiencia de Barcelona niegan la ejecución de títulos extrajudiciales en contratos de adhesión ocasionados por su incumplimiento – *laudos dictados por entidades privadas* - que condenaban a usuarios al pago de ciertas sumas de dinero en concepto de perjuicios, así como al abono de las costas de procedimientos arbitrales, honorarios de árbitros y otros derivados⁶⁰.

⁵⁹ Auto Audiencia Provincial de Barcelona núm. 310/2005 (Sección 15ª), de 14 diciembre de 2005 (JUR 2006\85953). Jurisdicción Civil. Recurso de Apelación núm. 252/2005 Procedimiento Nº 746/2004 Juzgado de Primera Instancia Nº 56. Ilmos. Sres. D. Blas Alberto González Navarro (Ponente) D. Ignacio Sancho Gargallo D. Luis Garrido Espa.

⁶⁰ Autos de la Sección 15ª de los Ilmos. Sres. D. Jordi Lluís Forgas Folch, D. Ignacio Sancho Gargallo y D. Luis Garrido Espa: Auto Audiencia Provincial Barcelona Núm. 243/2005 (Sección 15ª), de 7 de Octubre de 2005. (JUR 2006\59787) Recurso Núm. 142/2005 Procedimiento Nº 826/2004 Juzgado de Primera Instancia Nº 44. - Auto Audiencia Provincial Barcelona Núm. 2744/2005 (Sección 15ª), de 7 de Octubre de 2005 (JUR 2006\59790). Recurso Núm. 77/2005. Procedimiento Nº 506/2004 Juzgado de Primera Instancia Nº 20.- Auto Audiencia Provincial Barcelona Núm. 262/2005 (Sección 15ª), de 2 de Noviembre de 2005 (JUR 2006\58726). Recurso Núm. 239/2005. Procedimiento Nº 1013/2004 Juzgado de Primera Instancia Nº 55. Auto Audiencia Provincial Barcelona Núm. 269/2005 (Sección 15ª), de 4 de Noviembre e 2005. (JUR 2006\86773).. Recurso Núm. 179/2005 Procedimiento Nº 1176/2004 Juzgado de Primera Instancia Nº 57. - Auto Audiencia Provincial Barcelona Núm. 271/2005 (Sección 15ª), de 4 de Noviembre de 2005. (JUR 2006\86779). Recurso Núm. 223/2005 Procedimiento Nº 1043/2004 Juzgado de Primera Instancia Nº 36. - Auto Audiencia Provincial Barcelona Núm. 272/2005 (Sección 15ª), de 4 de Noviembre de 2005. (JUR 2006\86782). Recurso Núm. 121/2005. Procedimiento Nº 344/2004 Juzgado de Primera Instancia Nº 31. - Auto Audiencia Provincial Barcelona Núm. 270/2005 (Sección 15ª), de 4 de Noviembre de 2005 (JUR 2006\86777). Recurso Núm. 215/2005. Procedimiento Nº 5/2005 Juzgado de Primera Instancia Nº 54. - Auto Audiencia Provincial Barcelona Núm. 313/2005 (Sección 15ª), de 14 de Diciembre de 2005. (JUR 2006\85958). Recurso Núm. 270/2005. Procedimiento Nº 1195/2004 Juzgado de Primera Instancia Nº 57. Auto Audiencia Provincial Barcelona Núm. 311/2005 (Sección 15ª), de 14 de Diciembre de 2005. (JUR 2006\85957). Recurso Núm. 260/2005 Procedimiento Nº 594/2004 Juzgado de Primera Instancia Nº 41.

La Sección 15ª de Barcelona fundamenta la no admisión de la ejecución de estos laudos por apreciar un evidente fraude de ley o fraude procesal al considerar que, en el contrato de adhesión en el que aparece inserta la cláusula arbitral, ésta no fue negociada individualmente, así como que la vinculación entre la entidad administradora y las empresas no había sido aclarada a la parte usuaria en el momento de suscribir el contrato de adhesión que incorporaba el convenio arbitral.

En este sentido, el Fundamento Segundo del Auto de 14-12-2005 dictamina:

“... no podemos aceptar que la parte usuaria haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato el verdadero sentido y alcance de la condición general que acoge la cláusula arbitral, como exige el art. 7.a) de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la contratación, para que la misma quede incorporada al contrato, al tiempo que implica infracción de la obligación que se impone a los árbitros, por el art. 17.3 de la Ley de Arbitraje, de poner de manifiesto a las partes las circunstancias que puedan determinar su recusación, tan pronto como las conozcan.” a lo que, sin fisuras, en sus Autos añaden:

“ ... de lo que deducíamos una evidente y previa relación de asesoramiento a una de las partes (que luego será beneficiaria de la condena), incompatible con la imparcialidad que la norma exige a los árbitros y que se erige como causa de inhabilidad para

desempeñar la función (conforme al art. 12.3 de la Ley de Arbitraje no podrán actuar como árbitros quienes tengan con las partes o con la controversia que se les somete alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención y recusación de un Juez..).”

De idéntica manera que la Audiencia de Barcelona, la Audiencia Provincial de Madrid ha tenido la ocasión de conocer sobre la materia, destacando las SAP de Madrid núm. 381/2005 (Sentencia Audiencia Provincial de Madrid núm. 381/2005 (Sección 14ª), de 31 marzo JUR 2005\178204. Recurso de Anulación núm. 1/2004)⁶¹, base de las muchas otras posteriores dictadas y a la que

⁶¹ Por la importancia y como ejemplo de todas las recaídas, considero procedente mostrar la literalidad de la misma, en los términos en los que interesa a este estudio : «En nuestro auto dictado al Rollo 540/04 refiriéndonos a la garantía de imparcialidad judicial decíamos que: "El artículo 24.2 CE RCL 1978, 2836) , en relación con el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (RCL 1979, 2421) , reconoce el derecho al juez natural predeterminado por la Ley y, obviamente, al juez imparcial: 'sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional'. Esta garantía fundamental del proceso debido reviste mayor rigor ante pretensiones de condena, en las que la estricta observancia del principio de legalidad obliga a que la libertad de criterio del juzgador obedezca exclusivamente a motivos de aplicación del Derecho y nunca a prejuicios ideológicos o personales (SSTC 225/1988, de 28 de noviembre [RTC 1988, 225] , y 137/1997, de 21 de julio [RTC 1997, 137] ; Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de octubre de 1982 [TEDH 1982, 6] , caso Parsec, de 26 de octubre de 1984 [TEDH 1984, 14] , caso De Cubber, de 22 de junio de 1989 [TEDH 1989, 11] , caso Langborger, de 20 de mayo de 1998 [TEDH 1998, 73] , caso Gautrin, entre otros). La obligación del juzgador de no ser 'Juez y parte' se traduce, según la STC 162/1999 (RTC 1999, 162) en dos reglas. La primera, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte. La segunda, que el Juez no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones de hecho o de derecho que pongan o puedan poner de manifiesto una toma de posición a favor o en contra de alguna de ellas. Con arreglo a ese criterio, la Jurisprudencia Constitucional ha diferenciado entre la imparcialidad subjetiva, que guarda la independencia ante las relaciones con las partes, y la imparcialidad objetiva, referida al objeto del proceso, y por la que se asegura que el Juez o Tribunal no ha tenido contactos previos con el objeto del litigio". Creemos que estas notas de imparcialidad son igualmente aplicables al proceso arbitral en general, y a las instituciones administradoras del arbitraje, y a los árbitros en particular; lo abonan evidentes razones de lógica y sentido común, y otras legales previstas en el art. 17 de la derogada Ley de Arbitraje (RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783) , aplicable a estos autos por razón de fechas, que declara aplicables a los árbitros las mismas causas de abstención y recusación que a los jueces. Somos conscientes que las exigencias del derecho al Juez imparcial predeterminado por la Ley no pueden imponerse exacta y milimétricamente a los árbitros y las instituciones arbitrales; en el derecho al Juez imparcial predeterminado por la Ley existen una serie de connotaciones derivadas de los límites del poder político y del mantenimiento de las garantías esenciales del ciudadano, que no concurren en los sucedáneos de la Justicia pública. No obstante, **si algo caracteriza a la institución arbitral, como órgano privado de heterocomposición, es la exigencia de imparcialidad, y esa imparcialidad debe exigirse a todos los que intervienen en las funciones arbitrales; tanto a los árbitros como a las instituciones administradoras del arbitraje, de forma que su misión de administración, control y prestación del arbitraje no se solape con otras de asesoramiento previo a una de las partes en el conflicto.** En los diversos sistemas de designación de árbitros siempre hay un componente

vuelve a hacer referencia la *SAP de Madrid* núm. 609/2005 (Sección 14ª), de 28 julio (*JUR 2005\237326*)⁶².

importantísimo de imparcialidad: se buscan árbitros de común acuerdo, se encomienda a un extraño el nombramiento del tercer árbitro que equilibre la composición del colegio arbitral cuando cada parte haya elegido uno, se confía el arbitraje a institución ajena al interés de las partes en la confianza de su imparcialidad, se fuerza la intervención de la autoridad judicial que los insacula, o se toma otra medida para preservar al órgano decisorio del conflicto de las influencias de uno de los intereses en juego. Buena prueba de ello es el contenido del los arts. 12 a 16 de la Ley de Arbitraje derogada (RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783), y los arts 14 y 15 de la vigente Ley 60/2003 (RCL 2003, 3010) de Arbitraje. ***Pues bien, creemos que en este caso se han violentado las garantías mínimas del principio de imparcialidad objetiva. En efecto conocemos que los contratos están redactados, siguiendo un mismo modelo... comprobado que en el apartado reservado a la actividad... ha diseñado unos bloques de contratos entre distribuidor y cliente, que vinculan a ambas partes...***". La consecuencia de esa afirmación es clara; no existe la imparcialidad objetiva necesaria para la buena llevanza del proceso arbitral. La asociación prepara los contratos para las empresas del sector a instancias de esas mismas empresas, lo hace bajo la formula de contratos de adhesión con efecto obligatorio para todos los contratantes, sin posibilidad alguna de discusión; ni siquiera de proposición de otro modelo distinto de contrato y de cláusula arbitral, se erige como única institución competente para arbitrar el conflicto, sin dar lugar a que pueda existir otra, elige y nombra a los árbitros, y ejecuta el laudo. Dicho de otro modo; la asociación administradora del arbitraje juzga a través de sus árbitros contratos que ella misma ha confeccionado a instancia de sus clientes mas poderosos. A estos argumentos no puede oponerse que determinados bufetes de abogados recomienden determinadas cláusulas arbitrales a sus clientes, ni que las Cámaras de Comercio lo hagan dentro de su ámbito propio; la otra parte puede aceptar o no el arbitraje, y asesorarse con su letrado para negociar la cláusula arbitral o proponer otra distinta. Lo que si parece claro es que el abogado que negociara el contrato e impusiera determinada cláusula arbitral sería recusable, y que la Cámara que recomienda su cláusula tipo no es la que prepara el contrato que luego resulta litigioso. Esas conductas son absolutamente distintas de las que ahora analizamos, y no interfieren la garantía de imparcialidad del arbitraje; una cosa es recomendar el arbitraje y determinada cláusula arbitral, y otra bien distinta es preparar los contratos, insertar obligatoriamente la cláusula arbitral, y después administrarlo, de forma que el arbitraje resulta prácticamente obligatorio cuando se quiere obtener un determinado tipo de teléfono móvil, y por último ejecutarlo. Tan es así que en el modelo utilizado la fecha del contrato no aparece debajo de sus cláusulas, sino bajo la cláusula arbitral.

Es fácilmente adivinable la crítica que merecería el Poder Judicial si asesorase previamente a un litigante en materia que luego se sometiera al conocimiento de los jueces, preparase los modelos de contratos y demás actos jurídicos que se hubieran de someter a litigio, y pudiese nombrar libremente para cada caso los Jueces que hubieran de decidir sobre aquellas materias y sobre esos actos; habíamos retrocedido muchos siglos en la defensa de las garantías ciudadanas. Es mas, llegados a este punto la duda aumenta geométricamente: nos preguntamos quien ha sido el autor de los modelos de contrato, y si esa persona se encuentra en el círculo de los posibles árbitros designables por la institución arbitral. En definitiva, creemos que la asociación a la que se sometieron las partes no goza de la imparcialidad objetiva suficiente como para administrarlo». Esta afirmación se hace perfectamente palpable en este caso cuando apreciamos que antes de iniciarse el procedimiento arbitral la propia Asociación, defendiendo sin duda los intereses de la empresa de telefonía, ofrece a la parte contraria, que es la que ha promovido el recurso, la posibilidad de que se ponga en contacto con la misma para conseguir una solución menos gravosa para sus intereses."

⁶² Auto Audiencia Provincial Madrid Núm. 288/2005 (Sección 14ª), de 23 noviembre (*JUR 2006\35008*). Sentencia Audiencia Provincial Madrid Núm. 231/2005 (Sección 9ª), de 28 abril (*JUR 2005\143077*). Sentencia Audiencia Provincial Madrid núm. 401/2005 (Sección 10ª), de 1 junio.; Sentencia Audiencia Provincial Madrid (Sección 20ª), de 16 diciembre 2005 (*JUR 2006\121368*). Auto Audiencia Provincial Madrid núm. 288/2005 (Sección 14ª), de 23 noviembre (*JUR 2006\35008*) y Sentencia Audiencia Provincial Madrid núm. 68/2005 (Sección 12ª), de 15 noviembre (*JUR 2006\97486*), entre otras.

La Audiencia Provincial de Madrid, en idénticos supuestos de contratos de adhesión con consumidores conocidos por la de Barcelona, aprecia, entre otras cuestiones, la falta de imparcialidad objetiva tal como establece el artículo 41.2 de la Ley de Arbitraje así como la nulidad de los laudos por ser contrarios al orden público, siendo numerosos los autos y sentencias de la Audiencia que reflejan esta situación al considerar que son portadores de una condición general - *aplicación de la Ley 7/1998 y la Ley General 26/1984*-, al tener el adherente la consideración de consumidor⁶³, determinando la nulidad de los laudos en base al artículo 8.2 de la Ley 60/2003, y de los artículos 10 y 10 bis y nº 26 de la Disposición Adicional Primera de la LGDCU, al considerar abusiva la cláusula que contenía la sumisión a arbitrajes distintos del de consumo y al haber sido dictados por entidades que no eran órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico.

Sin dejar de valorar la importancia y trascendencia de los fundamentos de las sentencias estudiadas en cuanto a la parcialidad de determinadas instituciones arbitrales, su sistema y sus árbitros, la razón determinante de su nulidad - *para lo que a este estudio interesa* -, es la vulneración de la normativa protectora de consumidores usuarios, como así ha indicado, la Audiencia Provincial de Barcelona (*Auto de 25.02.2004*):

(...) La cláusula arbitral, en la medida en que se encuentra inserta como condición general en contratos de adhesión

celebrados con consumidores (...) es nula de pleno derecho y por tanto debe tenerse por no puesta según el art. 10 bis de la ley protectora de consumidores y usuarios⁶⁴.

Con buen criterio, la Sala cita dentro del elenco de cláusulas consideradas nulas por abusivas, a los efectos previstos en el artículo 10 bis, el número 26^a) de la Disposición Adicional Primera de la LGDCU por la 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”***, en la medida en que:

“... a) la cláusula no sea negociada individualmente pues el contrato es un impreso de la empresa en él que aparece la cláusula arbitral formando parte del mismo, y reuniendo el carácter de condición general. b) La remisión al arbitraje no es a una institución pública

⁶⁴ Artículo.- 10 bis. de la LGDCU: “1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirán la aplicación de este artículo al resto del contrato. El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. 2. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil. A estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato. 3. Las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables, cualquiera que sea la Ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, en los términos previstos en el artículo 5 del Convenio de Roma de 1980, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales.”

*como son las Juntas de Consumo a las que se refiere el Art. 31 de la LGDCU sino a una asociación de carácter privado. c) **La cláusula perjudica claramente a los intereses del consumidor** y el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes...*"

Del propio Auto de la Audiencia de Barcelona de diciembre de 2005 analizado, se pueden extraer las razones del perjuicio que las cláusulas arbitrales distintas al sistema arbitral de consumo producían a los consumidores ya que, en primer lugar, les impedían acudir a la jurisdicción ordinaria o a una institución arbitral con garantías de imparcialidad, como es la de consumo, y en segundo lugar, en muchos casos se les obligaba a acudir a defenderse a una localidad lejana a su domicilio, lo que unido a la baja cuantía de las reclamaciones, dificultaba, cuando no imposibilita, las posibilidades de defensa⁶⁵.

Por último, en todos estos casos se le imponían unas cargas sobreañadidas a la indemnización que se determina a favor de la empresa, al establecerse en el convenio arbitral que los costes del proceso los abonaría la parte que hubiese incumplido el contrato⁶⁶.

Al igual que las Audiencias Provinciales de Barcelona y Madrid, las de Vizcaya y Jaén, entre otras, han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre casos idénticos a las primeras, dictaminando la nulidad del convenio arbitral en relación con la LGDCU.

⁶⁵ Si no existiese la cláusula, se tendría que acudir a la jurisdicción ordinaria y ante los Juzgados del domicilio del demandado.

⁶⁶ Dichos gastos alcanzan además una cuantía elevada, todo lo cual resulta contrario a los principios inspiradores del art. 394 de la LEC o aún del Art. 35 de la Ley de Arbitraje de carácter imperativo según reiterada doctrina legal.

Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm. 172/2006 (Sección 1ª), de 13 marzo (JUR 2006\154179) de los Ilmos. Sres. D. Fernando Valdés Solís Cecchini Ponente D. Ignacio Olaso Azpiroz Dña. Reyes Castresana García, y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm. 757/2005 (Sección 4ª), de 16 noviembre (JUR 2006\83078) Recurso de Nulidad núm. 16/2005 Ponente: Ilma. Sra. Dª. Lourdes Arranz Freijo);

*“ ... Coincidimos con la parte demandante en que **el convenio arbitral es nulo de pleno derecho y lo es por dos fundamentales motivos:***

*A) El convenio arbitral está **incorporado a un contrato de adhesión....** B) Una segunda causa de nulidad, incardinable dentro del supuesto del art. 41, 1, f), de la Ley se refiere a vulneración de las normas de competencia establecidas por la LECivil,... Así lo recogemos en nuestra Sentencia nº 754/04 de fecha 29 de octubre de 2.004, sentencia que tras reflejar la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia y el principio del juez ordinario predeterminado por la Ley, afirma, refiriéndose a una causa idéntica...”*

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm. 757/2005, de la misma manera que los pronunciamientos de las de Madrid y Barcelona, la Sala se pronuncia, en su Fundamento Segundo sobre la reiteración de la casuística:

“...Convenios arbitrales, de similares características al que hoy es objeto de litigio han sido examinados, en múltiples ocasiones por esta

*Sala, y en todas ellas se ha considerado abusiva la cláusula que lo incorpora... No consta la aceptación de convenio arbitral por la recurrente, pues no consta la aceptación expresa en el documento en el que se especifican las condiciones del convenio, y tampoco consta que la recurrente tuviera ninguna intervención, ni negociación en su contenido. ...Por tanto, **no consta la voluntad inequívoca de las partes, de someter la cuestión litigiosa a Arbitraje...***

La sentencia continúa determinando que la cláusula del convenio arbitral, encuadrada en el marco de un contrato de adhesión, no cumple la exigencia del art. 5.2 de la Ley Arbitraje de 1988, al no respetar las disposiciones en vigor sobre esta forma de contratación, señalando que:

*“... En este punto ya se ha dicho, por esta Sala (entre otras en resoluciones de 8 de abril de 2003 [JUR 2003, 238794] y 12 de mayo de 2000), que la cláusula 3 del contrato de litigio, y el convenio arbitral al que se remite, ha de calificarse como una condición general de la contratación al reunir los requisitos que se especifican en el art. 1º de la Ley General de Condiciones de la Contratación (Ley 7/1998 de 13 de abril [RCL 1998, 960]), **pues como ya hemos dicho es una cláusula impuesta por una parte contratante, incorporada a múltiples contratos de contenido similar.**“*

Muy acertadamente, la Audiencia de Vizcaya realiza una argumentación sobre las condiciones generales de contratación, su interpretación y su aplicación según estemos hablando de consumidores o no:

“... Si nos encontramos en presencia de un consumidor, entra en aplicación la lista de cláusulas abusivas recogidas en la Ley, en concreto en la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984, 1906) , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. «Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas.”

El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores, pudiendo darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse, siempre que no ha existido negociación individual. Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante, pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual, lo que no impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios.

La Sentencia finaliza anulando la cláusula que contiene el convenio arbitral por ser contraria a la buena fe y ocasionar un importante desequilibrio en las obligaciones contractuales, pues en caso de conflicto, la cuestión era resuelta por un árbitro impuesto por una de las partes, en vez de por un Tribunal de consumo o un órgano jurisdiccional, lo que producía unos gastos absolutamente desproporcionados, en comparación a la entidad económica del asunto, y debiendo litigar la parte demandada lejos de su domicilio, con los gastos y molestias que ello comportaba.

Sin embargo no se queda ahí sino que, en su Fundamento Tercero, considera que también procede su nulidad al haber infringido el orden público, refiriéndose a lo ya dicho por la misma Sala en *sentencia de 29 de octubre de 2004, dictada en el RNL 656/03 (JUR 2005, 18696)*, compartiendo plenamente el criterio expuesto por la Audiencia Provincial de Madrid el 31 de marzo de 2005 (JUR 2005, 178204) - *antes citada y analizada* -, en la que concluye que la administradora del arbitraje no reunía las condiciones de imparcialidad necesarias para llevar a buen término el procedimiento arbitral:

“ ...«el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 15 abril 1986 (RTC 1986, 43) , y en lo que se refiere a la vulneración del orden público, art. 45.5 Ley Arbitraje (RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783) , en el ámbito del procedimiento arbitral, remite a la vulneración los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente a través del art. 24 de la CE (RCL 1978, 2836) , derechos y libertades que pueden tener relación tanto con las garantías jurídicas, políticas y demás

contenidas en el título I de dicho texto legal, o bien con las garantías y principios esenciales del procedimiento, lo que entronca con la otra causa de nulidad recogida en el art. 45.2 de la Ley Arbitraje, por cuanto en el procedimiento arbitral rigen los mismos fundamentos que en los procedimientos comunes de la LECiv (LEG 1881, 1) , en orden a la salvaguarda de los principios de contradicción procesal y defensa y así el art. 21 de la Ley Arbitraje establece que «el procedimiento arbitral se ajustará en todo caso a lo dispuesto en esta Ley, con sujeción a los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad de partes».

Pues bien, el laudo dictado viola las garantías jurídicas, consagradas en la Constitución, y en concreto la garantía de que el justiciable sea juzgado por el Juez ordinario predeterminado por la Ley, y obviamente por un Juez imparcial.”

En definitiva, a la vista de la jurisprudencia analizada se adivina la justificación que el legislador ha considerado para realizar las modificaciones y previsiones explícitas en el arbitraje y que el Proyecto de Ley para la Mejora de la protección de los Consumidores y Usuarios establece con el fin de proteger a los consumidores y evitar las cláusulas abusivas a la hora de imponer sistemas arbitrales distintos al de consumo para resolver sus conflictos.

X. CONSECUENCIAS Y OPCIONES ARBITRALES TRAS LA REFORMA

A lo largo de este estudio se han querido reflejar los cambios y consecuencias que las modificaciones en materia de consumidores provocarán en el ámbito del arbitraje, tanto a nivel público como privado y que, sin duda, dará mucho que hablar en un futuro no muy lejano y que me atrevería a decir, muy próximo en el tiempo.

Por ello, me parece oportuno finalizar reflejando las distintas opciones existentes en función de la situación y del litigio en que sea parte un consumidor, así como las posibilidades de éste último, debiendo tener siempre presente que para que el sistema arbitral de consumo se inicie, debe ser promovido a instancia del consumidor y sólo por el consumidor. Nunca un comerciante o un empresario podrán iniciar un procedimiento de esta clase.

Así, surgido un conflicto en un contrato con consumidores (p.ej. contratos de adhesión), se pueden dar, entre otras, las siguientes situaciones:

OPCIÓN 1: La empresa no está adherida al sistema arbitral de consumo ni opta por ningún sistema de arbitraje privado.

	Empresa	Consumidor
Jurisdicción Civil (LEC)	X	X
Arbitraje de Consumo (SAC)	¿	X
Arbitraje Privado (Ley 60/2003)	--	--

- El consumidor podría acudir al sistema arbitral de consumo para solucionar el conflicto interponiendo una reclamación ante la Junta Arbitral de Consumo competente. El problema deriva en que si la empresa no está adherida al sistema, muy probablemente lo rechazará sin ni siquiera contestar a la reclamación.
- El consumidor se vería abocado a presentar una demanda ante la jurisdicción civil ordinaria ya que si la empresa también omite la opción del arbitraje privado es improbable que, previa iniciativa del consumidor, se someta al arbitraje de una entidad arbitral privada algo que sería cuanto menos extraño que sucediese.

OPCIÓN 2: La empresa está adherida al sistema arbitral de consumo.

	Empresa	Consumidor
Jurisdicción Civil (LEC)	X	X
Arbitraje de Consumo (SAC)	X	X
Arbitraje Privado (Ley 60/2003)	--	--

- Al estar la empresa adherida al sistema arbitral de consumo, el consumidor que opte por instar un arbitraje en consumo resolverá con carácter definitivo el conflicto con la empresa.
- Como en la Opción 1, si la empresa omite la opción del arbitraje privado es improbable que, previa iniciativa del consumidor, se someta al arbitraje de una entidad arbitral privada, máxime cuando está adherido al sistema de consumo y la iniciativa del consumidor hacia el arbitraje privado es improbable.
- En cualquier caso y si lo cree conveniente, el consumidor podrá acudir a la vía judicial pero nunca después de haberse sometido con anterioridad al arbitraje y se haya dictado laudo sobre el conflicto.

OPCIÓN 3: La empresa ofrece sólo el arbitraje privado.

	Empresa	Consumidor
Jurisdicción Civil (LEC)	X	X
Arbitraje de Consumo (SAC)	¿	X
Arbitraje Privado (Ley 60/2003)	X	X

- El consumidor podría acudir al sistema arbitral de consumo pero, como en la opción 1, si la empresa no está adherida al sistema, sin duda lo rechazará, máxime cuando opta por un arbitraje privado.
- **La empresa no puede obligar al consumidor a someterse al arbitraje privado ya que dicha sumisión es nula.** En un hipotético supuesto, el consumidor podría solucionar el conflicto sometiéndose al arbitraje privado si así lo considera conveniente pero nunca por imposición de la empresa. Para ello, y una vez que el conflicto haya surgido, el consumidor debe haber sido previamente informado del sistema, consecuencias y gastos que supone su sometimiento, siendo aceptado de manera inequívoca por éste.
- El consumidor, en cualquier caso y si lo considera conveniente, podrá acudir a la vía judicial pero nunca después de haberse sometido con anterioridad al arbitraje ya sea de consumo, ya sea privado.

OPCIÓN 4: La empresa ofrece, de manera opcional, el arbitraje de consumo (en caso de estar adherido) o el privado.

	Empresa	Consumidor
Jurisdicción Civil (LEC)	X	X
Arbitraje de Consumo (SAC)	X	X
Arbitraje Privado (Ley 60/2003)	-----	-----

- El consumidor podría acudir al sistema arbitral de consumo pero como en la opción 1 y 3, si la empresa no está adherida al sistema, lo rechazará con toda probabilidad. El que la empresa pueda ofrecer “opcionalmente” el arbitraje de consumo o el arbitraje privado no cuadra.

Así las cosas, la sumisión opcional ha sido declarada nula, entre otras, por la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 68/2005 (Sección 12ª), de 15 noviembre (JUR 2006\97486)*, cuyo Fundamento de Derecho Segundo dicta:

*“...inserta la cláusula arbitral como una condición general de un contrato de adhesión, aunque se haya recogido con la mención de **"cláusula opcional de sumisión a arbitraje"**, es nula de pleno derecho y ha de tenerse por no puesta, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y*

Usuarios, al no haber sido individualmente negociada, pues se trata de un modelo impreso; al no tratarse de una institución pública, sino una asociación de carácter privado, relacionada previamente con la empresa ... ; y al perjudicar los intereses del consumidor, por impedirle acudir a la jurisdicción ordinaria o a una institución arbitral imparcial. Pretendida la ejecución de un laudo arbitral, cuyo convenio se considera inexistente, ha de denegarse, al ser examinados los requisitos formales del mismo por el Juzgado de Primera Instancia ante el que se formulase la demanda ejecutiva, criterio del Juzgado " a quo" que se comparte, por lo que procede la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida; con la imposición de las costas a los apelantes."

La Audiencia de la Provincial de Barcelona, (Sección 15ª), en sus Autos núm. 243/2005 (JUR 2006\59787) y núm. 244/2005 de 7 octubre (JUR 2006\59790); núm. 262/2005 de 2 noviembre (JUR 2006\58726); núm. 269/2005 (JUR 2006\86773); núm. 270/2005 (JUR 2006\86777) y núm. 272/2005 de 4 noviembre (JUR 2006\86782) así como el núm. 311/2005 de 14 diciembre (JUR 2006\85957) se pronuncia en igual sentido estableciendo que:

"... II) Es el segundo inciso de la cláusula de sumisión a arbitraje el que introduce el carácter opcional, sólo para el caso de que el cliente merezca la calificación de consumidor o usuario. En tal supuesto, dice la cláusula, el cliente podrá someter cualquier cuestión derivada del presente documento tanto a procedimiento arbitral

conforme se ha expuesto en el párrafo anterior, como a la vía judicial ordinaria, o al procedimiento arbitral de consumo, siempre y cuando la empresa estuviera adherida al mismo... el resto de la cláusula ofrece al consumidor dos vías para dirimir los conflictos derivados del contrato: la de la jurisdicción ordinaria y la del arbitraje, y dentro de esta última el arbitraje bien a impartir por A o bien por el procedimiento arbitral de consumo. **Se trata, como se ve, de una facultad de opción que, como tal, exigirá del consumidor una declaración de voluntad ulterior, sin que baste la exposición inicial de las distintas opciones que tiene para estimar que el consumidor queda vinculado a cualquiera de ellas, a elección de la otra parte contratante, la empresa ..., sin necesidad de un acto volitivo posterior de aquél determinando una elección concreta, en particular la sumisión al arbitraje de A.”**

Para la Audiencia, la cláusula inserta no configura un convenio arbitral en el sentido del artículo 5.1 de la Ley de Arbitraje aplicable, sino una mera facultad que se brinda al consumidor para someterse a arbitraje, y en particular al arbitraje de una institución que no consta ejercitada en la forma que el precepto requiere, mediante expresión de la voluntad inequívoca de someter al arbitraje de ésta las controversias que puedan derivarse de la ejecución del contrato.

Continúa el Auto aclarando que: “... *Esa declaración de voluntad **no puede ser deducida ni es deducible del simple hecho de haber tenido la oportunidad de presentar alegaciones** ante la propia A en el procedimiento arbitral por ésta iniciado a instancia de la empresasin que previamente se haya*

obtenido del consumidor su consentimiento inequívoco de renunciar a la jurisdicción ordinaria y someter el asunto a arbitraje administrado por A; siquiera consta dirigida una comunicación en tal sentido al consumidor para que éste manifestara su voluntad, aceptando o rechazando el arbitraje.”

En consecuencia, para que un consumidor renuncie a la jurisdicción ordinaria para resolver un conflicto mediante el arbitraje – *distinto del de consumo o el creado por órganos institucionales vía reglamentaria y normativa* – debe existir una voluntad expresa de éste para entender la existencia de convenio arbitral que le vincule, voluntad expresa que sólo es posible una vez haya surgido el conflicto, conozca las consecuencias del arbitraje privado y lo decida de manera expresa e inequívoca. El resto de supuestos, acarrearán su nulidad.

XI. CONCLUSIÓN

Con el estudio que se presenta lo que se pretende es, en primer lugar, desgranar cuáles han sido los motivos que han dado lugar a que el legislador introduzca los cambios que se aproximan en el sistema arbitral en España y las consecuencias que de éstos derivan.

Siguiendo la corriente jurisprudencial de las Audiencias así como las aportaciones de ciudadanos particulares, el legislador ha decidido la línea a seguir por el arbitraje de consumo y por el propio arbitraje privado.

Así las cosas, es labor de las instituciones y profesionales del arbitraje el impedir que determinadas praxis en el arbitraje privado supongan la intervención continua del legislador atrayendo hacia el ámbito del arbitraje de consumo materias que, por su propia naturaleza, son objeto de la esfera disponible de las partes y por lo tanto, susceptibles de arbitrajes privados.

En segundo lugar, para que sirva a la práctica arbitral, teniendo muy presente que los derechos irrenunciables de los consumidores no pueden ser vulnerados por ciertos fenómenos “pseudoarbitrales” que se extienden e invaden la esfera de los consumidores y usuarios, so pretexto de dar una “solución eficaz y rápida” a todos los problemas, vulnerando en su camino todo tipo de derechos fundamentales pero que afectan de manera especial a la parte débil, el consumidor, y de una manera particular, al arbitraje.

Autor: Iago Pásaro Méndez

Fecha: Diciembre de 2006

España. Galicia. A Coruña

© *Copyright IAGO PÁSARO MÉNDEZ. Todos los derechos reservados.*

www.abogadocoruna.com