

Arturo Álvarez Alarcón

El Sistema Español de Arbitraje de Consumo



Arturo Álvarez Alarcón
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Cádiz

El Sistema Español de Arbitraje de Consumo

Jerez de la Frontera, 1999

MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO
Instituto Nacional del Consumo



MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO
Instituto Nacional del Consumo

© EDITA:

Instituto Nacional del Consumo

Príncipe de Vergara, 54. 28006 Madrid

INTERNET: www.consumo-inc.es

e.mail: publicaciones@consumo-inc.es

IMPRIME: Garantí Artes Gráficas, S. L.

NIPO: 353-99-003-6

ISBN: 84-86816-75-0

Depósito Legal: M-23904-1999

*A la memoria de mi padre,
a mi madre y a mi hijo Arturo.*

Goza el alma porque sufre,
sufre el alma porque goza.
Llora y ríe,
ríe y llora.
Ama el alma...
...sola... sola...

("Ama el Alma", Arturo Álvarez Joven,
La gitana extremeña y otros poemas, 1949.)

Índice

<i>Prólogo</i>	13
<i>Abreviaturas utilizadas</i>	17
 I. EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO	19
1. Introducción	19
2. Naturaleza del Arbitraje	26
3. Arbitraje y jurisdicción	32
4. Caracteres del Sistema Arbitral de Consumo	35
A. En relación con los ciudadanos	35
a. Dirigido a sujetos de relaciones de consumo	35
b. Voluntariedad	36
c. Gratuidad	40
B. En relación con la infraestructura	43
a. Arbitraje institucional con intervención de la Administración	43
b. Organización territorial	46
c. Colegios arbitrales tripartitos	47
C. En relación con la institución del arbitraje	48
a. Previsión de un particular convenio arbitral: la adhesión pública de las empresas ...	49
b. Unidireccionalidad del procedimiento	49
c. Eficacia del procedimiento	50
d. No necesidad de protocolización del laudo	53
5. El Sistema Arbitral de Consumo y la Unión Europea	54
 II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO	67
1. Introducción	67
2. Materias susceptibles de arbitraje en el Sistema Arbitral de Consumo	70
A. ‘Quejas o reclamaciones’ de los consumidores y usuarios	72
B. Que no sean cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución	81
C. Que no se trate de materias inseparablemente unidas a otras sobre las que no se tenga poder de disposición	82
D. Que no se trate de materias en que, con arreglo a las leyes, deba intervenir el MF en representación y defensa de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí	83
E. Cuestiones en las que no concurren intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito	84
3. Principios del Sistema Arbitral de Consumo	87
A. Principio dispositivo	89
a. El convenio arbitral	90
b. La pretensión	90
c. Principio de que nadie puede ir contra sus propios actos	91

B. Principios del procedimiento	92
a. Principio de audiencia	93
b. Principio de contradicción	94
c. Principio de igualdad	95
d. Principio de preclusión	95
III. SUJETOS DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO	99
1. Noción de consumidor y usuario	99
2. La persona jurídica como consumidor	103
3. Noción de empresario	104
4. Los arrendamientos	105
5. Los seguros	107
6. Capacidad y legitimación	109
7. Representación y defensa de las partes	111
IV. ESTRUCTURA DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO	113
1. Las Juntas Arbitrales de Consumo	113
A. Constitución de las JAC	115
a. Requisitos	115
b. El monopolio del Estado	117
B. Composición de las JAC	120
a. El Presidente de la JAC	120
b. El Secretario de la JAC	123
c. Personal Administrativo de la JAC	125
C. Organización y ámbito de las JAC	125
a. La JAC Nacional	125
b. Las JAC de ámbito territorial	127
D. Funciones de las JAC	130
a. Difusión y fomento del SAC	130
b. Mediación en los conflictos de consumo	131
c. Formación del convenio arbitral	132
1. Fomento del convenio arbitral	132
2. Recepción y aceptación de OPS: Censos y difusión	132
3. Elaboración de los modelos de convenios y cláusulas arbitrales	134
d. Administración del arbitraje de consumo	134
1. Decidir sobre la admisión o archivo de la solicitud de arbitraje	135
2. Practicar cuantas notificaciones y comunicaciones sean precisas	136
3. Preparación del arbitraje	138
4. Colaboración en las eventuales intervenciones jurisdiccionales	139
5. Velar por el cumplimiento de las garantías y normas que rigen el arbitraje de consumo	139
e. Designación del Colegio Arbitral	139
1. Mantener actualizadas listas de árbitros y secretarios de colegios arbitrales	140
2. Designar el Presidente del Colegio Arbitral o proveer a su designación por las partes	144
3. Designar los árbitros vocales representantes de los consumidores y empresarios	147
4. Designar al Secretario del Colegio arbitral	149
E. Responsabilidad de las JAC	150
a. Por no aceptar el arbitraje	151
b. Por incumplimiento del encargo	151
c. Por las actuaciones de los árbitros	152
d. Vía de reclamación de estos daños y perjuicios	154

2. Los Colegios Arbitrales	154
A. Composición	155
B. Requisitos de los árbitros	156
a. Prohibiciones absolutas	157
b. Prohibiciones relativas: abstención y recusación	158
1. Abstención de los árbitros	162
2. Recusación de los árbitros	162
C. Designación de los Árbitros	164
D. Sustitución de los Árbitros	166
E. Responsabilidad de los Árbitros	168
a. Responsabilidad civil	169
b. Responsabilidad penal	170
c. Responsabilidad disciplinaria	170
V. EL CONVENIO ARBITRAL DE CONSUMO	173
1. Concepto y caracteres	173
A. Carácter dependiente	175
B. Carácter autónomo	176
C. Principio de rigidez	177
2. El convenio arbitral de consumo	177
A. Convenio arbitral en contrato separado	177
B. Cláusula contractual incorporada en un contrato principal	178
C. Oferta pública de sometimiento al arbitraje de consumo (OPS) seguida de solicitud de arbitraje del consumidor	181
D. Solicitud de arbitraje del consumidor seguida de aceptación del empresario	187
3. Contenido del convenio arbitral de consumo	188
A. Voluntad inequívoca de sometimiento al arbitraje	188
B. Expresión de la obligación de cumplir la decisión arbitral	189
C. Determinación de la relación jurídica de referencia	193
D. Delimitación de la cuestión litigiosa que se somete a arbitraje	197
E. Opción entre arbitraje de Derecho y arbitraje de Equidad	198
F. Designación de los árbitros	199
G. Reglas y duración del procedimiento arbitral	200
5. Forma del convenio arbitral de consumo	200
6. Eficacia del convenio arbitral de consumo	202
7. La renuncia y el desistimiento en el arbitraje de consumo	205
VI. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL DE CONSUMO	209
1. Fase preparatoria (Ante la Junta Arbitral de Consumo)	210
A. Solicitud de arbitraje	210
B. Admisión de la solicitud de arbitraje	211
C. Mediación	212
D. Tramitación en caso de que exista una OPS del empresario	213
a. Declaración de existencia de convenio arbitral	213
b. Notificación al empresario y al consumidor	214
E. Tramitación en caso de preexistencia de OPS del empresario	215
a. Notificación al empresario	215
b. Archivo por no aceptación del empresario	216
c. Aceptación del empresario	216
F. Tramitación en caso de convenio arbitral suscrito en documento independiente o mediante cláusula de un contrato principal	216
2. Fase arbitral (Ante el Colegio Arbitral de Consumo)	217

A. Inicio del procedimiento arbitral	217
a. La polémica sobre el ‘dies a quo’	218
b. Designación del colegio arbitral	219
c. Notificación a las partes y a los árbitros	219
B. Convocatoria y constitución del CAC	219
C. Audiencia a las partes	221
a. Audiencia escrita	222
b. Audiencia oral	222
c. Oposición al arbitraje	224
d. Alegaciones sobre el fondo	226
e. Reconvencción del empresario	227
f. Conciliación entre las partes	228
D. La prueba	229
E. Eventual segunda audiencia	232
F. Laudo	233
a. Clases de laudo	234
b. Adopción del laudo	235
c. Plazo para dictar el laudo	237
d. Forma y contenido del laudo	241
e. Eficacia del laudo	245

<i>Relación bibliográfica</i>	247
-------------------------------------	-----

Prólogo

Nadie discute que, en la actualidad, el arbitraje goza de gran aceptación por parte de un notable sector de la doctrina científica. También, corre parejo a ello el desarrollo legislativo experimentado por dicho instituto en muchos Estados modernos, que ha conducido, incluso, al establecimiento de órganos administrativos específicos encargados de atender a su variada y creciente problemática.

Simultáneamente, o quizás debido a lo anterior (depende de que hablemos de demanda o de provocación de ésta), se ha elevado de modo importante el número de asuntos, y de materias, sometidos al arbitraje. Lo dicho vale —se refuerza la tesis con la experiencia cotidiana de la litigiosidad privada— especialmente para el consumo.

Aunque, como es notorio, este instituto viene de antiguo, hay que preguntarse el por qué del fenómeno aludido. En el Derecho, íntimamente relacionado con la filosofía y con la ciencia política (no se olvide), los interrogantes se plantean por su propio peso y necesitamos encontrar respuestas, aunque, a veces, no sean tan meridianas, ni aparezcan tan rápidamente, como quisiéramos.

No decimos nada original si afirmamos que, en lo apuntado, tiene algo que ver la crisis de la Administración de Justicia. Si la organización judicial española —por extensión, podría ampliarse el campo— fuese bien distinta (esto es, estuviese adornada, en dosis suficientes, de racionalidad, modernidad, eficiencia y eficacia) y si los cauces establecidos para resolver conflictos estuviesen impregnados, además de esas características, de un poco de rapidez y de economía, la cuestión sería bien distinta. Pero, por desgracia, no está así la situación y tampoco es ningún secreto que nuestra Justicia es todo lo contrario de lo que debería ser.

En los últimos decenios se ha avanzado bastante en otros campos de la organización social; valgan como ejemplos representativos lo acontecido en el funcionamiento del Poder Ejecutivo, en la medicina, comunicaciones (aquí es fácil incurrir en el tópico de vértigo), carrera espacial, etcétera; sin entrar en la guerra y otras

miserias humanas, en las que “el avance” ha sido verdaderamente impresionante. Sin embargo, en la Administración de Justicia se han dado pasos muy cortos, prácticamente inexistentes. Preguntarse por el factor causante —y, lo que es peor, acertar con la explicación exacta— no es tarea baladí.

Por otro lado, en lo relativo concretamente a nuestra disciplina, asistimos a una potenciación del papel de las partes, junto con una tendencia a la privatización del proceso, además de cierta desjudicialización en algunas materias. Ahí están figuras como la mediación, la conformidad, el Tribunal del Jurado a la usanza tradicional y la restricción de la prueba de oficio, entre otras manifestaciones. Para un procesalista, parece tarea imposible no poner en relación todo ello.

¿Supone lo expuesto hasta el momento una posición intelectual en contra del arbitraje? Tajantemente, no. Constituiría una torpeza injustificable, desde el punto de vista científico y desde la simple perspectiva del sentido común (cuya aproximación hay que perseguir a todo trance), abogar por ese desatino.

No es, pues, eso lo que pretendemos, sino, por el contrario, llamar la atención, una vez más, sobre el riesgo de sufrir en nuestra maltrecha Justicia los efectos de la ley del péndulo, que nos puede conducir a posiciones no deseadas, alejadas de la necesaria armonía que debe primar también —y, quizás, preferentemente— en el arduo empeño de resolver civilizadamente las controversias de los ciudadanos. La duda nos asalta y, cuando esto sucede en el ámbito universitario, lo obligado es proclamarlo abiertamente, para contraste de pareceres y búsqueda de la verdad entre todos.

* * *

Vienen estas divagaciones a cuento de prologar la obra de un amigo y compañero. El Profesor Álvarez Alarcón ha dedicado una buena parte de su labor investigadora al estudio del arbitraje. También, sus vivencias prácticas han estado no muy lejos de ese terreno, concretamente del de consumo. Fruto de ello es la excelente obra que se nos ofrece, en la que basta con asomarse a su índice general para comprobar el pormenorizado estudio que se lleva a cabo de esta institución, de sus problemas principales, de los sujetos, del procedimiento a seguir y, en suma, de todo cuanto afecta al arbitraje de consumo. Las características de la presente monografía, a la que, de seguro, deberá acudir el jurista —teórico y práctico— en busca de soluciones concretas, sin omitir el planteamiento de fundamentales problemas básicos de índole científica, la colocarán en un obligado punto de referencia para quien pretenda aproximarse a nuestro sistema arbitral de consumo.

El contenido esencial del presente trabajo constituyó en su día el segundo ejercicio que el Profesor Álvarez Alarcón realizó, con exposición y defensa, para optar

a la Cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz. Su esfuerzo se vió recompensado merecidamente con el éxito, el mismo que hoy auguramos a la obra comentada.

JOSÉ MARTÍN OSTOS
*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad de Sevilla*

Abreviaturas utilizadas

AP	Audiencia Provincial
CAC	Colegio Arbitral de Consumo
CE	Constitución española de 1978
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
EC	Estudios de Consumo
EOMF	Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
FERCON	Formulario Europeo de Reclamación del Consumidor
INC	Instituto Nacional de Consumo
JAC	Junta Arbitral de Consumo
LA	Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.
LADP	Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953
LCGC	Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contratos de Seguros
LGDCU	Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios,
LOCM	Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista
LOSSP	Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados
LOSP	Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado
LOTT	Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres
LRJAP	Ley 30/92, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.
OMIC	Oficina Municipal de Información al Consumidor
OPS	Oferta Pública de Sometimiento al Sistema Arbitral de Consumo
PACOM	Comunicación de la Comisión relativa a un Plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior, de 14 de febrero de 1996.
RCEA	Revista de la Corte Española de Arbitraje
RDGRN	Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado.
RDSAC	Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo
SAC	Sistema Arbitral de Consumo
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
SECC	Comunicación de la Comisión sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo, de 27 de febrero de 1998
UE	Unión Europea

El Sistema Arbitral de Consumo

1. INTRODUCCIÓN

A través del trabajo que aquí inicio me propongo elaborar un instrumento útil para la práctica y el estudio del Sistema Arbitral de Consumo español, guiado por el interés que la institución tiene desde el punto de vista de la solución a las aspiraciones de justicia de los consumidores y desde el punto de vista de la técnica jurídico-procesal que comporta. En cuanto a lo primero, creo que el SAC presenta un claro balance positivo y aunque, como todo, sea mejorable, hoy puede ser contemplado con cierto optimismo.¹ No obstante, de este aspecto se tratará más adelante con el debido detenimiento.

Me parece, respecto de lo segundo, que no existe ninguna institución arbitral en el mundo que haya atendido tantas solicitudes de arbitrajes ni dictados tantos laudos y, además, en tan breve tiempo como el Sistema Arbitral de Consumo español, lo que sin duda constituye un magnífico campo de experimentación del arbitraje, que nadie que desee realizar algún estudio sobre el mismo debiera dejar de considerar. En muchas ocasiones los trabajos relativos al arbitraje plantean problemas que casi parecen de laboratorio, no tanto porque sea extraño que puedan suscitarse en algún arbitraje concreto cuanto porque la escasez de solicitudes de esta vía heterocompositiva lo hacen poco probable. En este sentido es interesante constatar los datos que las instituciones arbitrales españolas más acreditadas ofrecen.² Naturalmente que a través de éstas se pueden haber tramitado importantes cuestiones litigiosas, con seguridad de cuantía y

¹ Me parece excesivo el pesimismo y la crítica que emana del trabajo de QUINTANA CALVO, Ignacio, "El acceso de los consumidores a la justicia como problema (art. 31 LGDCU)", en *El Sistema Arbitral de Consumo* (QUINTANA y BONET dirs.), Pamplona, 1997, pp. 21 y ss.

² A modo de ejemplo pueden citarse los datos del Tribunal Arbitral de Barcelona, que entre 1989 y 1995, apenas se superaban la media centena de solicitudes de arbitraje por año, aunque, eso sí, la cuantía litigiosa osciló entre las trescientas mil pesetas y los mil doscientos millones de pesetas, según se desprende de los datos estadísticos recogidos por PEDRAZ PENALVA, "El proceso y sus alternativas", *Arbitraje, mediación, conciliación, colección Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, p. 52.

complejidad superiores a las que se suscitan en el arbitraje de consumo. Pero ninguno de los tribunales o cámaras arbitrales de nuestro país habrá acumulado la experiencia que cualquiera de las Juntas Arbitrales de Consumo del ámbito de alguna Comunidad Autónoma, por ejemplo, habrán adquirido en un sólo año. Con seguridad, la importancia cuantitativa y, quizás también, la complejidad de la cuestión litigiosa habrá sido inferior, pero las Juntas Arbitrales de Consumo afrontan cada día numerosas cuestiones relativas a la aplicación de la normativa arbitral como nadie más lo ha hecho, y la complejidad, en cuanto al aspecto procesal no tiene por qué ser inferior. Ese es el interés que aquí quiero destacar y despertar en el lector para que, seguramente con más éxito que yo, luego se anime a ahondar en las particularidades que se dejarán indicadas y en otras que no hayan sido reflejadas en el presente trabajo.

A la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo LGDCU), debemos el que, por primera vez, se hable en nuestro ordenamiento de un sistema arbitral, aunque sin especificar qué debe entenderse por tal sistema. La Ley 36/1988, de 5 de diciembre de 1988, de Arbitraje (en adelante LA), en su Disposición Adicional Segunda ordenó al Gobierno que reglamentara “la denominación, composición, carácter, forma de designación y ámbito territorial de los órganos arbitrales y demás especialidades del procedimiento y del régimen jurídico del sistema arbitral”, lo que no fue cumplido hasta el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (en lo sucesivo RDSAC).³

Respecto del uso que se hace del término *sistema*, en los textos de referencia, me parece adecuadamente utilizado por el legislador, si por tal se entiende el “conjunto de reglas o principios sobre una materia enlazados entre sí” o “conjunto de cosas que ordenadamente relacionados entre sí contribuyen a determinado objeto” o en una acepción apropiada para la biología, “conjunto de órganos que intervienen en alguna de las principales funciones vegetativas”.⁴ Este término ha sido utilizado también, recientemente, en el ámbito del Derecho Procesal,⁵ considerando que “el sistema procesal se basa en la interacción de tres elementos fundamentales: el ciudadano, la infraestructura estatal y el instrumento específico. Cada uno de estos elementos aporta al sistema su impronta. El ciudadano es a la vez motor y usuario. La infraestructura es la arquitectura que soporta el servicio. El instrumento es el medio de obtención de los fines a los que sirve el sistema”.⁶

Idea ésta que si se traslada al arbitraje de consumo, encontramos que efectivamente el ciudadano es el elemento decisivo y detonante del funcionamiento de todo el Sistema Arbitral de Consumo (en lo sucesivo SAC), si bien ha de tratarse ya de un ciudadano cualificado por su condición de consumidor y usuario de productos y servicios, ya de un ciudadano que concurre al mercado ofreciéndolos. El ciudadano como empresario también participa en este sistema pero, como se verá, asumiendo el papel de parte inicialmente pasiva. La infraestructura la forman las Juntas Arbitrales de Consumo extendidas por todo el territorio nacional y que son constituidas mediante convenios del Instituto Nacional de Consumo con Administraciones de diferentes ámbitos (auto-

³ El proyecto de este Real Decreto se puede consultar en las pp. 275 y ss. de la *RCEA*, 1990.

⁴ Vid. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

⁵ RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, Barcelona, 1997.

⁶ RAMOS MÉNDEZ, loc. ult. cit., p. 7.

nómico, provincial o municipal). Por fin, el instrumento específico, por el que aquél y éstas persiguen la obtención de los fines que al sistema se le han señalado, es el arbitraje propiamente dicho, regulado por normas generales —la Ley de Arbitraje— y otras específicas —el Real Decreto regulador del Sistema Arbitral de Consumo—. Ninguno de estos elementos resulta prescindible, siendo el tercero, el arbitraje, el que constituye el cauce a través del cual se relacionan los otros dos, generando entre ellos un entramado de vínculos y relaciones de tal índole que el resultado final, el laudo, vinculará a todos, como responsables de su producción. Ciertamente que el laudo se dictará o no, y con un contenido u otro, dependiendo de los actos que realicen las partes y los propios árbitros, vinculando con valor de cosa juzgada a las partes contendientes, pero también a los árbitros y a las instituciones arbitrales, que son responsables de que el mismo se haya pronunciado, de que se haya dictado en plazo, con sujeción a las condiciones legales o convencionales, etc.

A los tres elementos antes citados, es preciso añadir el “lubricante” que permite que funcionen adecuadamente, y que viene constituido por un conjunto de garantías o principios que no sólo son los que la LA enumera en su artículo 21 —audiencia, contradicción e igualdad— sino otros más que luego se irán viendo y que, en último extremo, se engarzan en el propio texto constitucional. Conviene recordar, no será en vano, que mediante el arbitraje se afecta a un fundamental derecho, el que todos los ciudadanos tienen a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos —art. 24.1 CE—, que goza de los más rigurosos mecanismos de defensa —art. 53 CE—. ⁷

Más, junto a esta visión del arbitraje de consumo como un sistema, hay que situar la que considera que el arbitraje es una institución, consistente en un conjunto de actividades unidas por la idea común y objetiva de la solución de un conflicto e integrada por la concurrencia de tres elementos necesarios y fundamentales: “Es, en primer término, el compromiso; el contrato por el cual dos o más personas aceptan la decisión de un tercero. En segundo lugar, lo que se ha llamado dación y recepción del arbitraje; el momento del arbitraje en que los terceros aceptan su encargo y se vinculan así con las partes a realizar su tarea. Y, como tercero y último momento, el procedimiento arbitral, aquel en que partes y terceros, actuando ya concurrentemente, formulan y deciden la controversia que da vida y engendra todo el fenómeno a que el arbitraje se refiere”. ⁸ Convenio arbitral, contrato de recepción y dación del arbitraje, y el arbitraje, propiamente dicho. ⁹

⁷ REGLERO CAMPOS, *El arbitraje (el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*, Madrid, 1991, p. 101.

⁸ GUASP, *El arbitraje en el Derecho español*, Barcelona, 1956, p. 77. En su obra incluye GUASP una cuarta figura, la estipulación previa, la cláusula compromisoria, que hoy no tiene sentido habida cuenta de las diferencias que la vigente Ley de Arbitraje ha introducido respecto de la antigua Ley de Arbitraje de Derecho Privado. Esta idea ha sido seguida también por CORDÓN MORENO, *El arbitraje en el Derecho español: Interno e internacional*, Pamplona, 1995, p. 26.

⁹ REGLERO, o.c., p. 66 critica la redacción del art. 1 LA, porque confunde el Arbitraje institucional con el convenio arbitral, diciendo que el arbitraje institución consta de tres elementos esenciales: (a) convenio arbitral; (b) contrato de dación y recepción del arbitraje (*receptum arbitrii*); (c) procedimiento arbitral. [En idéntico sentido cita a GUASP, “El arbitraje...”, o.c., p. 77, si bien referido a LADP.] No obstante, en REGLERO, o.c., p. 68 se entiende que es mejor la redacción del 1 LA que la del 1.2 LADP y que hubiera sido mejor la propuesta en el proyecto de LA, en cuyo artículo 1 lo que se pretendía definir era el derecho al arbitraje. La redacción definitiva en texto transaccional entre el proyecto, la Enmienda 81 (CDS) y la Enmienda 151 (GI Minoría Catalana).

Presenta el convenio arbitral en el SAC algunas particularidades que aconsejan que sea estudiado con cierto detenimiento, como así se hará más adelante. Sobre el convenio arbitral en general son ya numerosas las páginas que se han escrito. Es la piedra sobre la que se erige todo el edificio de la institución arbitral. El arbitraje arranca de la disposición que las partes hacen de la cuestión litigiosa que las vincula, lo que acontece merced a la concurrencia de sus voluntades en el mismo sentido, constituyendo el convenio arbitral el marco donde esto ocurre y, por tanto, el elemento definidor de todo lo que vendrá más tarde: la actuación de los árbitros, el arbitraje, el valor del laudo..., etc. Aunque la voluntad de las partes es decisiva, nada de lo que ellas dispongan tendría efecto, en el plano arbitral, si previamente no lo hubiera así reconocido la ley, es decir, la eficacia que se le atribuye a las actuaciones arbitrales proviene de la suma de las voluntades concordantes de las partes y del reconocimiento del valor de cosa juzgada que la ley le atribuye.¹⁰

Otro orden de relaciones aparece en un segundo plano, tras el referido convenio arbitral y que aún no ha sido estudiado con la atención que merece, es el que comprende las que deben quedar establecidas entre las partes y los árbitros, entre las partes y la institución arbitral, y entre la institución arbitral y los árbitros. Todas estas relaciones han sido englobadas bajo el nombre de contrato de *datio et receptum arbitrii*:¹¹ "... se configura este segundo elemento del arbitraje como aquel acto o conjunto de actos por el cual los árbitros son designados y aceptan su encargo".¹² A algunas de ellas le serán aplicables, seguramente, las normas reguladoras de algunos de los contratos tipificados en la vigente normativa civil, como el arrendamiento de servicios, por ejemplo. Otras requerirán un más detenido estudio, habida cuenta de que no sólo consistirán en la prestación de un determinado servicio, sino en el cumplimiento de un deber impregnado por un notable tinte de función pública, pues no de otra manera se puede considerar la actividad que produce un equivalente jurisdiccional. El árbitro asume no sólo una obligación sino también el deber de realizar una función —se ha hablado de *potestad arbitral*— habiéndose afirmado que el oficio de árbitro quizá rebasa el marco propiamente voluntario de un contrato estricto,¹³ o de otro tipo de vinculación personal, de índole obligacional: oficios y favores, porque, se dice, hay ciertos ligámenes no calificables de contratos que implican la asunción por una persona de un oficio, que le invade de un estatuto legal, "distinto del contenido puramente voluntario que cada contrato

¹⁰ Téngase presente que "si cada una de las partes, por sí misma, no puede resolver una controversia [...] con los mismos caracteres que el Juez en la sentencia o sea, con ejecutoriedad incondicionada y con efecto de cosa juzgada plena [...] es evidente que no pueden otorgar dentro del Derecho privado a un tercero más de lo que tienen —*nemo dat quod non habet*—. Por lo tanto, es evidente que el poder de decidir obligatoriamente, con efecto de cosa juzgada y ejecutoriedad incondicionada, sólo puede venirle a los árbitros del Estado y que la naturaleza del arbitraje sea jurisdiccional" (FENECH, "El arbitraje en Derecho español", *Estudios de Derecho Procesal* [con CARRERAS], Barcelona, 1962, p. 419).

¹¹ Vid. GUASP, o.c., pp. 137 y ss. Advierte este autor que no hay referencias a este contrato ni en la legislación ni en la doctrina, y que el nombre "receptum arbitrii" o recepción del árbitro es nombre acuñado por las fuentes teóricas o doctrinales, expresión que critica porque sólo se refiere a una de los momentos, pues antes de la recepción del árbitro existirá su designación: "datio arbitrii". Sobre esta particular figura contractual puede verse DITCHEV, "Le 'contrat d'arbitrage' (essai sur le contratt ayant pour objet la mission d'arbitrer)", *Revue de L'Arbitrage*, 1981, pp. 395 y ss.

¹² GUASP, o.c., p. 138.

¹³ GUASP, o.c., p. 152.

tiene”,¹⁴ y cuando se actúa gratuitamente se trata de un favor.¹⁵ En cierto modo esta última visión del árbitro como desempeñando un oficio, ha sido considerado así por el legislador cuando en el vigente Código Penal ha identificado la responsabilidad penal de los jurados y la de los árbitros —art. 422 CP—. ¹⁶

Respecto al arbitraje de consumo, a las dificultades expresadas, predicables de toda clase de arbitraje cabe añadir aún otra más, derivada de la intervención de la Administración del Estado como exclusivo detentador de la función arbitral de consumo y de la participación de otras administraciones —del Estado, Autonómicas, Provinciales y Municipales— como patrocinadores de cada Junta Arbitral de Consumo.

Seguidamente, como tercer elemento, ha de hacerse mención del procedimiento arbitral, que desemboca en una decisión, el laudo, a la que el ordenamiento le atribuye el mismo valor que una sentencia, siendo inmediatamente ejecutable. Este valor se le concede atendiendo a unos méritos que no se descubren en los meros documentos o actos privados y que consisten, básicamente, en el respeto a un procedimiento —el procedimiento arbitral— que si no se encuentra regulado por la LA en sus trámites pormenorizadamente, sí que lo está en la exigencia de unos principios mínimos que deben respetarse —igualdad, audiencia y contradicción—, con sometimiento a la voluntad que en tal extremo manifiesten las partes contendientes, los árbitros o el reglamento del administrador del arbitraje. La especialidad que el SAC presenta en este punto es que su reglamento se encuentra publicado en el RDSAC.

Una vez más debo insistir en la idea del arbitraje como institución, cuya existencia sólo se puede llegar a producir si coinciden los tres referidos elementos: convenio arbitral, contrato de dación y recepción del arbitraje y procedimiento arbitral. Así, el arbitraje no es un contrato, sino una institución de solución privada de los conflictos de intereses, un proceso privado, mientras que el convenio arbitral es simplemente el contrato creador del arbitraje.¹⁷ En consecuencia, un convenio arbitral que no desemboque en un procedimiento arbitral, no puede ser definido como arbitraje.¹⁸ El artículo 1 LA incurre en el error de afirmar que mediante el arbitraje las partes someten sus controversias —presentes o futuras— a la decisión de los árbitros, cuando no es en virtud del

¹⁴ GUASP, o.c., p. 139.

¹⁵ GUASP, o.c., p. 140.

¹⁶ No obstante todas estas consideraciones, se sostiene que se trata de un contrato, aunque pueda ser gratuito, en el que las partes litigantes y los árbitros se intercambian prestaciones, siendo las principales la labor pacificadora de los árbitros y la remuneración de sus servicios, estimándose que se trata de un *contrato de cambio* (GUASP, o. c., p. 141). En cualquier caso, se trata de un contrato complejo, con difícil encuadre en las figuras del mandato o del arrendamiento de servicios, con multiplicidad de personas intervinientes, las cuales deben respetar en sus actuaciones unos principios que exceden de los propios de la contratación (no sólo en lo tocante a los principios que deben regir el procedimiento arbitral, sino otras que tienen mucho que ver con un leal comportamiento a lo largo de toda su tramitación, de una parte respecto de la otra y de cada parte con los árbitros, pues para un adecuado cumplimiento de sus obligaciones es indispensable que éstos cuenten con la debida colaboración de las partes, las cuales, por otro lado, contienden entre sí, son rivales), además de que junto a los árbitros o entre éstos y las partes litigantes puede situarse una institución arbitral como administradora del arbitraje, figura que, a mi juicio, merece una mayor atención de la que se le ha dispensado, en lo que al aspecto contractual se refiere, pues respecto de su consideración institucional es decisiva la aportación de ROCA MARTÍNEZ, *Arbitraje e instituciones arbitrales*, Barcelona, 1992.

¹⁷ DÍEZ PICAZO, “El pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje”, *ADC*, 1954, p. 1.159.

¹⁸ REGLERO, o.c., p. 67.

arbitraje como se produce la sumisión, sino por medio del convenio arbitral. Así se concluye que el arbitraje “no es un contrato, sino una institución de solución privada de un conflicto de intereses [...], un proceso privado. Compromiso (ahora el convenio arbitral) es el contrato creador de este arbitraje...”.¹⁹

Procuraré seguir, en la medida que sea posible, el esquema que se acaba de indicar, que intentaré desarrollar atendiendo a las consideraciones de tipo *práctico* que puedan ser útiles a quienes integran las Juntas Arbitrales y Colegios Arbitrales del SAC, sin dejar de hacer por ello otras consideraciones de mayor interés *teórico* y *técnico*, pues ambos planos no tienen por qué estar reñidos ni ser excluyentes. El sistema arbitral que nos ocupa tiene su origen en el artículo 31 de la LGDCU de 1984, a que ya se ha hecho alguna referencia, si bien ha sido señalado el artículo 51.1 CE como su fundamento último.²⁰ Hasta el RD 636/93, no se contó con normas específicas que lo desarrollaran. Sin embargo, el Instituto Nacional de Consumo promovió la constitución de Juntas Arbitrales de Consumo desde el año 1986, para que la experiencia que acumularon pudiera servir para elaborar la normativa reglamentaria. Desde un punto de vista de rigurosa técnica jurídica, esa fase experimental debiera analizarse teniendo presente que los primeros arbitrajes estaban regidos por la vetusta Ley de Arbitraje de Derecho Privado, de 22 de diciembre de 1953 (en lo sucesivo LADP), y que sólo a partir de 1988 el particular arbitraje de consumo encontró pleno acomodo legal.²¹

Una relación de preceptos básicos reguladores del SAC se transcriben y citan seguidamente:

En primer lugar, es esencial el art. 31 de la LGDCU de 1984, a partir del cual se instaura el SAC:

1. *Prevía 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 sec-*

¹⁹ DÍEZ PICAZO, “El pacto...”, p. 1.160. También como institución lo ha definido REGLERO, o.c., p. 66, afirmando que el arbitraje es una “institución por la cual una jurisdicción privada conoce de las controversias surgidas de las relaciones jurídicas determinadas entre dos o más personas que se han sometido a ella mediante convenio arbitral, con exclusión de los órganos estatales, y cuya decisión, una vez firme, tiene el carácter de cosa juzgada y es ejecutable”.

²⁰ “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los mismos”. Esta disposición contiene un principio rector y básico de la política social y económica, informador del ordenamiento jurídico y fundamento básico del derecho del consumo español (NAVARRO LORENTE, “El sistema arbitral de consumo”, *RCEA*, 1993, p. 54).

²¹ Vid. al respecto ROCA, *Arbitraje...*, o.c., pp. 133 y ss.; también YSAS SOLANES, “Algunas consideraciones acerca de la disposición adicional 2.ª 2 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre. Arbitraje. Régimen Jurídico”, *La Ley*, 1990, 3, pp. 838 y ss.

tores interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones Públicas dentro del ámbito de sus competencias.

Seguidamente se reproducen las disposiciones adicionales de la LA de 1988, que acogen expresamente al flamante sistema arbitral de consumo —junto a referencias a los correspondientes en materia de transportes y propiedad intelectual—:

Primera: 1. *La presente Ley será de aplicación a los arbitrajes a que se refieren la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios; ..., en todo lo no previsto en las mismas y en las disposiciones que las desarrollan. No obstante, no será precisa la protocolización notarial del laudo, que se dictará por los órganos arbitrales previstos en dichas normas.*

2. *Los arbitrajes a que se refiere el párrafo anterior son gratuitos.*

Segunda: 1. *El Gobierno establecerá reglamentariamente la denominación, composición, carácter, forma de designación y ámbito territorial de los órganos arbitrales y demás especialidades del procedimiento y del régimen jurídico del sistema arbitral que prevé, en sus características básicas, el artículo 31 de la Ley 26/1984.*

2. *Se adiciona un párrafo final en el artículo 10.4 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, con la siguiente redacción:*²² *“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”.*²³

También es preciso acudir al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula del Sistema Arbitral de Consumo, que completa este marco jurídico, donde queda recogido, como también ha quedado ya dicho, la experiencia generada por las Juntas Arbitrales de Consumo “piloto” que funcionaron entre 1986 y 1993,²⁴ cuyo contenido se irá desgranando, junto con el de la LA, a lo largo de la exposición del presente trabajo.

Otras disposiciones no pueden olvidarse tampoco aquí,²⁵ como la más reciente normativa producida en el ámbito de los seguros, donde se permite la vía arbitral de

²² En la LA el párrafo era el 10.1 LGDCU, pero tras la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en lo sucesivo LCGC) ha pasado a ser el 10.4 LGDCU que se indica.

²³ La expresión “sistema” ha sustituido a la de “convenio” —que era como originariamente disponía la LA—, en virtud de la LCGC, Disposición Adicional primera.

²⁴ La experiencia piloto se obtuvo creando Juntas Arbitrales de Consumo en Madrid, como gran capital, Valladolid, capital de tipo medio, Huelva, como provincia pequeña, Badalona y Sestao, como dos poblaciones industriales, donde ya funcionaban OMIC, lo que implicaba ya alguna experiencia en las labores de mediación, y donde las Asociaciones de consumidores eran activas. Posteriormente se constituyeron otras en Murcia y Albacete (1986), Zaragoza (1987), Valencia, Bajo Guadalestín, Vigo, Alcázar de San Juan, Langreo, Castellón y Alicante (1988), Leganés, Asturias y La Rioja (1989). Al respecto vid. INC, *Balance de la experiencia arbitral de consumo*; también BRAÑA PINO, César, “El acceso de los consumidores a la justicia: una introducción al seminario”, en *Estudios sobre Consumo*, 13, 1988, pp. 11 y ss., CORCES, “El sistema...”, o TORRES, “El fundamento de la creación...”.

²⁵ Vid. también el art. 2.2 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, con una redacción que sigue la orientación indicada por la LCGC.

consumo como método de resolución de ciertos conflictos, al menos desde que la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (Ley 30/1995, de 8 de noviembre —en lo sucesivo se la designará como LOSSP—), en su artículo 61.2, expresamente así lo previno. No me parece que sea de interés práctico dedicar ni un minuto a disertar sobre si con anterioridad a la LOSSP la alternativa del SAC era o no posible; en cualquier caso basta con tener presente que en la Comunidad valenciana se vienen resolviendo conflictos en materia de seguros desde su creación, con total éxito y sin que se haya suscitado en los arbitrajes administrados en la Junta Arbitral de aquélla Comunidad ninguna cuestión acerca de la legalidad de la solución arbitral para los seguros, aunque entonces no se hubiera dictado la LOSSP citada. La adhesión al SAC de la asociación patronal UNESPA —julio de 1996— ha estimulado a numerosas empresas aseguradoras para su incorporación también al Sistema. Estas circunstancias han abierto un nuevo horizonte que requiere de algún análisis, pues algunas dudas caben acerca de la aplicabilidad del régimen jurídico del SAC a los seguros, de manera que posiblemente no pueda acudir a él de manera automática sin realizar algunas previas reflexiones que más adelante también procuraré atender:

Art. 61 LOSSP.—*Mecanismos de solución de conflictos.*

1. *Los conflictos que puedan surgir entre tomadores del seguro, asegurados, beneficiarios, terceros perjudicados o derecho habientes de cualesquiera de ellos con entidades aseguradoras se resolverán por los jueces y tribunales competentes.*

2. *Asimismo, podrán someter voluntariamente sus divergencias a decisión arbitral en los términos del artículo 31 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y normas de desarrollo de la misma.*

3. *En cualquier caso, y sin perjuicio de lo dispuesto en el número precedente, también podrán someter a arbitraje las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materia de su libre disposición conforme a derecho, en los términos de la Ley de Arbitraje.*

2. NATURALEZA DEL ARBITRAJE

El arbitraje de consumo, como todo arbitraje tiene importancia desde un punto de vista de *teoría jurídica general* —“porque pone en contacto la zona, siempre delicada, de relaciones entre el Poder público y la mera actividad particular”—, desde un punto de vista *histórico* —“porque la Jurisdicción aparece históricamente como un fenómeno arbitral, y sobre toda la evolución de las instituciones judiciales”, llegándose a sostener la “génesis arbitral del proceso”—, desde el punto de vista del *derecho comparado* —“pues quizá ninguna otra institución, como la del arbitraje, se ofrece tan unánime y constante en todos los territorios jurídicos, por diverso que sea su contenido”— y para la *dogmática del derecho* —“tanto considerado material como formalmente: materialmente, por la frecuencia y trascendencia prácticas de la aplicación del arbitraje; formalmente, por el enlace que determina entre territorios jurídicos diferentes y que explica, incluso, las vacilaciones que existen a la hora de diagnosticar su auténtica naturaleza jurídica”—.²⁶

²⁶ GUASP, *El arbitraje...*, o. cit., p. 12. Y añade que “colocado frente al arbitraje, no existe ningún grupo de

La caracterización de la figura del arbitraje comienza por reconocer que consiste en la intervención de un tercero como pacificador de un conflicto entre dos sujetos, pero que esta intervención va más allá de la mera propuesta de reducción de las posiciones enfrentadas, favoreciendo la avenencia, o la admisión de soluciones alternativas —lo que se denominaría conciliación o mediación—, sino que se impone la decisión del tercero, merced al previo compromiso suscrito por los contendientes.²⁷

Como presupuesto del arbitraje hay que señalar la previa existencia de un conflicto, entendido como un ligámen entre los sujetos: es precisamente mediante la vía arbitral como se va a hacer desaparecer el vínculo litigioso que ata a las partes, de manera que en el futuro no tendrán que permanecer más en tal relación.²⁸ El presupuesto es un conflicto jurídico determinado o determinable que no precisa necesariamente la solución jurisdiccional, pudiendo las partes del mismo someterse a un tercero imparcial.

La peculiaridad del arbitraje reside en que su fuerza vinculante deriva de la confluencia de la voluntad de las partes y de la Ley, como más atrás ya se ha indicado, de manera que su fundamento reside tanto en la autonomía de la voluntad, que lo sería para el caso concreto y para la designación de los árbitros, como también en que la Ley autorice la arbitrabilidad del supuesto en cuestión, del objeto, así como que es por efecto de la Ley que se alcanza el valor que tiene: el de cosa juzgada, el de equivalente jurisdiccional.²⁹ Precisamente considerando este último aspecto, el de ser un equivalente jurisdiccional, ha señalado ALMAGRO NOSETE como fundamento del arbitraje al derecho de accionar o derecho a la jurisdicción; uno y otro —derecho a la jurisdicción y arbitraje— se asientan sobre un primario y fundamental derecho —al que llama natural— porque sin él no se pueden desenvolver los demás: “es el derecho a la defensa jurídica de todos los derechos que sustituye a un derecho más elemental y primitivo, el derecho a la autodefensa”.³⁰ El derecho a la defensa jurídica, base del derecho a la jurisdicción, se encuentra reconocido constitucionalmente en el art. 24 CE; en cambio, “el derecho al arbitraje de los conflictos intersubjetivos, pertenecientes al Derecho privado” no ha obtenido hoy el mismo reconocimiento constitucional que tuvo en épocas pasadas, como aconteció con la Constitución de Cádiz de 1812, en cuyo art. 280 se dispuso que “no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes”.³¹

juristas que no reaccione vivamente, en favor o en contra, y acaso sea la mejor manera de diagnosticar la concepción del derecho que cada uno tiene, la de preguntarle, en substancia, qué opina del arbitraje, ya que según se manifieste en pro o en contra, habremos descubierto sus últimos pensamientos, metafísicos, más que dogmáticos, sobre lo que el derecho verdaderamente deba ser” (ídem, p. 13).

²⁷ “El conciliador se diferencia del árbitro precisamente en la eficacia que se atribuye a su decisión. La decisión del conciliador puede ser desconocida jurídicamente por las partes; la decisión del árbitro no puede ser desconocida por las partes, sino que les liga jurídicamente. Por lo tanto, el arbitraje es la resolución de un conflicto social por obra de un tercero a cuya decisión se someten las partes contendientes” (GUASP, *El arbitraje...*, o. c., p. 20).

²⁸ GUASP, o. c., p. 15. CORDÓN, o. c., p. 26 dice que la *causa* del arbitraje reside en la existencia de una controversia o cuestión litigiosa, aunque no tiene que ser actual.

²⁹ “La elección de otra vía distinta al proceso exige del Estado que esté y pase por ella, aun con todas las consecuencias” (PEDRAZ, “El proceso...”, p. 17). El poder decisorio de los árbitros no deriva de la voluntad de las partes, sino que el Estado, a través de la Ley, atribuye esa consecuencia a la concurrencia de la voluntad de las partes y la aceptación por el árbitro (FONT SERRA, “La nueva configuración del arbitraje en el Derecho español”, *Justicia*, 1989-1, 345).

³⁰ ALMAGRO NOSETE, “La ejecución del laudo arbitral”, *RUDP*, 1988, p. 20.

³¹ ALMAGRO, “La ejecución...”, cit., p. 21.

Llegados a este punto no queda más remedio que hacer mención a las diferentes posiciones que la doctrina adopta con relación a la naturaleza jurídica del arbitraje, alineadas en dos bandos, partidarios los unos de su caracterización contractual, otros de la jurisdiccional.³² Aunque todos están conformes en que el arbitraje se funda en la voluntad de las partes, para los partidarios de la teoría *contractualista* lo decisivo y preponderante es esa voluntad particular, que origina e informa todo el arbitraje.³³ En cambio, los partidarios de la tesis *jurisdiccionalista* propugnan la idea de que a través del arbitraje “se produce un desplazamiento convencional de la jurisdicción resolviéndose el conflicto con una resolución (laudo) que tiene la misma eficacia que la sentencia (eficacia de cosa juzgada y eficacia ejecutiva)”³⁴ —aunque olvida su eficacia como excepción del 533.8.º LEC—.

Las consecuencias de seguir una u otra teoría son diferentes principalmente en el ámbito del Derecho Internacional Privado, donde también se ha puesto de relieve, no obstante, el escaso interés práctico de la discusión.³⁵

La LA ha procurado separar de modo claro el convenio arbitral del arbitraje como institución sin pronunciarse sobre su naturaleza jurídica, si contractual o jurisdiccional.³⁶ Sin embargo, la separación pretendida no se logra nítidamente, pues en el

³² Un análisis completo de estas teorías se puede ver en SERRA, “Naturaleza jurídica del arbitraje”, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1974, pp. 371 y ss., así como las obras citadas por CALVO SÁNCHEZ en nota 9 de “El proceso penal y sus alternativas: el procedimiento arbitral”, en *Arbitraje, mediación y conciliación*, XXVII de Cuadernos de Derecho Judicial, 1995, p. 219.

³³ En esta línea GUASP, *El arbitraje...*, o.c.; también, y con relación al Sistema Arbitral de Consumo, DE LA CUESTA SÁENZ, “Introducción al arbitraje de consumo”, *RD Privado*, febrero de 1997, pp. 121 y ss.

³⁴ CORDÓN, o.c., p. 29. En esta línea también CARRERAS, en *Estudios de Derecho Procesal* (con FENECH) Barcelona, 1962, pp. 433 y ss.; y SERRA, loc. ult. cit., p. 580 ss.

³⁵ Para los contractualistas las partes podrán elegir tanto el derecho sustantivo aplicable como los aspectos procesales, a diferencia de lo que los jurisdiccionalistas admitirían, pues según ellos, la Ley del Estado de la sede del órgano arbitral regirá las cuestiones procedimentales (*lex fori regit processum*), incluso en defecto de acuerdo, la Ley del Estado también regirá sobre el fondo (vid. CALVO CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *El arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1989, p. 21, CORDÓN, o.c., p. 29). Sobre la irrelevancia práctica de la discusión se ha dicho que “partiendo de la idea, prácticamente admitida, de que el procedimiento arbitral debe estar sometido necesariamente a una ley nacional, la doctrina se dividió, fundamentalmente, entre los partidarios de la ley del lugar del arbitraje y los defensores de la ley de la autonomía que rige el convenio arbitral, polémica en la cual subyace la más genérica sobre la naturaleza jurisdiccional contractual del arbitraje. En ambas tesis, como es sabido se han argüido razones teóricas y prácticas de un considerable relieve en favor de sus respectivas posturas. Sin embargo, hoy día, este debate teórico tiene un interés muy reducido, y ello, por dos consideraciones: de una parte, por cuanto entre las posiciones adoptadas por la doctrina no existe un radical antagonismo, ya que la oposición ha desaparecido en la medida, muy amplia, en que las diversas legislaciones nacionales permiten a las partes o a los árbitros regular el procedimiento de arbitraje; de otra, porque hay que tener presente que otra ley —distinta de la elegida por las partes o por el árbitro—, la de un tribunal de justicia estatal, va a jugar en un gran número de casos un papel decisivo. En efecto, si se solicita a una jurisdicción estatal adoptar una medida que interesa a la constitución del tribunal arbitral o al procedimiento de arbitraje, ésta examinará el problema bajo el ángulo de su derecho procesal nacional (*lex fori*); cuando se le presente la sentencia arbitral para ser ejecutada, se preguntará, de la misma manera, si según su ley nacional (*lex fori*) se debe o no conceder dicha ejecución. El control así ejercido, al considerar desde la *lex fori* el procedimiento que ha seguido y la conformidad de la sentencia arbitral a su orden público, es mucho más importante que el de la adecuación del procedimiento a cualquier ley extranjera” (PÉREZ BEVIA, “Algunas consideraciones sobre el árbitro y el orden público en el arbitraje privado internacional”, *RCEA*, 1990, p. 85).

³⁶ En esta discusión, nuestro TC ha dicho en sentencia 288/1993, de 14 de octubre, que el arbitraje “es un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de cosa juzgada”.

título I (arts. 1 a 4 LA) se entrecruzan ambos aspectos y en el título II (arts. 5 a 11 LA) se olvidan notas características del convenio arbitral, no sólo del arbitraje como institución.³⁷

Por todas estas razones la discusión —jurisdiccionalistas versus contractualistas— viene considerándose superada,³⁸ admitiéndose que en cuanto que los árbitros ejercen una función similar a la judicial, pues el laudo firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada —art. 37 LA— y goza de eficacia ejecutiva —art. 52 LA—, el arbitraje reúne las notas que apoyan la tesis jurisdiccionalista, de otra parte, en cuanto que todo ello se hace depender de unos actos previos que se incardinan en la esfera de autonomía privada, se afirma que el instrumento para alcanzar el arbitraje tiene naturaleza contractual.³⁹ Sin embargo, todavía algunos autores, aún reconociendo lo anterior, destacan una preponderancia de las notas jurisdiccionales sobre las contractuales.⁴⁰

Los partidarios de la denominada *teoría mixta*⁴¹ afirman que las teorías contractualistas y jurisdiccionalistas no explican íntegramente el fenómeno arbitral, sin perjuicio de reconocer “el origen contractual de la figura ni el predominio de la voluntad de las partes en materias procesales consideradas disponibles”, así como “la importancia de la irrevocabilidad del laudo, efecto propio de las resoluciones jurisdiccionales, o la labor que la jurisdicción cumple en el terreno arbitral en cuanto coopera, suple, actúa como garante y guardiana de su normal desenvolvimiento”.⁴² La exclusión de la jurisdicción se produce en virtud de un contrato, que es origen y causa legitimadora del

³⁷ GETE-ALONSO Y CALERA, “La caracterización del convenio arbitral en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje”, *La Ley*, 1990, 2, pp. 1.031 y ss.

³⁸ CORDÓN, o.c., p. 29

³⁹ GETE-ALONSO, “La caracterización...”, o.c., p. 1.032.

⁴⁰ Así MONTERO para quien “no habría manera de explicar los componentes jurisdiccionales desde la tesis contractualista, pero sí cabe comprender el origen contractual desde la consideración jurisdiccionalista” (*Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 1990, p. 24); o CORDÓN, o.c., p. 29 que dice que la naturaleza jurídica del arbitraje “se compagina mucho mejor con el contenido y eficacia del laudo, así como con las garantías (constitucionales) de que se dota al procedimiento arbitral que no pueden ser traspasadas por la voluntad de las partes”, aún reconociendo los elementos contractuales de la institución y reconociendo que algunas de las novedades de la LA —como es, dice a modo de ejemplo, la supresión del recurso de casación contra el laudo dictado en arbitraje de derecho— podrían hacer pensar en una inclinación del legislador por las tesis contractualistas. Por otro lado, la imposibilidad impuesta por la LA de que los tribunales puedan revisar el juicio de fondo realizado por los árbitros (tanto en el de equidad como en el de derecho) mientras que toda otra solución privada de conflictos admite la vía jurisdiccional, es un argumento poco menos que decisivo en favor de las tesis jurisdiccionalistas, si bien éstas no pueden ser llevadas hasta sus últimas manifestaciones por las diferencias estructurales con el proceso y por las consecuencias prácticas que conlleva la citada (CORDÓN, o.c., pp. 31 y 32).

⁴¹ Los partidarios de una posición ecléctica afirman, básicamente, que el arbitraje es una institución compleja, siendo contractual por su origen y jurisdiccional por sus efectos. En esta línea CALVO y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (p. 22) quienes afirman que no puede existir una LA, sino que habrá que analizar los diferentes supuestos y, en función de su naturaleza contractual o procesal, las soluciones serán diferentes, concluyendo que éste es el camino de la complejidad, pero también el de la justicia. En este grupo también se puede incluir a PRIETO-CASTRO (“Una nueva regulación”, *Teoría y orientaciones*, 1964, p. 450), para quien el arbitraje, en su origen, es un negocio de derecho privado, creado por voluntad de las partes, pero es procesal por las sujeciones y limitaciones que se imponen a esa voluntad para que produzca los queridos efectos procesales y por las actividades procesales que genera, “en particular el conocimiento del asunto por otras personas que termina en el efecto vinculante y más tarde (si es preciso) ejecutivo del laudo de los árbitros”.

⁴² CALVO SÁNCHEZ, “El procedimiento arbitral, ¿eficaz alternativa al proceso?”, en *Actualidad y Derecho*, 1995, 23, pp. 219 y ss.

arbitraje; se trata de un contrato aunque goce de eficacia procesal.⁴³ El método de resolución es procesal, debiendo respetarse durante la sustanciación formalidades que son de orden público y, por ello, esenciales, cuya falta provocaría la nulidad del laudo. La virtualidad del arbitraje depende de la “ecuación laudo-ejecución jurisdiccional”, de la equiparación del laudo a la sentencia, sin perjuicio de reconocer la existencia de otras intervenciones jurisdiccionales: eficacia del convenio arbitral, excepción de sumisión al arbitraje, designación judicial de árbitros, cooperación judicial en la adquisición y práctica de pruebas, medidas cautelares, anulación, etc.⁴⁴ Afirma FENECH que “si cada una de las partes, por sí misma, no puede resolver una controversia [...] con los mismos caracteres que el Juez en la sentencia o sea, con ejecutoriedad incondicionada y con efecto de cosa juzgada plena [...] es evidente que no pueden otorgar dentro del Derecho privado a un tercero más de lo que tienen —*nemo dat quod non habet*—. Por lo tanto, es evidente que el poder de decidir obligatoriamente, con efecto de cosa juzgada y ejecutoriedad incondicionada, sólo puede venirle a los árbitros del Estado y que la naturaleza del arbitraje sea jurisdiccional”.⁴⁵

Es preciso reconocer también la necesidad que el arbitraje tiene de la jurisdicción, lo que es inevitable por más que se haya hablado del “peligro procesalista” en la intervención jurisdiccional en el arbitraje.⁴⁶ La regulación del sistema arbitral no puede ser tan restrictiva que lo impida, ni tan liviana que, prescindiendo de un mínimo de control y auxilio jurisdiccional, suscite desconfianzas o lo convierta en inútil.⁴⁷ Además de

⁴³ En cambio, el denominado *arbitraje informal* no impide el recurso a la jurisdicción, ni tiene fuerza de cosa juzgada, ni su ejecución puede ser compelida judicialmente, aunque tiene la virtualidad de un contrato, fundado en la autonomía de la voluntad del art. 1255 CC, encontrándose recogido en el art. 3.2. LA (SAP de Soria, 8.03.96 y de Córdoba, 20.09.96).

⁴⁴ ALMAGRO, “La ejecución...”, cit., p. 21. “El examen global arroja un claro balance procesalístico, perfectamente explicable si se tiene en cuenta que la heterocomposición del conflicto, presente en el arbitraje, es la razón misma del ‘ser procesal’. En consecuencia, nuestra conclusión es clara: el arbitraje es una *institución netamente procesal*, que no se confunde con el proceso jurisdiccional estatal y que necesita de una tutela jurisdiccional propia y diferenciada de la común y general dispensada a los contratos. Proceso arbitral y proceso jurisdiccional, ambos declarativos, coinciden y se unifican en el proceso jurisdiccional de ejecución”

⁴⁵ FENECH, “El arbitraje en Derecho español”, en *Estudios de Derecho Procesal* (con CARRERAS), Barcelona, 1962, p. 419. Mientras que las tesis contractualistas son incapaces de explicar su demanda de jurisdicción, materializándose en auxilio y ejecutoriedad, lo que no se explica por ningún otro contrato, las tesis jurisdiccionalistas incurrir “en el exceso de otorgar demasiado poder al Estado como fuente prístina de toda autoridad jurídica, sin conceder relevancia debida al principio de la autonomía de la voluntad, y en el defecto —reconocido— de no justificar convenientemente la ejecutoriedad de los laudos extranjeros [...] pero es cierto que la *eficacia del arbitraje no se explica, sin una especial protección o tutela jurisdiccional*. Igualmente resulta claro que *no se debe mimetizar con categorías jurisdiccionales toda la andadura arbitral*”. Para ALMAGRO, las tesis contractualistas intentan la “cuadratura del círculo”, porque persiguen la explicación de “cómo un contrato no es un contrato; o lo que es lo mismo, cómo las especialidades requeridas por el supuesto contrato son tantas que al final su naturaleza contractual se desvanece”. No es suficiente argumentar que la Ley le otorga fuerza ejecutiva al laudo arbitral, pues otro tanto ocurre con auténticos títulos de ejecución, que no son sentencias, y por eso mismo se discute también su carácter procesal, que numerosos autores les reconocen. Ante las críticas a las tesis contractualistas, se propugna la separación del compromiso o convenio arbitral, cuya naturaleza contractual parece más clara, del resto del arbitraje. Al respecto dice ALMAGRO que “la naturaleza jurídica del arbitraje reclama un examen primero, parcializado de los distintos momentos del mismo; y luego, global, que permita en atención al criterio del predominio resultante, determinar el encuadre del instituto” (ALMAGRO, “La ejecución...”, cit., pp. 19 y ss.).

⁴⁶ Me refiero a los *Estudios sobre arbitraje*, de CREMADES, Madrid, 1977, en cuya p. 190 habla del “arbitraje y el peligro procesalista”. Vid. también ALMAGRO, “La ejecución...”, cit., p. 22.

⁴⁷ Así se entienden las palabras de PARK, W., referidas al arbitraje comercial internacional y a la ley de

algunas normas relativas al auxilio jurisdiccional en materia de prueba, medidas cautelares y ejecución, alguna más debe admitirse de control de la actuación del árbitro, nunca referida al error arbitral sobre el litigio ni a la justicia de sus postulados, sino a los límites de la sumisión de los sujetos o al exceso de autoridad del árbitro.⁴⁸

El elemento característico, ya se ha dicho, es la intervención de un tercero que no es Juez, pero cuya decisión, sin embargo, equivale a una sentencia judicial. Ese tercero necesitará de la *potestas* de la organización jurisdiccional para la ejecución, eso sí. Para unos se trata de una *jurisdicción privada*; para otros es impropio porque el art. 117 CE reserva la jurisdicción a jueces y tribunales, denominándolos *equivalente jurisdiccional*. En este sentido el ATC 20/07/93 dice que la función que ejerce el árbitro es *para*—jurisdiccional o *cuasi*—jurisdiccional, sosteniéndose que sería jurisdicción *plena* si no careciera de esa *potestas* o poder.⁴⁹ La falta de potestad ejecutoria del laudo no significa que los árbitros carezcan de jurisdicción, pues aunque el art. 117.3 CE hable de “juzgar y ejecutar lo juzgado”, no significa que la ejecución sea contenido esencial de la jurisdicción, sino que cuando se reconoce la ejecución al órgano jurisdiccional, esta labor también es verdadera actividad jurisdiccional. Recuérdese que en el contencioso-administrativo la ejecución corresponde a la administración.⁵⁰

No obstante, la Exposición de Motivos de la LA dice que el convenio arbitral es “el instrumento en que se plasma el derecho de las personas a solucionar las cuestiones litigiosas de su libre disposición”. El arbitraje permite, por voluntad de los particulares, sustraer tal esmerada protección jurídica. Además constituye una excepción al principio de exclusividad jurisdiccional⁵¹ del 117.3 y 4 CE y 2.1, 3.1 y 9.1 LOPJ y 51 LEC, afectando al principio de improrrogabilidad de la jurisdicción (9.6 LOPJ) y a la indisponibilidad de la competencia objetiva y funcional (54 y 61 LEC). Por el convenio arbitral las partes renuncian a la tutela jurisdiccional sobre la cuestión litigiosa así como determinan los órganos jurisdiccionales que pueden colaborar con el arbitraje o conocer de la impugnación del laudo.⁵² Afirmar CARNELUTTI que el convenio arbi-

arbitraje inglesa, cuando dice que “el interés de un país en someter el arbitraje a normas obligatorias y a su supervisión judicial, es más fuerte con respecto a litigios de naturaleza nacional, exclusivamente entre sus propios ciudadanos o residentes. No obstante, la garantía en alguna medida de las normas tradicionales de justicia procesal, es una meta digna del sistema legal de cualquier país que espere o desee ser anfitrión de procesos de arbitraje comercial internacional” (PARK, W., “El arbitraje comercial internacional y la *lex loci arbitri*”, *RECA*, 1985, p. 87).

⁴⁸ Vid. PARK, “El arbitraje comercial...”, cit., p. 87.

⁴⁹ CORDÓN, o.c., p. 27.

⁵⁰ CORDÓN, o.c., p. 31. Abundando sobre lo que se ha venido diciendo, cabe traer aquí a GARCÍA RUBIO, “El convenio arbitral en la Ley de 1 de diciembre de 1988”, *RCEA*, 1988-1989, p. 81 quien, al referirse al ATC 20.07.93 dice que la sentencia y el laudo son decisiones reflexivas de jurisprudencia sobre un conflicto de intereses cuya vocación es la justicia y cuya función consiste en garantizar la paz social. Llegando el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, legitimándose la misión del árbitro en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia, mientras el Juez está investido de una potestad del Estado, siendo por eso que el árbitro “necesita además del brazo secular del Juez para dotar de eficacia al laudo, mediante la edición o estrambote de una decisión judicial que ordene su cumplimiento”.

⁵¹ “El arbitraje no lesiona las notas de exclusividad y unidad predicables de la jurisdicción, pues la primera se predica frente al Ejecutivo y Legislativo a lo que habría que añadir el que el arbitraje, para mí, no es jurisdiccional...” (CALVO, “El proceso...”, p. 219)

⁵² VALENCIA MIRÓN, “La sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje”, en *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, San Sebastián, 1989.

tral determina una prórroga de la jurisdicción porque además de paralizar la actividad jurisdiccional hace que otra funcione en su lugar.⁵³

3. ARBITRAJE Y JURISDICCIÓN

Habida cuenta de que consiste en un equivalente jurisdiccional, resulta de todo interés recordar aquí la ilustrativa STC 62/1991, de 22 de marzo, según la cual “el establecimiento de un sistema de arbitraje, como dijimos en la STC 15/1989 FJ 9b es materia atribuida a la competencia del estado por los títulos competenciales del art. 149.1.5 y 6 pues, siendo el arbitraje un ‘equivalente jurisdiccional’, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la administración de justicia”.

En este plano de paralelismo del arbitraje y la jurisdicción como dos fórmulas heterocompositivas, se suelen dar argumentos en favor de aquél que comportan cierta actitud denostadora de la solución jurisdiccional. Entiendo que no es esa la actitud idónea, pues arbitraje y jurisdicción no deben entrar en competencia; es más, parece que si lo hicieran, el arbitraje no sería la vía más frecuentada, pues “el justiciable prefiere resolver sus diferencias ante un juez y sólo cuando la administración de la justicia falla se piensa en el arbitraje”.⁵⁴ La jurisdicción es una función que el Estado tiene que asumir; el arbitraje es una vía más que para los ciudadanos se ha de facilitar, pero para que éstos puedan optar por lo que en cada momento estimen más oportuno, sin necesidad de provocar un enfrentamiento entre ambos cauces, que deben ser los mejores posibles, pero sin hacerlos competir.⁵⁵ Es más, se ha destacado oportunamente que el arbitraje, como alternativa al proceso, se mantiene en el nivel de mera decisión de controversias, mientras que el proceso, más allá de simple instrumento de aplicación de la ley decidiendo un litigio, es “esencial e indispensable articulación de imperativos jurídico-fundamentales [...], condicionantes y determinantes del desarrollo de la potestad jurisdiccional y de la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva”, convirtiéndose en insustituible imperativo para lograr la libertad individual.⁵⁶

Sobre la crisis del proceso, considerado éste como vía de solución de conflictos, debe tenerse presente que no se trata de cuestión propia de los tiempos que corren, habiendo constatado PEDRAZ que la carestía y lentitud del proceso son males que hace más de cuatrocientos años ya se habían denunciado en nuestro país,⁵⁷ no siendo tampoco problemas exclusivos de la jurisdicción española. La potenciación del arbitra-

⁵³ CARNELUTTI, “Arbitraje extranjero”, en *Estudios de Derecho Procesal*, p. 474.

⁵⁴ CALVO, “El proceso...”, p. 220.

⁵⁵ Este mismo es el sentido que parece guiar a PEDRAZ, “El proceso...”, p. 29, cuando dice la puesta del proceso a disposición de todas las personas “integra un ineludible deber del Estado, lo que no conspira contra el ofrecimiento de opciones procesales y de equivalentes al proceso en algunas hipótesis”.

⁵⁶ PEDRAZ, “El proceso y sus alternativas”, p. 12.

⁵⁷ PEDRAZ, “El proceso y sus alternativas”, p. 20.

je, se ha dicho, es cíclica y corresponde a épocas de agudización de las crisis de la administración de la justicia, acudiéndose a aquél cuando el Estado no responde con las medidas necesarias, generando la impresión de que “la justicia que se nos administra difícilmente cumple con los imperativos constitucionales poniendo en tela de juicio el propio Estado de Derecho”.⁵⁸ Como también se ha dicho, el problema de fondo puede radicar en las relaciones que históricamente vienen sosteniendo los procesos civil y mercantil;⁵⁹ ciertamente, la mayor demanda de arbitraje se produce en el ámbito mercantil —dejando a un lado ahora el especial arbitraje de consumo—, como una solución más ante la insuficiencia o insatisfacción que generan los procesos civiles. Pero tampoco podemos dejar de observar aquí que cuando también el arbitraje resulta insatisfactorio, se acuden a fórmulas diferentes del mismo, sea el internacional o el mercantil o el sectorial.⁶⁰

Pero una cosa es que no deba criticarse al proceso para fomentar el arbitraje ni presentarse a éste como el remedio de los males que a aquél aquejan, y otra que haya que admitir las críticas sobre su tardanza y carestía.⁶¹ Respecto de la duración del arbitraje, hay que admitir que los breves plazos que se señalan (6 meses en la LA ó 4 en el RDSAC ó 3 en la LAU), no se cuentan desde el día de la presentación de la solicitud, sino desde el posterior momento de la aceptación o de la designación de los árbitros (según los casos), mientras que la duración de los procesos judiciales se mide desde el día mismo en que se presenta la demanda. Entre el instante de la presentación de la solicitud de arbitraje y el de la aceptación del árbitro, pueden producirse numerosos incidentes, como la no aceptación del cargo, sustituciones, recusación..., etc., que no son computados para medir la tardanza del laudo pero que, sin duda, retrasan la producción de éste. Pero no hay que olvidar que, comenzado el procedimiento, el plazo para dictar el laudo no es prorrogable, a diferencia de lo que en el proceso ocurre con los denominados plazos “impropios”, cuyo cumplimiento parece que atañe sólo al juez; las posibles prórrogas que las partes puedan conceder a los árbitros no son criticables pues las mismas siempre satisfacen a los contendientes, quienes en otro caso no los habrían concedido.

En lo que al arbitraje de consumo interesa, los laudos se dictan, por término medio, entre uno y dos meses después de iniciado el proceso, lo que debe ser valorado como todo un éxito, por más que sea preciso puntualizar que entre la presentación de la solicitud y el comienzo del procedimiento arbitral exista un lapso que no se computa en el cálculo referido, como ya se ha dicho. Pero tampoco se puede olvidar que el arbi-

⁵⁸ CALVO, “El proceso...”, p. 220.

⁵⁹ FAIREN GUILLÉN, *Estudios...* cit., pág. 244. Afirma también este autor —pág. 245— que “los principios procesales de ‘adecuación’ y ‘practicabilidad’ de los sistemas procesales propiamente dichos, que deben conducir a su ‘utilidad’”, afirmando que “si esa ‘utilidad’ final se logra mejor por medio del proceso que por medio del arbitraje, éste, históricamente, descenderá de nivel” —argumentación que es aplicable también a los arbitrajes internacionales. Los principios mencionados fueron proclamados por FRANZ KLEIN en su obra “Erläuternde Bemerkungen zu den neuen österreichischen Zivilprozessgesetzen”, en *Materialen zu den neuen Zivilprozessgesetzen*, 1897, t. I, pp. 189 y ss.

⁶⁰ En este sentido se puede entender la observación que hace CALVO, “El proceso...”, p. 223, cuando dice que “a pesar de la potenciación (del arbitraje) se hacen constantes huidas del sistema arbitral general en los arbitrajes sectoriales incluso del arbitraje en sí mismo como ocurre en materias bancarias”.

⁶¹ Me refiero a los interesantes y críticos trabajos de PEDRAZ, “El proceso...”, *passim*, especialmente pp. 50 y ss. y CALVO SÁNCHEZ, “El proceso...”, o.c....

traje de consumo tiene la particularidad de que el procedimiento comienza y, por consiguiente, el cómputo del plazo se inicia cuando el colegio arbitral es designado, no desde que los árbitros notifiquen fehacientemente a las partes su aceptación; y tampoco es desdeñable que en ese tiempo se verifican actuaciones encaminadas ya a la mediación —cuyo éxito tampoco se computa cuando se calculan los plazos en que el expediente concluye con laudo, pues no es el caso— ya a la formación del convenio arbitral, si es que éste no preexistía a la solicitud de arbitraje.

Se ha puesto de manifiesto el riesgo de que la desigualdad entre las partes en una relación jurídica afecte al arbitraje, sea porque una de las partes lo imponga, sea porque imponga los árbitros. Cuando el convenio arbitral se puede producir entre partes que mantienen una desproporción de medios y fuerza —económicas y de asesoramiento jurídico—, como ocurre en materia de consumidores y usuarios —“contratación en masa, en su doble manifestación de contratos de adhesión y condiciones generales de la contratación”— o en el caso de grandes compañías respecto de otras inferiores, el recurso al arbitraje puede ser impuesto por una de las partes a la otra, con el propósito de huir de los jueces y tribunales, cuya actuación puede ser previsiblemente contraria a sus intereses, o de acudir a algún árbitro o institución arbitral, cuya actuación previsiblemente será favorable a dichos intereses: “el arbitraje puede dejar de ser una institución deseable para convertirse en una vía por la que las grandes empresas pueden eludir una intervención de los órganos de la jurisdicción ordinaria”.⁶² En este sentido se ha advertido del peligro del arbitraje institucional cuando las partes se encuentran en situación de desigualdad y cuando se produce la sumisión a un arbitraje institucional donde la elección de los árbitros se efectúe sin intervención de los consumidores.⁶³

Esto último es precisamente el fundamento de lo prevenido en la Disposición Adicional Segunda, párrafo 2 LA, cuando adicionó un párrafo final en el artículo 10.1 de la LGDCU, según el cual “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 convenio arbitral distinto del previsto en el artículo 31 de esta Ley no podrá impedir por sí misma la celebración del contrato principal”.⁶⁴

La carestía del arbitraje no es constatable pues no existen datos contrastados de los honorarios de los abogados, si es que los hubo, ni de los honorarios de los árbitros.⁶⁵ En todo caso se haría preciso ponderar el beneficio que supone una rápida resolución del conflicto, aún en el supuesto de que el coste fuera superior al del proceso. La crítica que se hace a la falta de justicia gratuita en la vía arbitral es incontestable.⁶⁶ Sin embargo, la mejora del SAC en este punto es notable, pues, como se verá, se ha

⁶² REGLERO, o.c., p. 192; también PEDRAZ, “El proceso...”, p. 56.

⁶³ REGLERO, o.c., p. 194.

⁶⁴ Actualmente el mismo texto constituye el art. 10.4 LGDCU, por la reforma introducida con la LCGC. Esta reciente Ley señala además como 26 condición general abusiva “la sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o supuesto específico”.

⁶⁵ Una análisis de la carestía del arbitraje en relación con la jurisdicción en CALVO, “El proceso...”, o.c., pp. 234 y ss.

⁶⁶ PEDRAZ, “los procesos”, p. 57.

declarado expresamente su gratuidad para los contendientes, pudiendo alcanzar, incluso, a las pruebas.

4. CARACTERES DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO

Seguidamente se expondrán los caracteres que se reconocen en el Sistema Arbitral de Consumo, que lo hacen peculiar dentro del arbitraje en general. La exposición se hará siguiendo el esquema que se deduce del significado que se ha atribuido al término “sistema”, es decir, en relación con los ciudadanos, en relación con la infraestructura establecida y en relación con el instituto del arbitraje.

Y los caracteres van a ser extraídos, naturalmente, del régimen jurídico del SAC, especialmente del RD que lo regula, sobre lo que ya son numerosas las opiniones e interpretaciones vertidas por la doctrina, como han hecho REGLERO⁶⁷ o NAVARRRO.⁶⁸ Pero también, es inevitable, de la consideración de su desarrollo en la práctica, lo que es constatable merced a las publicaciones estadísticas del Instituto Nacional de Consumo.

A. En relación con los ciudadanos:

No podemos olvidar que el SAC se fundamenta en la necesidad de que los ciudadanos que ocupan una posición en ciertas relaciones jurídicas, puedan llegar a acceder a una tutela debida de los derechos que le correspondan en tal relación. En concreto, se está hablando de las relaciones de consumo, donde los consumidores ocupan una situación desigual respecto al empresario y donde los cauces habituales de acceso a la justicia, por su carestía, complejidad o lentitud resultan inadecuados. Por estos motivos, los destinatarios del Sistema que aquí se explica son los titulares de las relaciones de consumo.

a. *Dirigido a sujetos de relaciones de consumo*

Como se acaba de decir, sólo los ciudadanos que se encuentren inmersos en una relación de consumo y para cuestiones de ella deducidas podrán servirse de este mecanismo de tutela. En consecuencia, los consumidores y usuarios y los empresarios. No obstante, es inevitable hacer ahora alguna precisión, sin perjuicio de que sobre el tema se volverá más adelante con mayor detenimiento. Me refiero a que como el fundamento del SAC es la débil posición que el consumidor y usuario ocupa, contrariamente a la que corresponde al empresario, sólo aquél y no éste pueden acudir como actor al arbitraje.

De otro lado, como la definición de consumidor se hace sólo por consideración a que se ocupe la posición correspondiente en la relación de consumo, su definición es

⁶⁷ Este autor, aunque refiriéndose al proyecto de RDSAC, pues aún no se había publicado, lo critica por considerarlo un texto bastante confuso que adolece de serias deficiencias técnicas, abogando por una profunda revisión antes de que llegara definitivamente a aprobarse (REGLERO, o.c., pp. 204 y ss.).

⁶⁸ Lo califica de medio de solución alternativo, sencillo, al no precisar protocolización del laudo, económico, gratuito, voluntario, desarrollado por un órgano tripartito, próximo al ciudadano y ágil, gracias a que se inclina decididamente por el de equidad (NAVARRO LORENTE, “El sistema...”, o.c., p. 62).

siempre ocasional y con referencia a la objetiva existencia de dicha relación. Es decir, un ciudadano es o no consumidor, a los efectos del SAC, si ocupa tal posición en una determinada relación jurídica. Todos, en potencia, lo somos; pero sólo el que actualice esa posibilidad puede acudir al SAC, en el marco de la relación jurídica concreta a que se ha incorporado. Del mismo modo acontece con el empresario, si éste fuera una persona física, que si en la relación de que se trate ha asumido tal condición, no podrá acceder al SAC como actor —ya se verá el denominado carácter unidireccional de este sistema—. Tendremos ocasión de comprobar como, a pesar de que este cauce heterocompositivo se establece en favor del consumidor, su éxito depende en gran medida del empresariado,⁶⁹ al que se ha dirigido preferentemente la campaña divulgadora hasta ahora realizada por el INC.

Ahora bien, no todas las cuestiones deducidas de la relación de consumo pueden ser llevadas al arbitraje de consumo, pues expresamente se excluyó por el artículo 31.1 de la LGDCU los supuestos de intoxicación, lesión, muerte o indicios racionales de delito. Para estos casos al consumidor no le resta otra vía que la jurisdiccional. Nótese ahora, sin perjuicio de su posterior tratamiento, que no se ha establecido un límite cuantitativo, como se ha hecho en otros ordenamientos.

Concluyendo, estamos ante lo que por alguno se denomina arbitraje sectorial, pues versará sobre una parcela del derecho privado, la que conforman las reclamaciones de consumidores y usuarios frente a los empresarios.⁷⁰

b. *Voluntariedad*

El requisito de la voluntariedad es expresamente establecido por el art. 31.2 LGDCU, de donde trae causa el SAC “*El sometimiento de las partes al Sistema Arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito*”. La voluntariedad —así como la escritura— es característica del arbitraje que tenga su marco jurídico en la LA de 1988. Ciertamente que existen otros en que puede no ser así, pero aquéllos que encuentran su cobertura legal en la Ley citada, necesariamente tienen que ser voluntarios. Se podrá acudir como último fundamento a la libertad, a la autonomía de la voluntad, incluso a las reglas de la economía que nuestra Constitución contiene. Pero, al final, la Ley de Arbitraje establece un marco dentro del cual el arbitraje se puede producir, que es el de las materias disponibles del artículo 2 del referido texto. Y para que ello sea posible no hay otro camino que contar con la voluntad del titular de tal materia.

Voluntad que se habrá de plasmar en el oportuno convenio arbitral, el cual podrá formarse de diferentes maneras y formas, siempre por escrito, habiendo sido especialmente cuidadosa la LA en exigir que las partes expresen de manera inequívoca su voluntad de sumisión al arbitraje, incluso introduciendo la dudosa exigencia de que se exprese también la obligación de cumplir el laudo —art. 5.1 LA—. El SAC se ajusta plenamente a esta previsión legal, por imposición del art. 31.2 LGDCU, que se continuó en el RDSAC —vid., entre otros, el art. 9—. ⁷¹ En ningún momento se consiente

⁶⁹ Así NAVARRO LORENTE, “El sistema...”, o.c., p. 48.

⁷⁰ ROCA, *Arbitraje*, p. 135.

⁷¹ Todo el Capítulo III (arts. 5 a 9) RDSAC versa sobre la formalización del convenio arbitral.

que el arbitraje de consumo se pueda desarrollar sin el previo convenio, por cuya presencia velan sucesivamente el Presidente de la Junta Arbitral —art. 9.2 RDSAC— y el Colegio de Arbitros —art. 23 LA—.

Aunque se haya afirmado que la voluntariedad es nota propia de todos los arbitrajes, no está de más traerlo como nota que también alcanza al de consumo, insistiéndose además en que la voluntad de las partes ha de ser expresa, con un doble propósito. De un lado, para diferenciarlo del Arbitraje de Transportes; de otro, para combatir a quienes propugnan un arbitraje de consumo obligatorio.⁷² Ciertamente que para que los consumidores pudieran tener mejor atendido sus derechos podría idearse un mecanismo por el cual al empresario no le quedara más remedio que someterse al arbitraje. Pero un arbitraje forzoso no es arbitraje, al menos, insisto, en el ámbito de la vigente LA. Es cierto que el funcionamiento del SAC depende, en última instancia, de la actitud de los empresarios, que son libres de someterse o no al mismo. Sin embargo, la gran aportación del sistema en este punto es la denominada “Oferta Pública de Sometimiento al SAC” —art. 6 RDSAC—, que es utilizada por el INC y las Juntas Arbitrales como instrumento para la difusión del sistema y de estímulo a los empresarios para que se acojan a esta fórmula arbitral. Pero por más que se haga propaganda y que se estimule a la aceptación del arbitraje por los empresarios, nunca llega a imponérseles de manera obligatoria, ni siquiera a admitir su voluntad presunta, pues se exige que sea expresa para que pueda formar el convenio arbitral.

No se puede olvidar aquí la doctrina que el Tribunal Constitucional ha venido construyendo respecto del arbitraje. Concretamente tiene dicho que “el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición”.⁷³ Es rotunda la doctrina sentada por el intérprete constitucional al afirmar que el arbitraje “se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos, lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)”.⁷⁴

En concreto es preciso hacer mención de lo que ha dicho en relación con el transporte terrestre, donde se ha pretendido defender el carácter forzoso del arbitraje, aún reconociendo que ello atentaría contra los principios contenidos en los artículos 24.1 y 117 CE, por consideración a las tan traídas últimamente razones de economía procesal y en evitación de un posible “colapso” de la institución arbitral, estimándose como muy adecuado que su obligatoriedad se establezca a partir de presunciones favorables.⁷⁵

La Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, disponía, en su primitiva redacción, en el artículo 38.2, lo que sigue:

“Siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas, las partes someterán al arbitraje de las Juntas (se refiere a las Juntas Arbitrales de

⁷² Así REGLERO, o.c., pp. 203 y ss., que defiende un arbitraje de consumo “obligatorio, y no meramente aconsejable”.

⁷³ ATC 20.07.93. Las materias que quedan fuera de la disponibilidad de los ciudadanos son las que afectan al orden público y las de Derecho necesario, afirma CORDÓN, o.c., p. 28, imputando tal doctrina a la jurisprudencia.

⁷⁴ STC 176/1996.

⁷⁵ NAVARRO LORENTE, “El sistema...”, o.c., p. 49.

Transporte) cualquier conflicto que surja en relación con el cumplimiento del contrato, salvo pacto expreso en contrario.

En las controversias cuya cuantía exceda de 500.000 pesetas, las partes contratantes podrán pactar expresamente el sometimiento al arbitraje de las Juntas de los conflictos surgidos en el cumplimiento de los referidos contratos de transporte."

La cuestión de constitucionalidad se hizo girar en torno a la posible infracción de los artículos 24.1, 117.3 y 14 CE, pero al estimarla el TC sobre el art. 24.1 en relación con el 117.3, dejó sin examinar la cuestión relativa al art. 14, como expresamente reconoce. La STC 174/95 ha sido rotunda al señalar que el precepto transcrito "significa que para someter una controversia de las características de las que aquí se trata al conocimiento de los jueces y tribunales es preciso un pacto que expresamente así lo prevea; y un pacto supone, necesariamente, el concierto de dos o más voluntades, lo que, en último término, implica que el acceso a la vía judicial de las controversias sobre transportes terrestres de cuantía inferior a 500.000 pesetas está condicionado a que todas las partes implicadas presten su consentimiento [...] En definitiva, el precepto de la LOTT cuya constitucionalidad se cuestiona viene a establecer un arbitraje obligatorio, con el correspondiente efecto de excluir la vía judicial, salvo que las partes contratantes hagan explícita su voluntad en contrario. Si no existe pacto en contrario, el convenio arbitral nace *ex lege*, y puede invocarse, llegado el caso, como excepción...". Y con absoluta claridad manifiesta que el arbitraje es "un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, como declaramos en nuestra STC 43/1988, y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros...". Continúa diciendo el TC que la LOTT establece un *sistema de arbitraje institucional e imperativo*, donde el acceso a la jurisdicción queda condicionado al consentimiento expreso, formalizado en un pacto, de todas y cada una de las partes implicadas en una controversia, de manera que si una de las partes no admite tal pacto en contrario, para ella sigue vigente el arbitraje. Y concluye diciendo que "resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta que es lo que hace el párrafo primero del artículo 38.2. La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella".⁷⁶

El legislador no reacciona ante esta situación hasta la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, una Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social: "cuya finalidad es contribuir a la mejor y más efectiva consecución de los objetivos de la política económica del Gobierno que se contienen en la Ley de Presupuestos del Estado para 1997, y en concreto al cumplimiento de los criterios de convergencia...".⁷⁷ Y la solu-

⁷⁶ La STC 75/1996 reitera la citada de 174/95, si bien advirtiendo que la limitación del derecho a la tutela judicial efectiva que contiene el artículo 38.2 LOTT no sólo afecta al demandante, también al demandado, "en cuanto que, salvo que así lo haya aceptado voluntariamente, no se le puede impedir que sea un órgano judicial quien conozca de las pretensiones que formule en orden a su defensa, vulnerándose de otra manera su derecho a la tutela judicial efectiva".

⁷⁷ Exposición de Motivos de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre.

ción seguida es una nueva redacción para el artículo 38, en su totalidad, no sólo el párrafo segundo, que era el afectado de inconstitucionalidad. Así ha quedado:

1. Corresponde a las Juntas Arbitrales resolver con los efectos previstos en la legislación general de arbitraje las controversias de carácter mercantil surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre cuando, de común acuerdo, sean sometidas a su conocimiento por las partes intervinientes u otras personas que ostenten un interés legítimo en su cumplimiento.

Asimismo, les corresponderá resolver, en idénticos términos a los anteriormente previstos, las controversias surgidas en relación con los demás contratos celebrados por empresas transportistas de actividades auxiliares y complementarias del transporte cuyo objeto esté directamente relacionado con la prestación por cuenta ajena de los servicios y actividades que, conforme a lo previsto en la presente Ley, se encuentre comprendidos en el ámbito de su actuación empresarial.

*Se presumirá que existe el referido acuerdo de sometimiento al arbitraje de las Juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas y ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado.*⁷⁸

Interesa aquí únicamente el tercer apartado de este párrafo 1. Lo primero que debe destacarse es que se ha resuelto ya el problema de si la LA de 1988 no era derogatoria del artículo 38 LOTT, que era de 1987.⁷⁹ Pero continúan vigentes las dudas sobre la constitucionalidad de este tipo de arbitraje cuando se trate de controversias inferiores a 500.000 pesetas. La duda nace de las propias sentencias del TC que se han citado, pues en la primera de ellas, la STC 174/995 se dice que “nada hay que objetar, desde el punto de vista constitucional, al hecho de que la LOTT haya atenuado las formalidades exigibles para realizar el convenio arbitral hasta el punto de haber sustituido la exigencia de dicho convenio por una presunción *ope legis* de su existencia cuando la controversia es de escasa cuantía”. Esta es la idea que, sin duda, ha asumido el legislador para llevar a cabo la modificación el artículo 38 LOTT: “se presumirá que existe el referido acuerdo...”.

Sin embargo, una presunción *ope legis* de convenio arbitral pugna clamorosamente con la otra idea que el TC sostiene, punto y seguido de la anterior: “La autonomía de la voluntad de las partes constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta

⁷⁸ Además, se contienen dos párrafos más, repetitivos de los números 3 y 4 del hasta entonces vigente art. 38. Como en uno de los nuevos párrafos, aunque sea repetitivo, se contiene un mandato al Gobierno para que regule el procedimiento arbitral, podría parecer que se le hace el encargo de que elabore una nueva normativa al respecto; probablemente lo único que se ha pretendido es modificar el número del párrafo, con poca técnica.

⁷⁹ “La posible derogación del art. 38.2 LOTT por la Ley de Arbitraje, que invoca el demandante, es una cuestión de legalidad ordinaria. La STC 359/1993, fundamento jurídico único, ha declarado que ‘como ha reiterado este Tribunal (SSTC 90/1990 y 88/1991, entre otras), la selección de la norma aplicable, así como el análisis de la vigencia y derogación de las mismas, corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria de conformidad con el art. 117 CE. Al Tribunal Constitucional no le compete revisar la interpretación realizada por los órganos judiciales, salvo que tal interpretación resulte arbitraria o irrazonada y lesione derechos o libertades protegidos en la Constitución’” (STC 75/1996).

contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje...". Más tarde o más temprano llegará al TC esta cuestión, donde no se podrá dejar de tener en cuenta que, en definitiva, lo que se está presumiendo por la Ley es que las partes se someten al arbitraje, es decir, que renuncian a su fundamental derecho a la tutela judicial efectiva. Ello casa mal con la idea de que el convenio arbitral no puede ser tácito, sino expreso, por la indicada razón de que por él se veta la solución jurisdiccional, que integra uno de nuestros máximos derechos fundamentales, pilar indiscutible del Estado de Derecho.

En la valoración que se haga de esta disposición tampoco se puede dejar de lado lo que en la práctica acontece, como consecuencia de esta disposición: ningún empresario y ningún consumidor están atentos a esta cuestión, de manera que ignoran, de hecho, que desde que se adquiere el billete del autobús, por ejemplo, hasta la hora de partida de éste, tienen de plazo para renunciar al arbitraje y acogerse a la vía jurisdiccional. El efecto de esta disposición es que se han invertido los términos, hasta el punto de que en numerosas ocasiones devendrá en imposible la renuncia al arbitraje. Y también es doctrina del TC que aunque es facultad legislativa la configuración del derecho a la tutela judicial efectiva, no se puede incidir en el contenido esencial de ese derecho "imponiendo para su ejercicio obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que lo dificulten, sin que tal dificultad esté en algún modo justificada por el servicio a un fin constitucionalmente lícito".⁸⁰

Será preciso valorar cual es ese *fin constitucionalmente lícito*, así como considerar si la realidad no aboca a los particulares a una auténtica negación del derecho a la tutela prometida por el artículo 24 de nuestro Texto Fundamental, al levantarse, mediante la presunción legal de convenio arbitral, un valladar insalvable.

Para concluir, sólo resta hacer mención a que la voluntad de las partes no sólo es necesario fundamento del arbitraje, que lo hace nacer mediante el convenio arbitral, sino que mediante ella las partes fijan todo su ocurrir y su contenido: los árbitros, el procedimiento, la cuestión litigiosa... El principio dispositivo campa aquí a sus anchas. No cabe nunca el arbitraje forzoso. En el SAC así ocurre, aunque el RDSAC limita mínimamente esta voluntad de los contendientes, al menos en lo que a los aspectos formales se refiere, pues el nombramiento de los árbitros y el procedimiento, quedan regulados por el citado reglamento que, a estos efectos, tiene el valor de reglamento de institución arbitral, donde se fijan las reglas que vinculan a las partes, a los árbitros y a la institución arbitral —las Juntas Arbitrales de Consumo, en el presente caso—.

c. *Gratuidad*

Esta característica no se exige ni en el artículo 51.1 CE ni en el 31 de la LGDCU, siendo expresamente establecida en la DA 1.ª 2 de la LA de 1988 —"Los arbitrajes a que se refiere el párrafo anterior son gratuitos"—, recogiendo lo que ya era práctica experimental desde 1986. El RDSAC no lo prevé expresamente, pudiendo ser deducido del conjunto de su normativa; la única referencia que hace a esta cuestión es la relativa al coste de las pruebas, que serán sufragadas por la Administración de que dependa la Junta Arbitral de Consumo si fueran acordadas de oficio —art. 13.2 RDSAC—,

⁸⁰ STC 185/1987.

correspondiendo a las partes el pago de las restantes —art. 13.3 RDSAC—, siendo la práctica habitual la de que los Colegios Arbitrales asuman como acordadas de oficio incluso las pedidas por las partes, para proporcionarles la gratuidad que el sistema ofrece: en el año 1995, el 85%, con un coste medio de 21.625 pesetas; en 1996, el 95%, siendo el coste medio de 19.881 pesetas; en 1997, el 96%, por un importe medio de 26.563 pesetas, y en 1998, el 94%, por 20.173 pesetas de media.

Dos cuestiones deben ser aquí referidas. La primera, que la afirmación de que el SAC es gratuito no quiere decir que no cueste nada a nadie; naturalmente que tiene un coste por su funcionamiento, difícil de calcular, que pesa sobre la Administración soporte de la Junta Arbitral de Consumo. Dicho coste debiera computarse incluyendo el pago de cada colegio arbitral —lo que se hace normalmente mediante dietas por asistencia—⁸¹ y el del funcionamiento ordinario de la JAC, cuyos Presidente y Secretario pueden ser retribuidos de muy diferentes maneras, dependiendo de la opción que cada administración afectada elija (funcionario con tal competencia específica, funcionario al que se retribuye mediante dietas sus actuaciones en la JAC, profesional con el que se suscribe un contrato de arrendamiento de servicios...); a estos costes se deben añadir los de la oficina de la JAC, que podrá o no contar con personal administrativo propio; por fin, el ya referido coste de las pruebas. Además, sería necesario añadir el coste del SAC a nivel nacional, es decir, el devengado por las actividades realizadas en el seno del INC, que incluyen lo relativo a la Junta Nacional y a todos los funcionarios que dicho organismo destina al servicio del sistema, publicidad del SAC, etc.

En último término podríamos decir que la cifra que resultara, insisto que difícil de estimar, es pagada por la Administración en su conjunto. Pero más difícil de calcular será lo que se obtiene por tal precio; para ello sería necesario determinar qué ahorro se ha obtenido al desplazar un indeterminado número de litigios de la vía judicial a la arbitral y, lo que entiendo que es aún más importante, valorar el acceso a la justicia que se ha proporcionado a numerosos conflictos y que si no fuera por esta vía no habrían alcanzado, dado su escaso interés económico. En este último caso lo que interesa ya no es el dato económico, la cantidad, sino el cualitativo, la obtención de justicia, lo que es difícilmente trasladable a cifras estadísticas.

Pero cuando se habla de gratuidad del sistema no se está queriendo decir que no cueste nada a nadie, sino que no le cuesta nada a ninguna de las partes litigantes. La razón de esta nota característica se encuentra en el mismo fundamento del SAC, la desproporción existente entre la cuantía litigiosa y el coste de su resolución. Es por todos admitido que esta vía arbitral se instituye para resolver de los denominados litigios *bagatela*. En el fondo lo que se persigue es proporcionar una vía de justicia a los consumidores, aunque sea desproporcionado el coste económico de la vía establecida y la cuantía en liza, pero es que lo que no tiene precio es la justicia.

Siendo esto así, parece que hubiera sido conveniente establecer un límite cuantitativo al litigio, pues no tiene mucho sentido decidir cuestiones millonarias a través de este cauce.⁸² Y ello no porque las garantías no existan, teniendo en cuenta, además, que

⁸¹ Me consta que en algún lugar, como ocurre en Baleares, se ha dictado una norma por la que específicamente se determina el importe de las dietas por asistencia a colegio arbitral.

⁸² En el mismo sentido REGLERO, o.c., p. 204.

es la voluntad de las partes la que fundamenta el valor de todas las actuaciones arbitrales, sino porque la razón de ser del SAC desaparece: en litigios millonarios ya no se puede hablar de desproporción entre el coste de la vía judicial y el importe de la cuestión litigiosa. Por eso se entiende que los Centros de Arbitragem de Conflictos de Consumo portugueses tengan establecidos un límite de 500.000 escudos (unas 400.000 pesetas); las limitaciones que las empresas incluyen en sus ofertas públicas de adhesión al SAC no dejan de tener el mismo fundamento, entre otras razones. Las JAC vienen tramitando solicitudes con un objeto litigioso medio de unas 100.000 pesetas, pero con unos límites que oscilan entre las 50 pesetas y los 30.000.000 de pesetas.⁸³

Sinceramente, no me parece coherente mantener que por esta vía arbitral, prevista para litigios *bagatela* se puedan dar solución a conflictos de elevados importes. Pero lo cierto es que si el SAC funciona y las partes acuden a él incluso para solventar tan cuantiosas diferencias, no parece tampoco correcto privarles de tal vía de solución por razones de índole económico. Precisamente este tipo de razones también pesan para mantener la competencia del SAC sobre litigios de elevada cuantía, pues al Estado puede que le sea más barato facilitar el acceso a la justicia por este camino que por el judicial ordinario, considerando que ambos caminos al ciudadano le deben ser gratuitos. Ahora bien, habida cuenta de que los árbitros y las instituciones arbitrales son responsables de sus actuaciones, el SAC, en cuanto tal institución, sí puede considerar la posibilidad de limitar las cuantías litigiosas sobre las que extender sus arbitrajes, con el fin de dejar limitadas también sus eventuales responsabilidades.

La segunda cuestión a la que quería hacer referencia tiene que ver con el incremento de la litigiosidad que el SAC puede producir. Ciertamente que una vía tan “cómoda” y gratuita para el consumidor puede actuar como fuente generadora de los litigios, fomentando el abuso. Debo advertir que en alguna ocasión —me refiero a las Primeras Jornadas de Consumo de Extremadura, diciembre de 1986— los empresarios manifestaron que tenían hacer uso del distintivo del arbitraje de consumo, al que gustosamente se sometían, al comprobar que sus clientes consumidores les hacían acudir más de lo debido a esta instancia, con algunas solicitudes temerarias de arbitraje. En este sentido conviene tener presente el dato de que en 1995 el 35,56% de los laudos fueron totalmente desestimatorios, y en 1996, el 41,72%.⁸⁴ No me parece fundada la advertencia que hizo en su intervención el Presidente de la Junta Arbitral Nacional de Consumo el 10 de diciembre de 1997, en el IV Congreso de Arbitraje de Consumo, respecto al carácter excesivamente litigante de algunos consumidores, pues no es conocida ni constatable, para los que frecuentemente administramos el arbitraje, la patológica figura expresada.

Para concluir, quiero hacer mención a la posibilidad que el Colegio Arbitral tiene de “distribuir en distinta forma el pago” de los gastos ocasionados por las pruebas periciales, si aprecia mala fe o temeridad en alguna de las partes —art. 13.3 RDSAC—. Se

⁸³ En los datos estadísticos ofrecidos por el INC en la Memoria 95-96 del Sistema Arbitral de Consumo, la media de las solicitudes de 1995 alcanzó las 118.495 pesetas; la de 1996, las 100.657 pesetas (vid. pág. 94 de la citada Memoria); en 1997, 118.011 pesetas, y en 1998, 154.565 pesetas (datos ofrecidos por el INC).

⁸⁴ Datos obtenidos de la Memoria 95-96 citada, p. 101. Debo señalar que en el dato de 1996 se habla de laudos desestimatorios total o parcialmente, pero entiendo que debió quererse decir desestimatorios totalmente, pues sino no podría ser correcto el dato previo de laudos estimatorios total o parcialmente. En 1997 totalmente desestimatorios fueron el 69,13%, y en 1998, el 69,58%.

trata, en definitiva, de la única posible condena en costas que cabe en el Arbitraje de consumo, no pareciéndome incluible en ella los honorarios y gastos de los árbitros, ni los derivados de las notificaciones, ni del coste del servicio prestado por la Junta Arbitral —vid. art. 35.1 LA—, pues todos éstos corresponden a la Administración que soporta a aquélla, por expresa disposición de la LA, Disposición Adicional Primera, número 2. Sólo los gastos por la práctica de la prueba —normalmente la pericial— han sido expresamente considerados como objeto de eventual condena en el laudo. Y que tal condena se haga por consideración a la mala fe o temeridad de alguno de los litigantes es conforme con lo que también se previene en el art. 35.2 LA.⁸⁵

B. En relación con la infraestructura:

El segundo elemento del Sistema arbitral es su infraestructura. En ella apreciamos como caracteres fundamentales que el arbitraje que se adopta responde al modelo de arbitraje institucional. No podía ser de otro modo, pues sólo éste puede gozar de una infraestructura, mientras que el arbitraje *ad hoc* nunca la tendrá. De otra parte, la estructura se forma con una dimensión horizontal, extendiéndose sobre todo el territorio nacional. Por fin, el órgano decisor, el colegio arbitral, integrador igualmente de la infraestructura del sistema, tiene una peculiar forma de constitución, al acoger en su seno a las tres partes o sectores interesados: consumidores, empresarios y la propia administración, soporte de la Junta Arbitral de que se trate.

a. Arbitraje institucional con intervención de la Administración

La opción elegida por la LGDCU al procurar facilitar a los consumidores la tutela de sus derechos ha sido la de construir un complejo de Juntas Arbitrales de Consumo, las cuales deben extenderse por todo el territorio, apoyándose en Administraciones de inferior ámbito que la estatal. Se concede por tanto un alto grado de protagonismo a la Administración, en general, tanto porque será la encargada de la gestión del arbitraje y del nombramiento de los árbitros, a través de las referidas Juntas Arbitrales, como porque en el Colegio Arbitral la presidencia del mismo corresponderá, salvo alguna excepción, siempre a un funcionario. Se trata de una actitud tuitiva del arbitraje, dirigida a evitar el peligro que más arriba se ha advertido: aunque el contexto natural del arbitraje es el intercambio de bienes y servicios entre las empresas, a nivel nacional o internacional, también puede ser un mecanismo heterocompositivo entre las personas físicas, siempre que entre una y otra parte se sostenga una situación de igualdad o, al menos, no exista una evidente desproporción en cuanto a fuerza económica y medios técnicos, ocasiones para las que este instituto se desaconseja.⁸⁶

Pues resulta que precisamente el SAC nace para paliar ese desequilibrio, para poder solventar los conflictos que los ciudadanos padecen, marcados por su situación de inferioridad en la relación, para esas ocasiones en que el arbitraje ha sido desaconsejado; pero si ello es así se debe a que el arbitraje se establece a través de un sistema

⁸⁵ Por cierto, que no dejaría de ser gratuito porque se pagaran los peritos cada parte, o las pruebas en general, pues esa posibilidad viene contemplada en el propio RDSAC.

⁸⁶ REGLERO, o.c., pp. 192 y ss.

cuya regulación y control por el Estado persigue evitar situaciones de indefensión.⁸⁷ Se trata de un arbitraje administrado por entes públicos sujetos al derecho común de la Ley de arbitraje.⁸⁸

El SAC se caracteriza como un tipo de los denominados arbitrajes institucionales,⁸⁹ esto es, de aquéllos en los que el nombramiento de los árbitros es deferido a una persona jurídica, a la que se confiere también la administración del arbitraje. El apoyo legal de esta modalidad de arbitraje —arbitraje institucional— se encuentra en el art. 10 LA, donde se permite que las Corporaciones de Derecho Público y las Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro, en el ámbito de sus respectivos reglamentos, puedan administrar el arbitraje y designar los árbitros.⁹⁰

Llegados a este punto no queda otro remedio que señalar la diferencia que existe entre *arbitraje ad hoc* y *arbitraje institucionalizado*. El primero es aquél en que las partes designan, para un conflicto concreto, a los árbitros o a la persona, física o jurídica, a que defieren el nombramiento de los mismos —vid. art. 9 LA—;⁹¹ el segundo, el arbitraje institucionalizado, aquel otro en que las partes no sólo defieren a una Corporación de Derecho Público o a una Asociación o entidad sin ánimo de lucro la designación de los árbitros, sino que también le encomiendan la administración del arbitraje.⁹² Deferir el nombramiento de los árbitros no es igual que encomendar la administración del arbitraje, y ambos mandatos son los que integran el arbitraje institucional. Propiamente, sólo lo primero estaba prohibido por la LADP:⁹³ "... entiendo que la institucionalización del arbitraje es algo distinto a la simple designación de los árbitros por un tercero. A pesar de que la ley no determina el contenido del arbitraje institucional, creo que para hablar de él es necesario que se encomiende su administración a una institu-

⁸⁷ "... en aquéllas hipótesis caracterizadas precisamente por esta desigualdad, el arbitraje, o bien no ha de tener cabida (como no ha de tenerla la sumisión a una jurisdicción distinta a la del lugar en que se celebra el contrato de adhesión), o bien debe ser rigurosamente controlada por el Estado para evitar situaciones de indefensión" (REGLERO, o.c., pp. 192 y ss.)

⁸⁸ NAVARRO LORENTE, "El sistema...", o.c., p. 48.

⁸⁹ Sobre el arbitraje institucional resulta imprescindible la consulta de ROCA MARTÍNEZ, *Arbitraje e instituciones arbitrales*, Barcelona, 1992.

⁹⁰ Para REGLERO, o.c., p. 112, la regulación del pacto sobre arbitraje institucional es técnicamente defectuosa.

⁹¹ REGLERO, o.c., p. 113, dice que la previsión del art. 9.2 LA por la que la deferencia puede hacerse tanto a persona física como jurídica, fue introducida por una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista, y que, a su juicio, es de todo punto superflua.

⁹² Entiende CORDÓN, o.c., p. 47, que las Cámaras de Comercio y los Colegios de Abogados son los principales protagonistas del arbitraje institucional. La LA, dice, establece una clara preferencia por este tipo de arbitraje como lo denota, afirma, el que en estos supuestos, la renuncia, imposibilidad o recusación de un árbitro, será subsanada por la propia institución, mientras que en el arbitraje *ad hoc*, esos supuestos no pueden ser solventados por intervención del Juez, quedando expedita la vía judicial. Este autor encuentra la explicación de tal preferencia en la confianza que se deposita en el árbitro y en la institución arbitral, así como en los medios con que cada cual cuenta.

⁹³ Así ITURRIAGAGOITIA, "España ante la reforma de la Ley de arbitraje", BIMJ, 1485, 1988, p. 1.089. Como prueba de la necesidad de reforma de la vetusta LADP en este punto, podemos citar la propuesta de modificación que el GP Popular hizo del art. 22 LADP —mediante una proposición de Ley en 1984— que fue fundamentada, entre otras razones, en necesidades económicas, advirtiéndose también, con razón, que un grave freno al desarrollo del arbitraje era la intervención de las personas implicadas en el conflicto en la designación de los árbitros, además de destacar la diferente situación que se producía entre arbitraje interno y arbitraje internacional (Vid. REGLERO, o.c., pp. 108-110).

ción dotada de cierta organización y estructura, en cuyas normas reguladoras se prevén funciones arbitrales, no bastando la simple designación de los árbitros por un tercero distinto de las partes en el arbitraje”.⁹⁴

Entre las ventajas que se han señalado al arbitraje institucionalizado destaca que además de facilitarse el nombramiento de los árbitros, se favorece el propio desarrollo del arbitraje, al serle encomendada su administración a una institución arbitral. Ciertamente, una vez que un conflicto ha emergido, las partes van a litigar hasta por los más nimios detalles, formando parte de la liza también la resistencia a designar árbitros, la discusión sobre quienes deban ser éstos, la recusación de los mismos, el procedimiento a seguir, etc. Todas estas posibilidades de enfrentamiento desaparecen o, al menos, menguan si se recurre al arbitraje institucionalizado, donde la falta de acuerdo de las partes es sustituido por el funcionamiento del reglamento de la institución arbitral.

Ahora bien, no todo son elogios para el arbitraje institucional. Concretamente, en lo que aquí interesa, se ha dicho —alguna mención se ha hecho ya más arriba— que “si bien las ventajas del arbitraje institucional son evidentes en el ámbito de las relaciones comerciales, internas e internacionales, hay que ser especialmente cautos en cuanto a su funcionamiento en las relaciones entre las grandes empresas y los consumidores y usuarios [...] no es que se dude a priori de la imparcialidad y eficiencia de tales instituciones en el marco del Derecho del consumo, sino que teniendo en cuenta todas las circunstancias que rodean aquellas relaciones, parece necesario un serio control estatal sobre la actuación de las instituciones arbitrales, cuando entre las partes que se someten a su decisión existe una evidente desproporción en cuanto a medios y poder económico”.⁹⁵

Los riesgos señalados para el arbitraje entre consumidores y usuarios y empresas, sobre todo grandes empresas, son obviados en el que se administra por el Sistema español de Arbitraje de Consumo, merced a que es la Administración siempre quien tutela o patrocina este tipo de arbitrajes, impidiendo que se creen entes privados proclives a las intereses de los empresarios, pero sin permitir que una actitud paternalista hacia los consumidores desequilibre la balanza de la justicia, que debe presidir también sobre este método heterocompositivo.

No hay que olvidar, en este punto, que la Disposición Adicional Segunda.2 LA adicionó un párrafo final al artículo 10.1 LGDCU, más arriba citado, por el que se establece el derecho de los consumidores y usuarios a no someterse al arbitraje, diferente del especial de consumo, impuesto por el empresario en los contratos de adhesión.

También se cumplen las ventajas que del arbitraje institucionalizado se predicán, en cuanto a la facilidad para el nombramiento de los árbitros, pues las JAC cuentan con una lista de éstos entre los que elegir inmediatamente, pudiéndose subsanar —con

⁹⁴ ROCA, *Arbitraje...*, p. 111. En igual sentido vid. ALMAGRO, “La nueva ley española de arbitraje”, en *Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairén*, Valencia, 1990, p. 37.

⁹⁵ REGLERO, o.c., p. 111. Este argumento fue esgrimido por el Grupo Parlamentario Socialista para oponerse a la proposición de ley popular: “... no se adopta ninguna garantía de control en relación con las cláusulas arbitrales que puedan utilizarse en los contratos en régimen de condiciones generales, ni tampoco se hace referencia a la protección ni al control, ni, sobre todo, a la garantía de los consumidores en atención a lo que ya hemos dispuesto en esta Cámara en los artículos 31 y 14 de la actual LGDCU” —en cualquier caso, en la LA no se recogió nada respecto de los contratos de adhesión—.

idéntica agilidad— los problemas que las renunciaciones o recusaciones de los árbitros puedan suscitar. Además, la forma en que las listas de árbitros se forman, donde se atienden a los sectores profesionales que pueden verse implicados en el litigio, provocan cierta especialización en el colegio arbitral, sin perjuicio de que se puedan formar colegios especializados para determinados asuntos, cuestión ésta no muy frecuente en la práctica, pero que sería muy aconsejable en ciertas materias, como es la de los seguros.

La dificultad con que aquí podemos encontrarnos es que las Juntas Arbitrales de Consumo no encajan en ninguna de las dos figuras que el artículo 10.1 LA determina como depositarias de la administración del arbitraje institucional: las JAC no son ni Corporaciones de Derecho Público ni Asociaciones o Entidades sin ánimo de lucro. Aunque de las JAC se tratará más adelante, convengamos ahora en que su naturaleza jurídica es la de órgano de la Administración —estatal, autonómica, provincial o municipal— que la sustenta. Sin embargo, no me parece que ello constituya argumento suficiente como para que no sea catalogado como institucional, pues reúne todas las características propias de esta clase de arbitraje —funciones de designación de árbitros y de administración del arbitraje, reglamento propio—, no pareciendo que su falta de encaje entre las figuras del 10.a) o 10.b) LA sea decisivo, pues estamos ante un arbitraje cuyas especialidades han sido expresamente reconocidas por la propia LA —Disposiciones Adicionales Primera y Segunda.1—. En cualquier caso, me parece que no tendría ningún interés ni trascendencia concluir que este tipo de arbitraje es diferente del *ad hoc* y del *institucionalizado*, tratándose de un *tertium genus*.

No quiero dejar pasar esta ocasión para advertir que, no obstante las ventajas que todos reconocemos que tiene el SAC, debemos ser cautelosos con este tipo de arbitrajes especiales en que interviene la Administración, el Poder Ejecutivo en definitiva, impartiendo justicia. El incremento de los asuntos que se resuelven por este tipo de cauce, como también puede ocurrir en materia de transportes, propiedades especiales, seguros, etc., supone una asunción por órganos del ejecutivo, aunque sea por voluntad de los contendientes, de ciertas “facultades jurisdiccionales” que, si exceden de ciertos límites cuantitativos y cualitativos, pueden implicar un desequilibrio a la larga, de la distribución de funciones constitucionales. Lo dicho será más grave si se acude al expediente, ya utilizado por nuestro legislador, de establecer arbitrajes obligatorios o presunciones legales de convenios arbitrales, como se ha visto que ha acontecido y acontece aún con la LOTT. Puede quizás parecer exagerado lo que aquí acabo de afirmar, pero no conviene perder esta referencia, pues nunca podemos ser conscientes totalmente del alcance último de nuestros propios actos. Simplemente, seamos cautos. En este sentido, conviene considerar lo que nuestros vecinos portugueses están desarrollando, que apoyan su sistema sobre Asociaciones que se constituyen por la Administración, de uno u otro nivel, y por otras Entidades o Corporaciones, como las Cámaras de Comercio o los Colegios de Abogados, pero gozando de una personalidad jurídica propia, resultando independientes del ejecutivo.

b. Organización territorial

Se acaba de decir que el SAC se estructura a través de unas Juntas Arbitrales que se extienden por todo el territorio nacional. Con más detenimiento trataremos de ellas en páginas posteriores. Ahora basta que sepamos que las referidas Juntas se apoyan

sobre Administraciones municipales, provinciales, mancomunidades de municipios, o Comunidades autónomas, además de la Junta Arbitral Nacional, sustentada por el INC. Cada una de ellas extiende su ámbito territorial sobre el que corresponde a la administración en que se apoya. Debe quedar bien claro desde ahora que entre unas y otras, no existe ningún tipo de relación jerárquica. Las autonómicas son las únicas que ejercen alguna función de control, mínimo, sobre las que se integran en el territorio de la Comunidad, a los solos efectos de canalizar las labores estadísticas que el INC requiere.

Por tanto, a la hora de determinar la competencia de una u otra JAC sólo se considerarán razones o criterios de competencia territorial y, principalmente, la voluntad de las partes. Como de todo ello se tratará más adelante, sólo quiero dejar expresado aquí que es una característica notable del SAC su difusión por todo el territorio, a fin de aproximar las JAC a las partes, principalmente al consumidor. Incluso es frecuente que las referidas JAC actúen por medio de Colegios Arbitrales que se forman con ámbitos más reducidos que aquéllas. Por ejemplo, las JAC autonómicas, con frecuencia, constituyen colegios arbitrales por provincias o por municipios de cierta entidad. A veces lo hacen apoyándose en las OMIC, lo que, mereciendo alguna crítica —que más adelante se hará—, contribuye a la aproximación del arbitraje de consumo a las partes.

c. *Colegios arbitrales tripartitos*

Los colegios arbitrales, órganos sobre los que recae, finalmente, la auténtica función arbitral, son integrados por tres árbitros, cada uno de ellos correspondiente a alguno de los sectores interesados en el arbitraje de consumo: consumidores, empresarios y administración. El presidente del colegio será siempre un funcionario. Los otros dos vocales corresponderán uno a las asociaciones de consumidores, el otro a la de empresarios. Se trata de un esquema al que se acude frecuentemente para los denominados arbitrajes sectoriales. Los árbitros no representan a las partes litigantes, sino al sector afectado. Cierta sentimiento de cuerpo o de gremio puede pervivir en el vocal, representante de los consumidores o de los empresarios, pero la presencia del contrario compensa cualquier actitud radical, además de que el interés del sector que se representa no significa cometer injusticias que favorezcan a un mal comerciante o a un mal consumidor.

En cualquier caso, conviene constatar que en la mayoría de los arbitrajes practicados en el SAC predomina la unanimidad de los árbitros sobre los laudos dictados por mayoría, lo que indica claramente que quienes intervienen en este tipo de justicia asumen la equidad como criterio decisivo, por encima de la defensa del sector a que pertenecen. Mejor dicho, por encima de la defensa de la parte, pues no cabe duda que como mejor se defiende al sector es con imparcialidad: a nadie interesa la defensa, insisto, de quien es un consumidor que defrauda o un desleal comerciante.

Como se desprende de los datos de la tabla que se acompaña al presente apartado, la discrepancia entre los árbitros representantes de los consumidores y los de los empresarios, que obligan al voto de calidad o dirimente del presidente del Colegio, son mínimos, con una tendencia clarísima a la baja, que se corresponde con una igualmente clara tendencia al alza de los laudos que se dictan por unanimidad. A mi juicio es un exponente de la formación que unos y otros, consumidores y usuarios, han ido adquiriendo acerca del papel que les corresponde en el SAC.

	1987/94	1994	1995	1996	1997	1998
LAUDOS EMITIDOS:	14.952	2.043	3.923	3.689	5.042	6.868
— Por unanimidad:	5.210	1.123	2.252	2.871	3.832	5.823
	34,84%	54,93%	57,41%	77,83%	76,00%	84,78%
— Por mayoría:	5.683	245	551	405	637	252
	38,01%	11,99%	14,05%	10,98%	12,63%	3,66%
— Voto calidad:	2.436	150	44	12	13	35
	16,29%	7,34%	1,12%	0,33%	0,26%	0,50%
— Conciliatorios:	1.623	525	1.076	401	560	758
	10,85%	25,70%	27,43%	10,87%	11,11%	11,03%

Es preciso destacar aquí también que esta peculiar forma de constituir los colegios arbitrales requiere la colaboración de las asociaciones de consumidores y de empresarios. Precisamente la falta de algunas de éstas en pequeñas poblaciones presentan un inconveniente a la creación de JAC de ámbito municipal o para la constitución de colegios arbitrales en lugares alejados de aquél donde radica la JAC, con lo que el consumidor —y el empresario también— se ve obligado a desplazarse hasta donde ésta esté.

C. En relación con la institución del arbitraje:

El arbitraje que se desarrolla en el seno del SAC sigue las normas de la LA, el arbitraje general o de derecho común,⁹⁶ con algunas especialidades a las que aquí se harán referencia. Se trata de especialidades que el RDSAC establece, en el marco de la propia LA, como particulares desarrollos de las previsiones de ésta, del mismo modo que las que se pueden contemplar en el reglamento de cualquier institución arbitral.⁹⁷ De entre estas peculiaridades deben destacarse como características propias del SAC las que siguen. En cuanto al convenio arbitral, el RDSAC contempla una forma propia de formalizarse, mediante la coincidencia de la oferta pública que el empresario puede hacer de someterse al arbitraje del SAC y la solicitud del consumidor en igual sentido. En cuanto al arbitraje propiamente dicho, éste sólo puede plantearse en una dirección, por la reclamación o solicitud del consumidor, sin perjuicio de ulteriores pretensiones del empresario, que nunca asumirá el papel de actor, a lo sumo de reconviniendo. Por fin, el procedimiento ha sido dotado de una enorme eficacia merced a la coincidencia de varias previsiones normativas: innecesidad de protocolización del laudo, abreviación de los plazos, etc.

⁹⁶ ROCA, *Arbitraje...*, o. c., pp. 128 y ss.

⁹⁷ No creo que sea preciso abundar en la diferencia que existe entre el arbitraje como institución o la institución del arbitraje, de un lado, y las instituciones arbitrales, bastando con advertir que son éstas las corporaciones o asociaciones que asumen la función arbitral.

a. *Previsión de un particular convenio arbitral:
la adhesión pública de las empresas*

Sin perjuicio de que el convenio arbitral que fundamente al arbitraje de consumo pueda ser de cualquiera de las maneras que admite la LA, para el SAC se ha desarrollado un modelo original, cuya eficacia resulta recomendable para otros sectores, pues sirve para fomentar el recurso al arbitraje a partir de la rotundamente libre voluntad de las partes, sin necesidad de acudir a establecerlo obligatoriamente o de un modo más o menos taimado, como más atrás hemos visto que ocurre con el de transporte.

Ciertamente que quien ideó el arbitraje de consumo⁹⁹ se encontró que para que realmente este sistema funcionara era imprescindible contar con un elemento que condujera a los empresarios a aceptarlo, conscientes todos de que el éxito del SAC depende directamente de la actitud de los empresarios hacia él.⁹⁸ Desechado el camino de instituirlo obligatoriamente, sólo restaba diseñar un instrumento que los estimulara a acudir bajo su sombra. Ese estímulo se diseñó a partir de la idea de una oferta contractual, la cual podría integrarse en el negocio del comerciante, como un aspecto más dentro de la competencia con los demás mercaderes. Así aparece la voluntad del comerciante de someterse al arbitraje como un elemento más que se publica, persiguiéndose que los consumidores identifiquen el símbolo o distintivo del SAC con garantía de calidad de los servicios del empresario que lo ostente.

Los mayores esfuerzos del INC y de las Administraciones que con él se encuentran concertadas para el desarrollo del SAC, se ha dirigido, hasta fechas recientes, a lograr que por esta vía de la “oferta pública de sometimiento¹⁰⁰ al SAC” (en lo sucesivo OPS) se incorporen el máximo número de éstas, de manera que cuando algún consumidor presente una solicitud de arbitraje, el convenio arbitral queda ya formalizado.

Si se esperara a que las partes acudieran a la JAC una vez nacido el conflicto, difícilmente tendría éxito este tipo de arbitraje, como acontece normalmente cuando se pretende la solución arbitral de consumo estando ya latente el litigio. Convencer a los empresarios para que los incorporaran en sus contratos escritos, además de difícil de conseguir, sólo serviría para aquellas relaciones de consumo que resulten documentadas, cuando la mayoría no lo son. Por eso, la publicación de la voluntad de someterse al arbitraje de consumo como una oferta más del comerciante, como las demás que pueda presentar en su establecimiento aparece como el mejor camino, hasta hoy, para conseguir su adhesión al SAC.

b. *Unidireccionalidad del procedimiento*

Cuando se afirma que el arbitraje de consumo tiene carácter unidireccional, se

⁹⁸ Para buscar los antecedentes de nuestro S.A.C. conviene acudir a la obra de CAPPELLETTI y GARTH, *El acceso a la justicia*, México, 1996.

⁹⁹ Así también NAVARRO LORENTE, “El sistema...”, o.c., p. 48.

¹⁰⁰ Puede que sea más correcto utilizar el término *sumisión* que el de *sometimiento*, pero el segundo carece de la connotación de sujeto pasivo de la misma acción de subordinar o sujetar, lo que es más interesante cuando se trata de animar a los empresarios para que se sujeten al arbitraje.

está queriendo poner de manifiesto la particularidad del mismo consistente en que sólo los consumidores y usuarios pueden ponerlo en funcionamiento, nunca los empresarios. Que sea así responde al mandato constitucional del artículo 51.1, ya citado, según el cual los poderes públicos deben proveer mecanismos de defensa de los consumidores y usuarios; expresamente el art. 31.1 LGDCU contiene un mandato al Gobierno para que desarrolle un sistema arbitral que resuelva las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios. Conforme a estas disposiciones el RDSAC instaura un arbitraje que tiene como finalidad atender y resolver las quejas o reclamaciones —no son los términos más adecuados, como se verá más adelante— de los consumidores y usuarios —art. 2.1 RDSAC—; también el art. 3.1 sólo se refiere a solicitudes de arbitraje —este término sí que es más adecuado— de los consumidores y usuarios; los arts. 4.b), 5, 6.1, etc., todos ellos del RDSAC, ponen de manifiesto que este sistema arbitral se instaura sólo para que sea activado por el consumidor o usuario. Todo ello es lógico desde la perspectiva del fundamento que más atrás se ha ido poniendo de manifiesto, sito en la necesidad de proteger a la parte más débil en las relaciones de consumo.

No obstante, nada hubiera impedido y no hubiera significado un incumplimiento del mandato constitucional que el SAC también pudiera acoger las solicitudes de arbitraje de los empresarios respecto de los consumidores, como ocurre en el arbitraje de consumo portugués. Existe cierto temor a que si se establece la “bidireccionalidad” del SAC se incrementen los arbitrajes, desbordándose con ello la capacidad del sistema. Sin embargo, no ocurre así en Portugal donde, siendo su sistema de arbitraje “bidireccional”, el número de solicitudes es significativamente inferior al que se produce en nuestro país. De otro lado, como el consumidor no suscribe ninguna OPS como el empresario, no resultará sometido a la eventual solicitud de arbitraje que éste presente, salvo que contractualmente lo hubieran así pactado o que voluntariamente acepte esta vía para el caso concreto que se le presente.

De cualquier modo, el carácter unidireccional es sólo en cuanto a la iniciación del arbitraje, pues es unánime la opinión de que el empresario puede reconvenir, en los términos a los que más adelante se hará referencia. Igualmente estimo que una vez iniciado el arbitraje, el consumidor-actor no puede disponer del mismo, de manera que el desistimiento no puede ser unilateral; es decir, pendiente el arbitraje, sólo la voluntad bilateral de ambas partes puede ponerle fin sin llegar a que se dicte el laudo, de manera que si el consumidor desistiera, el empresario puede continuar hasta el final.

Por fin, hay que reconocer que alguna posibilidad de iniciativa arbitral se le reconoce al empresario o profesional que ofrece al consumidor la vía arbitral para solucionar los conflictos futuros, mediante la citada OPS. Más clara aún es ésta iniciativa cuando se trata de una vía a la que ambas partes deciden someterse de mutuo acuerdo, una vez nacido el conflicto. En cualquier caso, es obligado reconocerlo así, para el vigente sistema, mientras el consumidor no asuma la condición de actor, el arbitraje de consumo no se pondrá en marcha.

c. Eficacia del procedimiento

El artículo 51.1 CE exige que los poderes públicos provean la defensa de los consumidores y usuarios mediante *procedimientos eficaces*. Por “procedimientos” hemos de entender cualquier vía de solución de conflictos, no sólo la judicial; en consecuen-

traje de Derecho es casi inexistente: entre 1987 y 1994 sólo 634 laudos fueron en Derecho de un total de 14.952 que se dictaron, es decir, un 0,04%; en 1995 sólo 2 de un total de 3.923, en 1996 otros 2 de 3.689, 12 de 5.042 en 1997 y 31 de 6.868 en 1998. Prácticamente un 0 %.

Los propios árbitros prefieren el de equidad frente al de Derecho, pues el margen de actuación es mayor, amén de la complicación que resultaría para las Juntas Arbitrales, que habrían de designar árbitros entre abogados en ejercicio. La preferencia por el de equidad es también legal, como se aprecia en el art. 4.2 LA —a diferencia de lo que acontecía en la LADP— y en el art. 11.3 RDSAC. Numerosas sentencias del TS¹⁰⁶ han venido insistiendo en que el árbitro de equidad no decide con arreglo a un procedimiento prefijado ni con sujeción a derecho, no pudiéndosele imputar errores *in iudicando* o *in procedendo*. Sólo se les puede atacar su decisión por extralimitación o exceso de poder para anular el laudo, no pudiéndose corregir, enmendar o suprimir por recurso de nulidad. La ausencia de formas excluye la necesidad de razonamientos y motivación de ningún orden, bastando la manifestación de la voluntad decisoria “... como tampoco les es exigible un atenimiento estricto a los términos del *thema decidendi* o interpretarlos con demasiada restricción, siempre que respeten los límites objetivos del compromiso”.¹⁰⁷

d. No necesidad de protocolización del laudo

Característica que el SAC comparte con otros arbitrajes sectoriales es el de la innecesidad de que el laudo sea protocolizado notarialmente, por preverlo así la Disposición Adicional Primera.1 de la LA. Gozan del mismo privilegio el arbitraje de la Ley 33/1984, de Ordenación del Seguro Privado; de la LOTT citada y de la Ley 22/1987, de Propiedad Intelectual.

La disposición tiene una evidente justificación en la intervención de funcionarios públicos en el arbitraje, quienes dejan constancia pública del laudo que se dicta. No obstante, en su lugar oportuno se tratará de las cuestiones que surgen en torno a la datación del laudo, fecha fundamental para, entre otras cosas, comprobar el cumplimiento o no del plazo para laudar.

El beneficio que comporta esta medida para las partes es notorio, pues además del consiguiente ahorro económico, proporciona una mayor rapidez a la formalización de la decisión arbitral y, por tanto, a la producción de sus efectos.

¹⁰⁶ Vid., en este sentido, SSTs 2.05.62, 28.10.63, 16.02.68, 28.03.70, 4.02.83, etc.

¹⁰⁷ Vid. CORDÓN, o.c., pp. 49 y ss., donde recoge una interesante selección de jurisprudencia sobre el alcance del arbitraje de equidad: (a) Los arbitrajes de derecho no tienen precisión de acomodarse al rigor de reglas procesales o sustantivas establecidas por Ley, sólo de equidad (STS 14.07.86). (b) El arbitraje de equidad está presidido por un designio de paz, que autoriza al árbitro para decidir con libertad de criterio y fundamentos, lo que se escapa al control judicial, siendo impugnables sólo lo que constituye extralimitación (STS 3.02.88). (c) Nada de lo anterior autoriza a contravenir por laudo de equidad las normas de derecho positivo, sino que significa que no sólo las normas de derecho en exclusiva se deben aplicar; la equidad es criterio superador y complementario de la Ley para una aproximación de la postura al caso concreto que la ley, por su generalidad no podría alcanzar (STS 30.05.87).

5. EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO Y LA UNIÓN EUROPEA

Antes de concluir este capítulo me parece que es conveniente hacer algunas referencias a la política que la Unión Europea ha venido haciendo y mantiene en estos tiempos en relación con la protección de los consumidores, especialmente en cuanto al acceso de éstos a la justicia. De ese modo podremos comprobar hasta qué punto la solución española, bajo la institución del SAC, encaja en los objetivos perseguidos por la UE o, por el contrario, precisa de alguna adaptación.

También es interesante conocer los criterios, conceptos y reflexiones que se hacen en los textos comunitarios, pues son de utilidad para la construcción de los conceptos aplicables a nuestro arbitraje de consumo, así como para la adecuada interpretación de las normas que lo regulan. Para esto último es de sumo interés la consideración de los principios que por la Comisión se proponen.

La defensa de los consumidores se lleva a cabo por la UE a través de numerosas disposiciones de ámbito comunitario, que componen ya un cuerpo de normas sustantivas,¹⁰⁸ sobre las cuales imperan cinco derechos que se han considerados esenciales para la política europea de protección e información de los consumidores:¹⁰⁹

- 1.— Derecho a la protección de la salud y la seguridad.
- 2.— Derecho a la protección de los intereses económicos.
- 3.— Derecho a la información y a la educación.
- 4.— Derecho a la representación.
- 5.— Derecho a la justa reparación de los daños por medio de procedimientos rápidos, eficaces y poco costosos.

El quinto de los enumerados es el que aquí nos interesa ahora. La Comisión es consciente de que las normas sustantivas que emanan de la UE son completadas por otras propias de cada Estado, sobre materias no cubiertas por aquéllas, o que armonizan y desarrollan los textos comunitarios, los cuales constituyen un mínimo nivel de protección, o, en último extremo, por la aplicación de las normas generales del Derecho civil. Sin embargo, la efectiva garantía de los comunitarios no se logra con la producción de tales normas sustantivas, por muy completas que sean y por muy elevado nivel de reconocimiento de derechos que contenga: es necesario “garantizar que el consumidor pueda hacer valer sus derechos, en caso de violación de éstos, por medio de canales jurídicos sencillos, rápidos, eficaces y poco costosos”.¹¹⁰

¹⁰⁸ Son relativas a responsabilidad de los productos, crédito al consumo, venta a domicilio, viajes combinados, sobre reserva en los transportes aéreos, cláusulas abusivas, contratos negociados a distancia, multipropiedad o aprovechamiento por turno (“timeshare”), venta y garantías de bienes de consumo y responsabilidad por accidentes aéreos (estos dos últimos aspectos aún están siendo objeto de debate).

¹⁰⁹ Primer programa para una política de protección e información de los consumidores, del Consejo de las Comunidades Europeas, DO n.º C-92, 25.04.1975.

¹¹⁰ Comunicación de la Comisión sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo. Esta Comunicación ha sido objeto de debate en la reunión de expertos sobre acceso de los consumidores a la justicia del día 27 de febrero de 1998, en Bruselas.

La sencilla fórmula de estimular y favorecer el diálogo entre el empresario y el consumidor ha sido igualmente desechada por la Comisión, pues si sus ventajas son evidentes, ya que el diálogo permite alcanzar una solución amistosa que ahorra el procedimiento judicial a ambas partes, con la ventaja añadida de que el empresario puede mantener su clientela, la práctica enseña la escasa eficacia de este cauce, con independencia de que se haya realizado o no a través de asociaciones u otros organismos. Señala la Comisión que la falta de información del consumidor y el desconocimiento del lenguaje son las principales causas de este fracaso. Naturalmente que la Comisión piensa preferentemente en los litigios transfronterizos, pero la experiencia española a través de las asociaciones de consumidores y de las OMIC, casi siempre para litigios de consumo nacionales, no puede considerarse tan negativa. En ellas la labor informativa es importante, sin que existan, obviamente, problemas de diferencia idiomática.

No obstante, este fracaso ha animado a la Comisión a elaborar un instrumento que sirva de cauce para el diálogo entre las partes en liza. Por eso propone un *Formulario Europeo de Reclamación del Consumidor* (FERCON),¹²⁰ que tiene la finalidad declarada de mejorar el diálogo entre consumidor y profesional, para que puedan llegar a una solución amistosa de sus discrepancias, y servir como fase inicial de los procedimientos extrajudiciales.

El FERCON, como ya es coloquialmente conocido, responde a la misma idea que el Parte Internacional de Accidentes de Automóvil, de manera que será editado en diferentes lenguas, pudiéndose establecer un diálogo entre consumidor y profesional a través de un impreso lleno de casillas numeradas, las cuales sirven para describir el problema planteado, el contenido de la reclamación del consumidor, con algún corto espacio para que se pueda hacer alguna aclaración sobre los hechos así como alguna argumentación jurídica, no siendo nada de ello preceptivo; por la misma vía, en el mismo documento, el comerciante puede dar respuesta al consumidor rellenando casillas numeradas, que dan alguna ocasión también a razonar el motivo de la respuesta. Concluyen los pliegos (son 4 páginas) con la opción de ambas partes de suscribir un acuerdo, mediante el mismo mecanismo de casillas numeradas, someterse a su resolución en vía extrajudicial, o no llegar a ningún tipo de acuerdo, en cuyo caso sólo resta la vía judicial.

La ventaja que tiene este FERCON para los procedimientos extrajudiciales es que a través del mismo se puede pactar por las partes acudir a esta vía. En el caso del arbitraje de consumo sería preciso que recogiera la cláusula de sometimiento al mismo conforme a los términos de la LA. En segundo lugar, las pretensiones y posiciones de ambas partes han quedado reflejadas ya en el documento, de manera que, sin perjuicio de la correspondiente audiencia, se ha avanzado ya un trecho importante en orden a la fijación de los términos del debate.

Por fin, respecto de la creación de procedimientos extrajudiciales, aspecto que es el que más nos interesa aquí, la Comisión reconoce que el fracaso de las dos vías ante-

tentes para tramitar litigios transfronterizos, con especial atención a los intereses de los consumidores, e inicio de unas reflexiones más generales sobre el problema del funcionamiento de los procedimientos judiciales simplificados en el espacio judicial europeo (vid. SECC).

¹²⁰ El propósito de la Comunicación de la Comisión SECC es que el FERCON se encuentre disponible para cualquiera a través de internet (<http://europa.eu.int/en/comm/dg24/spc.html>).

que permitan solucionar rápidamente los litigios intracomunitarios, representa un factor de inseguridad para los agentes económicos”, resultando favorecida la parte que no cumple sus obligaciones, reduciéndose las expectativas ventajosas que el Mercado único representa para la economía en su conjunto.¹¹⁶

Los problemas específicos de los consumidores para obtener una aplicación práctica de sus derechos sustantivos ante los tribunales, a través de la correspondiente vía judicial se han estudiado y enumerado por la Comisión.¹¹⁷ Los problemas básicamente se reducen al elevado coste y desproporcionada lentitud de la vía judicial,¹¹⁸ así como la dificultad del lenguaje jurídico y extranjero. Ante estos inconvenientes el consumidor, frecuentemente, renuncia a perseguir la efectividad de sus derechos.

Para solventar estos inconvenientes son tres las direcciones en las que ha venido orientándose la tarea de la Comisión: 1.— Simplificación de los procedimientos judiciales; 2.— Mejorar el diálogo entre el empresario y el consumidor; 3.— Constituir procedimientos extrajudiciales para la solución de litigios de consumo. Estas tres vías de ninguna manera se han entendido como alternativas, sino como tres medidas que pueden actuarse complementariamente, si bien mientras la primera persigue la mejora de los sistemas judiciales existentes, las otras dos persiguen justamente la evitación de la vía judicial.

De las tres vías se trata en la Comunicación de la Comisión SECC, citada. Aquí se hace un resumen de lo que allí se cuenta. En orden a la simplificación de los procedimientos judiciales, tras señalar que la idea común que se defiende es la de suprimir formalismos, arbitrar el inicio del procedimiento judicial por un documento simplificado, no exigir la intervención de abogado y considerar la conciliación como un trámite sino preceptivo al menos discrecional del juez, se señala que los obstáculos para alcanzar estas metas son grandes: las grandes diferencias que existen entre los procedimientos simplificados de los diferentes Estados miembros, los diferentes criterios que éstos siguen para la determinación de lo que se entiende por pequeño litigio y la diversidad de regímenes para el cálculo e imposición de costas.

En el Plan de Acción 14.02.1996 (PACOM) se propuso un único formulario como forma de simplificar el acceso de los consumidores a los procedimientos judiciales; pero esta idea ha sido abandonada porque los Estados miembros no se han mostrado muy convencidos de sus ventajas, además de que implicaba modificar las respectivas normas de procedimiento civil. No obstante, los avances aquí producidos son de provecho para el ámbito extrajudicial, como se verá.¹¹⁹

¹¹⁶ PACOM, pp. 11 y 12.

¹¹⁷ Coste de la consulta y de la representación jurídica, gastos judiciales, gastos de consulta de expertos, en su caso, las costas de la otra parte si se pierde el litigio, las propias, que en algunos Estados se deben sufragar aún obteniendo sentencia favorable, la duración del procedimiento, la complejidad y el formalismo del procedimiento judicial, el lenguaje jurídico y los rituales herméticos del procedimiento (vid. SECC).

¹¹⁸ Los honorarios de los abogados resultan desproporcionados, los procedimientos judiciales son lentos y la complejidad es grande si se trata de transacciones intracomunitarias, donde entran en juego cuestiones de Derecho Internacional Privado. Se han hecho estudios que acreditan que para una cuantía litigiosa de 2.000 ecus, los costes son de 2.500 ecus, a los que se deben añadir el IVA, no recuperable en el caso del consumidor, coste del perito y desplazamientos, entre otros. La duración media oscila entre los 20 y 29 meses (vid. PACOM, pp. 8 a 11).

¹¹⁹ Abandonada esta vía, los esfuerzos de la Comisión se encaminan ahora a mejorar el procedimiento de ejecución de resoluciones judiciales en el extranjero, mejora de normas sobre determinación de tribunales compe-

La sencilla fórmula de estimular y favorecer el diálogo entre el empresario y el consumidor ha sido igualmente desechada por la Comisión, pues si sus ventajas son evidentes, ya que el diálogo permite alcanzar una solución amistosa que ahorra el procedimiento judicial a ambas partes, con la ventaja añadida de que el empresario puede mantener su clientela, la práctica enseña la escasa eficacia de este cauce, con independencia de que se haya realizado o no a través de asociaciones u otros organismos. Señala la Comisión que la falta de información del consumidor y el desconocimiento del lenguaje son las principales causas de este fracaso. Naturalmente que la Comisión piensa preferentemente en los litigios transfronterizos, pero la experiencia española a través de las asociaciones de consumidores y de las OMIC, casi siempre para litigios de consumo nacionales, no puede considerarse tan negativa. En ellas la labor informativa es importante, sin que existan, obviamente, problemas de diferencia idiomática.

No obstante, este fracaso ha animado a la Comisión a elaborar un instrumento que sirva de cauce para el diálogo entre las partes en liza. Por eso propone un *Formulario Europeo de Reclamación del Consumidor* (FERCON),¹²⁰ que tiene la finalidad declarada de mejorar el diálogo entre consumidor y profesional, para que puedan llegar a una solución amistosa de sus discrepancias, y servir como fase inicial de los procedimientos extrajudiciales.

El FERCON, como ya es coloquialmente conocido, responde a la misma idea que el Parte Internacional de Accidentes de Automóvil, de manera que será editado en diferentes lenguas, pudiéndose establecer un diálogo entre consumidor y profesional a través de un impreso lleno de casillas numeradas, las cuales sirven para describir el problema planteado, el contenido de la reclamación del consumidor, con algún corto espacio para que se pueda hacer alguna aclaración sobre los hechos así como alguna argumentación jurídica, no siendo nada de ello preceptivo; por la misma vía, en el mismo documento, el comerciante puede dar respuesta al consumidor rellenando casillas numeradas, que dan alguna ocasión también a razonar el motivo de la respuesta. Concluyen los pliegos (son 4 páginas) con la opción de ambas partes de suscribir un acuerdo, mediante el mismo mecanismo de casillas numeradas, someterse a su resolución en vía extrajudicial, o no llegar a ningún tipo de acuerdo, en cuyo caso sólo resta la vía judicial.

La ventaja que tiene este FERCON para los procedimientos extrajudiciales es que a través del mismo se puede pactar por las partes acudir a esta vía. En el caso del arbitraje de consumo sería preciso que recogiera la cláusula de sometimiento al mismo conforme a los términos de la LA. En segundo lugar, las pretensiones y posiciones de ambas partes han quedado reflejadas ya en el documento, de manera que, sin perjuicio de la correspondiente audiencia, se ha avanzado ya un trecho importante en orden a la fijación de los términos del debate.

Por fin, respecto de la creación de procedimientos extrajudiciales, aspecto que es el que más nos interesa aquí, la Comisión reconoce que el fracaso de las dos vías ante-

tentes para tramitar litigios transfronterizos, con especial atención a los intereses de los consumidores, e inicio de unas reflexiones más generales sobre el problema del funcionamiento de los procedimientos judiciales simplificados en el espacio judicial europeo (vid. SECC).

¹²⁰ El propósito de la Comunicación de la Comisión SECC es que el FERCON se encuentre disponible para cualquiera a través de internet (<http://europa.eu.int/en/comm/dg24/spc.html>).

riores ha estimulado a los Estados miembros hacia este tipo de soluciones, las cuales han recibido algún respaldo de la UE mediante planes piloto.¹²¹ Pero esta tercer vía no está exenta de dificultades tampoco. De un lado, los Estados vienen instaurando métodos de diferente naturaleza: mediación, conciliación, arbitraje. De otro, a la diferencia de lenguas se añade la falta de acuerdo terminológico, lo que, en el ámbito jurídico, es de una importancia decisiva. Por eso la Comisión se ve en la tesitura de definir qué entiende por procedimientos extrajudiciales a los efectos que se siguen: “métodos que [...] conducen a una solución del litigio por la intervención activa de una tercera persona que propone o impone una solución. No se contemplan los procedimientos que se limitan a un simple intento de acercar a las partes para convencerlos de encontrar una solución de común acuerdo”.¹²² El Sistema Español de Arbitraje de Consumo responde plenamente a esta definición.

No obstante, los modelos adoptados por los países miembros de la UE difieren por su estructura, por su funcionamiento, por su desarrollo, por la iniciativa en su constitución (autoridades públicas: centrales o locales;¹²³ e iniciativas privadas), por la naturaleza de sus resoluciones (recomendaciones, obligatorias para el profesional, obligatorias para ambas partes).

Llegado a este punto, reflexiona la Comisión sobre la cuestión consistente en saber hasta qué punto los procedimientos extrajudiciales pueden ofrecer garantías similares a los judiciales, principalmente en lo que se refiere a independencia e imparcialidad, pero mejorando el acceso de los consumidores a resoluciones justas. Advierte entonces que las vías extrajudiciales padecen dos graves debilidades. Una, la exclusión de normas de derecho a que la flexibilidad de sus trámites y formas puede conducir; otra, la ausencia de recursos contra la decisión del tercero, cuando ésta es obligatoria.

Por todas estas razones —diversidad de modelos, necesidad de unas garantías mínimas (principalmente independencia e imparcialidad) y necesidad de superar los dos inconvenientes señalados—, entiende la Comisión que es preciso establecer unas *garantías de buena justicia*. Estas garantías sirven además, sostiene, para aumentar la confianza de unos sistemas en otros, lo que facilitará la colaboración entre los que existan en los diferentes países, de manera que a pesar de ser diferentes coincidan en sus fundamentos;¹²⁴ también incrementará la credibilidad de los mecanismos extrajudiciales ante los consumidores. A las asociaciones de consumidores y a las organizaciones de profesionales y empresarios les reconoce una función clave para que este objetivo se pueda cumplir.

Como conclusión de estas reflexiones, la Comisión propone una Acción en forma

¹²¹ En el Libro Verde sobre el Acceso de los Consumidores a la Justicia y la solución de litigio en materia de consumo en el Mercado Único (conclusiones 4 y 5, apartado 22 de la Resolución del Parlamento Europeo) se recogió la promoción de un ambiente favorable a la *solución extrajudicial* de los litigios sobre consumo.

¹²² En la propuesta de Acción que contiene la Comunicación SECC se comienza advirtiendo que “los procedimientos extrajudiciales contemplados por la presente recomendación son los que, independientemente de su ‘valor jurídico’ (recomendación o decisión), se caracterizan por la interposición de una tercera persona que no se limita a convencer a las partes para que se entiendan, sino que tiene poder para zanjar el litigio”.

¹²³ En este último supuesto sitúa al modelo del SAC español.

¹²⁴ El contexto ideal, para la Comisión, sería aquél que permitiera al consumidor de cualquier lugar de la UE elegir el órgano extrajudicial competente en el extranjero a través del homólogo existente en su país.

de recomendación: “que todo órgano existente o que pueda crearse, que tenga como competencia la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, respete los siguientes **principios**”: *independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación*.

Aunque desarrolla lo que entiende por cada uno de ellos, nosotros debemos abordarlos teniendo en cuenta los considerandos que se incluyen en la propuesta, así como los criterios que ya se señalaron en el PLACOM¹²⁵ —que parece ser su antecedente—, para la implantación de procedimientos extrajudiciales a litigios en materia de consumo.

I. Principio de independencia:

La independencia del órgano responsable de la toma de la decisión debe estar asegurada de modo que se garantice la imparcialidad de su acción.

Cuando la decisión se adopte de forma individual, esta independencia deberá estar garantizada por las siguientes medidas:

¹²⁵ Vid. Anexo II de la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, “Plan de Acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el Mercado interior” (Bruselas, 14.2.1996, COM(96) 13 final:

PRIMER CRITERIO: Se debe garantizar la imparcialidad del órgano encargado de atender los litigios mediante medidas apropiadas, en particular:

— si se trata de un mediador, concediéndole garantías adecuadas de independencia en el ejercicio de su actividad.

— si se trata de órganos colegiados, garantizando la representación paritaria de los consumidores y de los profesionales en el órgano que trata los litigios, así como la independencia del tercero que preside el órgano colegiado, cuando se prevea éste.

SEGUNDO CRITERIO: Se debe asegurar la eficacia del procedimiento mediante medidas que garanticen:

— la existencia de formularios simples y claros para la presentación de la reclamación, disponibles en las once lenguas comunitarias;

— el establecimiento y el cumplimiento del plazo del procedimiento, incluidos los pasos previos eventuales impuestos al consumidor (por ejemplo: agotamiento de las vías de recursos internos de la empresa).

— la atribución de un poder de investigación apropiado al órgano encargado de dictar una decisión.

TERCER CRITERIO: Se debe garantizar una publicidad adecuada por medios apropiados a fin de asegurar la transparencia de los siguientes elementos:

— la existencia y el ámbito de aplicación del procedimiento;

— el plazo máximo y el coste eventual del procedimiento para el consumidor;

— los criterios que rigen la “decisión” del órgano encargado de tratar el litigio;

— el valor jurídico de esta “decisión”, precisando claramente si tiene carácter vinculante para el profesional o si se trata de una simple recomendación; en el primer caso, las sanciones aplicables por incumplimiento de la decisión.

En todo caso, estas informaciones deben presentarse por escrito a cualquier consumidor que haya manifestado su intención de adherirse al procedimiento.

Las decisiones adoptadas, o al menos un resumen de ellas, se recogen en un informe anual accesible al público.

Toda decisión debe ser fundada por escrito y comunicada sin dilación a las partes afectadas.

CUARTO CRITERIO: Cuando las partes estén domiciliadas en dos países diferentes, se informará a cada parte, por escrito y en una lengua comunitaria con carácter de lengua oficial en su país de residencia, de la decisión adoptada sobre el litigio, así como de su motivación.

QUINTO CRITERIO: En ningún caso, la aplicación de códigos de conducta puede dar lugar a privar al consumidor de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley del país en el que tiene su residencia habitual, de conformidad al Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

SEXTO CRITERIO: En ningún caso, una cláusula de un contrato que no haya sido negociada individualmente puede impedir al consumidor que se dirija ante las jurisdicciones competentes para la solución judicial del litigio.

— *La persona designada deberá tener la capacidad, la experiencia y la competencia, en particular en materia jurídica, necesarias para la función,*

— *La persona designada deberá gozar de un mandato irrevocable de una duración suficiente para garantizar la independencia de su acción,*

— *Cuando la persona designada sea nombrada por una asociación profesional o por una empresa, no deberá haber trabajado para dicha asociación profesional, ni para uno de sus miembros, ni para la empresa en cuestión, durante los tres años anteriores a su entrada en funciones.*

Cuando la decisión se adopte de forma colegial, la independencia del órgano responsable de ella puede garantizarse mediante la representación paritaria de los consumidores y de los profesionales.

Este primer principio recoge las orientaciones ya recomendadas en el primer criterio del PACOM, referido, si bien en éste no se utilizaron las expresiones “imparcialidad” e “independencia” con la precisión correcta que ahora se hace.¹²⁶ El octavo considerando del SECC justifica este principio diciendo que la imparcialidad y la “objetividad” del responsable en la toma de decisiones sirve para garantizar la protección de los derechos de los consumidores y para aumentar la confianza de éstos en estos mecanismos extrajudiciales. Es necesario destacar cómo la independencia se predica del que ha de tomar la decisión. No obstante, en el caso del SAC, esta independencia debiera hacerse extensiva también al Presidente de la JAC, pues éste tiene como función, entre otras, la de elegir y designar a los árbitros, y una actitud parcial puede influir en la elección de unos u otros.

Si se trata de un órgano colegiado,¹²⁷ como es el caso de los Colegios Arbitrales del SAC, la independencia queda garantizada por la intervención paritaria de los consumidores y profesionales. A este criterio responde perfectamente nuestra reglamentación que, incluso, también cumple el otro criterio señalado en el PACOM, y que no ha sido ahora acogido en SECC —ignoro los motivos para su exclusión, pues está lleno de lógica—: “así como la independencia del tercero que preside el órgano colegiado, cuando se prevea éste”. La extracción del Presidente del Colegio Arbitral de entre los funcionarios desvinculado de consumidores y empresarios, se ajusta a tal recomendación de la Comisión.

II. Principio de transparencia:

Deberán adoptarse las medidas convenientes para garantizar la transparencia del procedimiento. Entre dichas medidas deberá incluirse:

1) la comunicación por escrito de las siguientes informaciones a toda persona que manifieste su intención de recurrir al órgano:

¹²⁶ Dice el considerando noveno del SECC que “un órgano sólo puede ser imparcial si en el ejercicio de sus funciones no está sometido a presiones que podrían influir sobre su decisión”.

¹²⁷ Como en el SAC la decisión no corresponde a un órgano unipersonal, sino colegiado, no trataremos de aquél modelo, pero sí se deja señalado que en el considerando décimo del SECC se dice que si el decisor es un órgano unipersonal se entiende que su imparcialidad sólo está salvaguardada si demuestra independencia, si posee cualificación necesaria, si actúa en un entorno que le permite decidir autónomamente.

— una descripción precisa de los tipos de litigios que pueden someterse al órgano, así como los límites que puedan existir en relación con la cobertura territorial y el valor del objeto de los litigios,

— las normas relativas a la consulta del órgano, incluidas, en su caso, las gestiones previas impuestas al consumidor, así como otras normas de procedimiento, en particular las relativas al carácter escrito u oral del procedimiento, a la comparecencia personal y a las lenguas del procedimiento,

— el posible coste del procedimiento para las partes, incluidas las normas relativas a la división de los costes una vez adoptada la decisión,

— el tipo de normas en las que se basan las decisiones del órgano (disposiciones legales, equidad, códigos de conducta, etc.),

— las modalidades de toma de decisión en el órgano,

— el valor jurídico de la decisión, precisando claramente si es o no de carácter obligatorio, para el profesional o para las dos partes. Si la decisión tuviera carácter obligatorio, deberán precisarse las sanciones aplicables en caso de incumplimiento de la decisión. Lo mismo se aplica a las vías de recurso que puedan existir para la parte que no obtenga satisfacción.

2) La publicación, por el órgano competente, de un informe anual relativo a las decisiones dictadas, que deberá permitir la evaluación de los resultados obtenidos y la determinación de la naturaleza de los litigios presentados.

Realmente estamos ante el principio de información, término más preciso que el de “transparencia” que usa la Comisión, más adecuado quizás para el mundo de la moda. El primer párrafo se refiere a la información que la parte que esté en disposición de acudir al procedimiento extrajudicial debe tener presente, para poder decidir con conocimiento de causa. Se trata, pues, de una información previa al inicio del procedimiento. Ello lo hace el SAC tanto con los empresarios como con los consumidores, a los que facilita información completa de la normativa aplicable y de todos los datos relativos a su funcionamiento.

Más difícil es hacer llegar personalmente los datos a que se refiere el segundo párrafo, puramente estadísticos, pero que el INC elabora semestralmente, a partir de la información que cada JAC le hace llegar. Los datos gozan de la publicación general adecuada, aunque no le son facilitados al particular que concretamente quiere acceder al SAC, salvo que expresamente lo solicite.

III. Principio de contradicción:

El procedimiento que habrá de seguirse debe implicar la posibilidad, en toda equidad, de que todas las partes interesadas den a conocer su punto de vista a la institución competente y de que tengan conocimiento de todas las posturas y de todos los hechos expuestos por la otra parte, así como de las declaraciones de los expertos.

No se contenía este principio entre los criterios del PACOM. En realidad se corresponde con los de audiencia y contradicción propios del régimen jurídico del arbitraje en general —art. 21 LA— y del de consumo en particular —art. 10

RDSAC—. Las referencias que se hacen a la equidad¹²⁸ deben entenderse hechas a la igualdad o equilibrio entre las partes, lo que, en todo caso, queda acogido también por las disposiciones citadas del arbitraje español.

La formulación del principio como mera posibilidad, es correcta, así como las referencias a la información y conocimiento de los hechos, posturas y declaraciones de todos los intervinientes, pues es derecho instrumental del de contradicción. En cualquier caso, como más adelante se verá cuando se trate de los principios del procedimiento arbitral, se ajusta perfectamente el arbitraje de consumo a esta recomendación comunitaria.

IV. Principio de eficacia:

La eficacia del procedimiento deberá estar asegurada por medidas que garanticen:

— *el acceso directo del consumidor al procedimiento, sin tener que hacer uso de una representación legal ni plantear la cuestión ante el órgano por medio de un tercero,*

— *la gratuidad del procedimiento o la fijación de costes moderados,*

— *la fijación de plazos cortos entre la presentación ante el órgano y la toma de la decisión.*

— *la atribución de un papel activo al órgano competente, que le permita tener en cuenta todo elemento útil para la solución del litigio, incluso los que no hayan sido invocados expresamente por las partes.*

Deja fuera el criterio propuesto en el PACOM de garantizar la existencia de formularios simples y claros para la presentación de la reclamación, disponibles en las once lenguas comunitarias.

Cuando más atrás se ha tratado de los caracteres del SAC, ya se han abordado las cuestiones relativas a la eficacia del mismo, dejando constancia además de que las previsiones normativas realmente son llevadas a la práctica. Cuestión diferente es la facultad “cuasi-inquisitiva” que parece proponer la Comisión para el árbitro, y que justifica en base a la “eficacia y equidad” (término, este último, que ya sabemos se corresponde con igualdad), lo que, dice, es más importante cuando las partes actúan sin el debido asesoramiento jurídico.¹²⁹ Cuando tratemos del objeto del arbitraje se abordará con más detenimiento esta cuestión, que no debe alarmarnos, pues si se consideran los artículos 22.2 (inactividad de las partes) y 26 (prueba de oficio) LA ó 10.3 y 13.2 RDSAC comprobaremos que nuestro ordenamiento también dota de ciertas facultades inquisitivas a los árbitros, pero siempre debe jugar como límite el de la cuestión litigiosa, objeto del debate. Así, la no invocación expresa por las partes, que dice el texto que se comenta, ha de entenderse referida a hechos no alegados, pero en modo alguno a cuestiones litigiosas no presentadas por las partes, ni a pretensiones no formuladas, pues por muy alta que sea la protección que se quiera dispensar al consumidor, nunca se

¹²⁸ Vid. también considerando décimo tercero del SECC.

¹²⁹ Vid. Considerando décimo quinto del SECC.

puede ir más allá de lo que integra el ejercicio de su correspondiente derecho dispositivo. La justificación de la falta de asesoramiento jurídico no es suficiente para traspasar el límite de lo que en realidad es el ejercicio de los propios derechos de las partes, sobre todo cuando en virtud del “principio de transparencia” se le facilita al consumidor toda la información que precise. En definitiva, una cosa es la incapacidad de la parte para defender sus derechos adecuadamente, y otra su decisión de defenderlos, por más que integren la relación jurídica a que el litigio se refiere, pues las partes pueden no tener interés en trasladar todo el conflicto en ese instante al arbitraje.

En cualquier caso, olvida la Comisión que en este punto es esencial el respeto al derecho de contradicción, e situaciones de “equidad” o igualdad.

V. Principio de legalidad:

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

Toda decisión deberá justificarse y comunicarse por escrito a las partes interesadas, en el menor plazo posible.

El arbitraje de consumo respetará completamente esta recomendación comunitaria cuando se trate del arbitraje de Derecho, pero más difícil será cuando consista en un arbitraje de equidad, aunque, como más adelante se verá, parece que las normas imperativas que rigen para defensa de los consumidores y de los asegurados, en el ámbito del Derecho de seguros, están garantizadas.

VI. Principio de libertad:

La decisión del órgano sólo podrá ser obligatoria para el consumidor cuando éste haya sido previamente informado y haya aceptado expresamente.

El consumidor no podrá renunciar nunca, antes del surgimiento de un desacuerdo, a su derecho a recurrir a los órganos jurisdiccionales competentes para la solución judicial del conflicto.

Este principio de libertad o más precisamente dispositivo, encuentra plena acogida en nuestro ordenamiento, en lo que al párrafo primero se refiere, como ya se ha visto al tratar del carácter voluntario del arbitraje de consumo. No puede decirse lo mismo en cambio del segundo. Entiendo que el nivel de garantías que se contienen en el arbitraje de consumo para el consumidor, unido a otras disposiciones tuitivas de los intereses de este ciudadano, como es el art. 10.1 LGDCU, en la redacción proporcionada por la Disposición Adicional Segunda.² LA, para los convenios arbitrales en la contratación mediante cláusulas, condiciones o estipulaciones generales respecto de ofertas, promociones o ventas, es más que suficiente, no pareciéndome que tenga sentido el temor

que la Comisión manifiesta en el citado párrafo. Si se siguiera esa recomendación, quebraría todo el arbitraje para la contratación de consumo, perdiéndose además la posibilidad de establecer unos adecuados medios de defensa del consumidor. Es decir, el efecto que tiene esta recomendación es contrario al perseguido, probablemente porque la Comisión no conoce el 10.1 in fine LGDCU ni debidamente nuestro SAC: el juego del convenio arbitral en favor del SAC es una garantía del consumidor, que le es más fácil de obtener cuando se trata de la negociación del contrato principal que cuando, ya celebrado éste, ha surgido el desacuerdo. En este segundo momento el empresario será reticente a acudir al arbitraje de consumo, prefiriendo la vía judicial. Esta es la realidad.

VII. Principio de representación:

El procedimiento no deberá privar a las partes del derecho a hacerse representar o acompañar por un tercero en todas las etapas del procedimiento.

Es de suponer que lo que aquí se pretende es reconocer el derecho de las partes a ser asistidos por un abogado o alguien con ciertos conocimientos en la materia, pues no otra finalidad cabe imaginar ni admitir. Choca con lo prevenido en el art. 21.3 LA que exige que las partes actúen por sí o por abogado en ejercicio. Sin embargo, la realidad es otra, siendo frecuente que las partes acudan con alguna otra persona, no abogado, entendida en el tema.

Régimen jurídico del Sistema Arbitral de Consumo

1. INTRODUCCIÓN

El estudio del régimen jurídico del arbitraje de consumo requiere efectuar unas consideraciones previas, que son aplicables al arbitraje en general. Ya ha quedado dicho que el arbitraje consiste propiamente en una institución integrada por tres elementos —convenio arbitral, contrato de dación y recepción del arbitraje, procedimiento arbitral—. Estudiar el régimen jurídico del arbitraje supone, a primera vista, estudiar el que corresponde a cada uno de estos tres elementos. Así resultará que el convenio arbitral y el de dación y recepción del arbitraje se regirán por las normas de la contratación; y que el procedimiento arbitral, en cuanto que constituye el objeto o la prestación de los dos anteriores, se someterá a lo convenido por las partes, con el respeto a unos ciertos mínimos legales. Esta es, a mi juicio, una visión simplista de la institución del arbitraje, que la reduce a mera yuxtaposición de sus elementos, carente de toda cohesión entre ellos.

Es preciso ganar perspectiva sobre la figura del arbitraje para comprender que existe un hilo conductor que conecta los tres elementos dirigiéndolos a un mismo final. Convenio arbitral, contrato de dación y recepción del arbitraje y procedimiento arbitral —en general suelen ser coincidentes con tres sucesivos momentos del arbitraje— se producen encaminados a un mismo objetivo: el laudo. Es decir, sirven para que unos terceros, los árbitros, dicten una decisión que reúna los méritos suficientes como para que el ordenamiento le atribuya el valor de cosa juzgada. El laudo es un acto de tercero que, para llegar a él, debe realizar una serie de actuaciones cuya concurrencia es preceptiva para que aquél acto pueda ser identificado con una sentencia.

Por ello, el principal destinatario de las normas que regulan el arbitraje es siempre el árbitro, de un modo más o menos inmediato. Ciertamente que las normas que rigen el convenio arbitral afectan a las partes, pero también al árbitro, pues es él quien debe decidir si el convenio que se le presenta y conforme al cual ha de actuar, reúne o no las condiciones impuestas por la Ley. Es verdad que el convenio produce unos efectos negativos, de los que es destinatario el Juez ante el que se alegue la excepción arbitral,

pero lo es de manera distinta del árbitro, porque mientras a aquél se le señala el ámbito objetivo en cuyo conocimiento no puede entrar, para éste constituye el marco de sus propias facultades y deberes, donde desenvolver su actuación arbitral, de la que luego será responsable.

Obsérvese que si se dicta un laudo que no será ejecutable porque el convenio arbitral es inexistente, las partes podrán dirigirse contra el árbitro reclamándole daños y perjuicios, aún siendo ellas las que originaron la causa de nulidad o de inexistencia del convenio, pues el árbitro está obligado a velar por la presencia correcta de este presupuesto de sus funciones.

El valor que se le quiere conceder a la decisión del árbitro, para que sea laudo, para que sea cosa juzgada y ejecutable, proviene de una autorización legal. El monopolio jurisdiccional del Estado consiente un resquicio donde el arbitraje puede penetrar, siempre y cuando se cumplan unas condiciones que impone, entre ellas y principal, la de que exista una voluntad favorable de las partes. Entre ambos extremos se debate el arbitraje: voluntad del Estado, producida y condicionada a través de la Ley, y voluntad de las partes, producida y condicionada por el convenio arbitral.

La voluntad del Estado se articula con la determinación de unas materias sobre las que se consiente la solución arbitral, y la imposición de unas condiciones mínimas sobre la forma del arbitraje. La inobservancia de estos límites supone que la decisión del árbitro no alcanzará el valor que se persigue, el de laudo, el de sentencia. Por eso establece un sistema de control que vigile si se han respetado sus designios, así como unos mecanismos de auxilio para favorecer que los particulares puedan hacer efectiva la autorización que se les hace de acudir al arbitraje.

Son, pues, dos las fuentes normativas del arbitraje: la Ley de Arbitraje y la voluntad de las partes. La primera establece un marco que tiene que ser completado por la segunda. La Ley señala las materias susceptibles de ser laudadas, pero sólo la concurrencia de la voluntad de las partes señalando que optan por la vía arbitral para una concreta relación jurídica, faculta a los árbitros para laudar. Una decisión que se pronuncie careciendo de alguno de los dos elementos, no será laudo, aunque las partes pudieran llegar a cumplirla voluntariamente; pero no es eso lo característico del arbitraje, que lo que busca es una resolución que el Estado pueda hacer ejecutar, una decisión con carácter de cosa juzgada.

La LA establece el marco general de materias susceptibles de ser arbitradas; el convenio arbitral la materia concreta a que han de referir sus actuaciones los árbitros. El objeto del arbitraje queda así perfectamente definido. Pero para que la decisión arbitral alcance el valor del laudo es preciso que se respeten otras condiciones que la LA también impone, relativas unas a la designación de los árbitros y otras al desarrollo del procedimiento arbitral. Para lo uno y para lo otro la Ley deja un espacio para que las partes puedan acordar lo que estimen oportuno, con tal de que respeten los mínimos que aquélla señala. Tal voluntad de las partes puede expresarse en el convenio arbitral o mediante actos posteriores, eso es indiferente. Obsérvese que el destinatario de aquéllos mínimos de la LA o de estos acuerdos de las partes son siempre los árbitros. Así, cuando se establece un plazo para dictar el laudo, son éstos quienes han de cumplirlo, mientras que la parte no interesada en el final del arbitraje estará en su derecho de obstaculizar su desarrollo; cuando las partes fijan un plazo para alegaciones, significa que los árbitros

quedan obligados a no atender las que se presenten más tarde, mientras que para los contendientes no es más que una carga.

Cuando no hay ninguna manifestación de las partes sobre algún extremo que tampoco impone la LA, pueden ocurrir dos posibilidades. La primera, que la propia LA actúe como supletoria de esta voluntad. La segunda, que quede abierta la posibilidad de que sean los propios árbitros los que suplan la voluntad de las partes. Lo primero ocurre cuando se trata de cuestiones que afectan esencialmente a la obligación de los árbitros de laudar: como por ejemplo acontece respecto de si el arbitraje será en Derecho o en Equidad, inclinándose la LA por el segundo; o cuando no se ha fijado un plazo, que será el de seis meses. Realmente, el fundamento del laudo en Derecho o en Equidad, así como el plazo máximo para pronunciarlo, afectan al cumplimiento esencial de la obligación que el árbitro tiene de laudar, por lo que no puede dejarse a su arbitrio una vez que ha sido nombrado.

En cambio, cuando se trata de cuestiones más accesorias de la principal, que, insisto, es la obligación de laudar, los árbitros pueden acordar lo que estimen pertinente, quedando a salvo siempre la posibilidad de que las partes acuerden otra diferente. Así ocurre con los plazos para alegaciones y prueba o con la posibilidad de un tiempo para conclusiones, o la forma que se seguirá, que podrá ser oral o la escrita... Obsérvese que no se trata de obligaciones para las partes, pues no se las puede compeler a que la cumplan, sino cargas. En cambio sí que son obligaciones para los árbitros, cuyo incumplimiento les acarrea la correspondiente responsabilidad. Se trata de una autoregulación de su obligación de arbitrar.

Así pues, voluntad del Estado —Ley de Arbitraje— y voluntad de las partes —principalmente el convenio arbitral— constituyen los pilares básicos de la regulación del arbitraje, mientras que la voluntad de los árbitros tiene incidencia sólo en las cuestiones accesorias del arbitraje.

Cuestión diferente es la de los reglamentos de las instituciones que se dedican al arbitraje. En éstos se suelen establecer unos límites en cuanto al objeto del arbitraje —por razones cuantitativas o cualitativas, o de ambas—, clase de arbitraje, forma de designación de los árbitros, procedimiento arbitral, duración de éste, etc. Esto no constituye una excepción a lo anterior, pues el reglamento forma parte de la oferta de arbitraje que la institución hace y que, de acudir a ella los contendientes, aceptan como condiciones y, por tanto, respaldan con su voluntad. Son libres de acudir a un tribunal arbitral o a otro y de nombrar sus propios árbitros a los que imponer sus propias condiciones. Así pues, el simple hecho de acudir a un arbitraje institucionalizado implica que las partes aceptan las condiciones que se contienen en el correspondiente reglamento. Este es el sentido que debe dársele al Real Decreto regulador del Sistema Arbitral de Consumo.¹³⁰

No obstante, las partes pueden modificar lo que el reglamento de la institución arbitral establezca, pero ello siempre que los árbitros lo acepten. Téngase presente, una

¹³⁰ Así, la SAP Valencia, 16.09.95, que señala que los requisitos legales que deben aplicarse no son los establecidos en la LA, sólo de aplicación supletoria, sino los del RDSAC, al que las partes expresamente se someten; por eso, en lo tocante al nombramiento de árbitros, éste se efectúa respecto de quienes lo habían aceptado con anterioridad, frente al art. 15 LA, sin que con ello se infringan las normas sobre recusación.

vez más, que el principal destinatario de las normas sobre arbitraje son los árbitros, de manera que cualquier modificación de lo que ya está señalado afecta al cumplimiento de su obligación de laudar. No hay inconveniente en que se incumpla lo prevenido en el reglamento —dejando a salvo siempre las disposiciones de la LA—, si todas las partes y los propios árbitros están conformes. Pero, algunas de las circunstancias que se regulan en los reglamentos arbitrales atañen a la corporación arbitral y no sólo a los árbitros. No se olvide que en ocasiones el contrato de dación y recepción del arbitraje implica a tres partes, los contendientes, los árbitros y la corporación que administra el arbitraje y designa los árbitros, que también asume obligaciones y responsabilidades. Así, por ejemplo, si en el reglamento arbitral se especificara que tal corporación sólo administrará litigios de una determinada cantidad o calidad, los árbitros por ella designados y las partes no pueden alterar ese límite sin concurrir la voluntad de la corporación. Ello será de interés en orden sólo a las responsabilidades en que unos y otros incurran, pero no, probablemente, en orden a la nulidad o no del arbitraje.

Por cierto, es innecesaria la previsión del art. 1 RDSAC por la que proclama el carácter supletorio de la LA, respecto de sus previsiones, pues eso ya lo dispone la Disposición Adicional Primera de la propia LA.¹³¹ En realidad, como se acaba de explicar, el RDSAC lo que hace es establecer el reglamento del sistema arbitral de consumo, en desarrollo de la LA, por lo que nunca podrá contener una normativa diferente. La única excepción al régimen de la LA es la innecesariedad de protocolizar el laudo, pero eso es algo que también autoriza dicha ley, sólo para los casos de arbitraje de consumo, seguros, transportes y propiedad intelectual.

2. MATERIAS SUSCEPTIBLES DE ARBITRAJE EN EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO

Consecuentemente con lo que se acaba de exponer, la determinación de las materias que pueden ser objeto de arbitraje a través del Sistema Arbitral de Consumo ha de hacerse contemplando las normas generales de la LA y las especiales del RDSAC. Las primeras, como se ha dicho, forman el marco general de materias susceptibles de arbitraje, las segundas sirven de límite a la actuación del SAC. Esto significa que la infracción de los límites de la LA son suficientes para interponer el recurso de anulación; en cambio, si lo que se transgrede son los señalados por el SAC, el laudo no será anulable, pues no encaja en ninguno de los supuestos del art. 45 LA, sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan a los árbitros y miembros de la JAC. En este sentido, el límite de materias susceptibles de arbitraje de consumo es un mandato que expresamente incumbe a estas personas.

Las disposiciones que se hace necesario aquí contemplar son las contenidas en los artículos 1 y 2 LA y 2 RDSAC. El artículo 1 LA ya señala cual es este ámbito al expresar que las personas pueden someter a árbitros la decisión de las cuestiones litigiosas *en materias de su libre disposición*. Con lo que se hace necesario acotar el concepto de disponibilidad,¹³² lo que a llevado a los autores a identificarlo con el carácter patrimo-

¹³¹ Sobre la supletoriedad de la LA respecto del RDSAC vid. SAP Barcelona, 25.07.96.

¹³² HINOJOSA SEGOVIA, *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (Estudio jurisprudencial)*, Madrid, 1991, p. 458.

nial del objeto¹³³ o con el interés privado de la relación o situación jurídica.¹³⁴ El TS entendió sólo eran susceptible de arbitraje las cuestiones de derecho privado dispositivo, con exclusión de las de derecho necesario,¹³⁵ y de las que debieran ser objeto de un proceso especial.¹³⁶

La disponibilidad ha de ponerse en relación con el carácter renunciable o no de la materia,¹³⁷ lo que en principio se predica de todos los derechos, siempre que no contraríen el interés ni el orden públicos ni perjudiquen a terceros.¹³⁸ Elaborar una lista de cuales sean estos supuestos es poco menos que imposible para el legislador¹³⁹ y, además, siempre estaría sujeta a variaciones por circunstancias temporales y espaciales,¹⁴⁰ siendo útil elemento de interpretación las normas sobre transacción.¹⁴¹ En definitiva, los árbitros no pueden decidir sobre lo que a las partes le está prohibido hacerlo, ni sobre aquéllas otras que precisan el ejercicio de una acción constitutiva necesaria.¹⁴²

Existen diferentes esfuerzos doctrinales por llevar a cabo una enumeración de las materias indisponibles. Así se entiende¹⁴³ que lo son las relativas al estado civil y capacidad de las personas; nacionalidad; patria potestad; paternidad y filiación; relaciones paternofiliales; alimentos; adopción; matrimonio; ausencia; tutela, curatela y guarda de menores, incapacitados; edad; emancipación..., etc. También son indispensables los aspectos penales, aunque no el resarcimiento de daños y perjuicios derivados de delito y falta. En definitiva, las materias que no pueden ser objeto de transacción, conforme a lo prevenido en los arts. 1813 y ss.

Es ilustrativa también la enumeración que propone CORDÓN,¹⁴⁴ quien, acudiendo a la jurisprudencia, agrupa los supuestos en torno a los conceptos de orden público¹⁴⁵ y derecho necesario. Así cabe incluir las relativas a la concordancia entre el Registro de

¹³³ GUASP, *Comentarios* 2-I-3.ª, p. 177.

¹³⁴ DIEZ-PICAZO, "El pacto...", p. 1.166.

¹³⁵ STS 3.05.1961.

¹³⁶ STS 7.07.1924: procesos ejecutivos, sumarios, sumarísimos y especiales; es decir, sólo las materias objeto de juicio declarativo. En este punto me parece interesante la reflexión contenida en la SAP de Baleares de 4.02.1997, donde, tras un interesante estudio de la evolución jurisprudencial sobre si cabe o no arbitraje en los casos de desahucio, concluye afirmando que "la disponibilidad de la materia arbitral no puede venir marcada simplemente por el carácter tuitivo de la ley sustantiva ni mucho menos por la especialidad procesal que le haya sido adjudicada". Sin embargo, la SAP de Huelva, de 16.01.92 considera que no es disponible la inclusión en el contrato de arrendamientos rústicos de la cláusula de actualización reconocido por el art. 39 de su Ley especial.

¹³⁷ CARRERAS, "Contribución", p. 437, e HINOJOSA, o. cit., p. 460.

¹³⁸ Artículo 6.º 3 CC.

¹³⁹ MONTERO, *Comentario breve*, o.c., p. 30.

¹⁴⁰ CARRERAS LLANSANA, "Contribución al estudio del arbitraje. Ensayo de Derecho comparado", *Estudios de Derecho Procesal*, 1962, p. 438.

¹⁴¹ Arts. 1809 a 1819 CC.

¹⁴² Sobre esto último vid. SERRA, "El proceso arbitral", en *Estudios de Derecho Procesal*, o. cit., p. 586.

¹⁴³ Siguiendo a REGLERO, o.c., p. 57.

¹⁴⁴ CORDÓN, o.c., p. 41.

¹⁴⁵ "Es labor de los tribunales españoles señalar y fijar en cada caso qué constituye el orden público del foro, el que debe ser salvaguardado ante la posible aplicación del derecho extranjero, antagónico e incompatible" (STS 23.10.1992).

la Propiedad y la realidad material,¹⁴⁶ la ordenación de la sucesión hereditaria y fijación de la legítima,¹⁴⁷ filiación,¹⁴⁸ nombre y apellido de las personas físicas,¹⁴⁹ impugnación de acuerdos de sociedades anónimas,¹⁵⁰ convocatoria de junta ordinaria y derecho de información de los accionistas,¹⁵¹ legislación sobre marcas.¹⁵² Y por último, también las que afectan a la protección civil de derechos fundamentales y libertades públicas.¹⁵³

Sin duda que las cuestiones penales, administrativas y laborales —estas últimas de modo expreso por el art. 2.2 LA— son indisponibles para las partes y, así, inarbitrables.¹⁵⁴ En materia de consumo, por ejemplo los precios de transportes públicos, indemnizaciones tasadas, etc., que son objeto de servicios prestados por la Administración, pero en virtud de una reglamentación debidamente publicada que excede de las facultades de disposición de las partes.

Por último, sólo quiero dejar hecha mención a cierta polémica originada en torno a si la indemnización de daños, mejor dicho, si las responsabilidades civiles nacidas de actos ilícitos, sean o no delitos o faltas, pueden ser susceptibles del arbitraje. La respuesta afirmativa, a la que me adhiero, se funda en que lo que puede ser objeto de transacción también puede serlo del arbitraje.¹⁵⁵ Anteriormente el artículo 1821 del CC en relación con el 1813 lo admitían; pero la derogación del 1820 y 1821 con motivo de la LA llevaron a pensar en lo contrario. Sin embargo hay que considerar: 1) que la derogación se produjo por que no tenía sentido mantener unas normas en el CC cuando ya existía una ley especial; 2) porque el 5.1 LA lo admite al decir “sean o no contractuales”.¹⁵⁶

A. ‘Quejas o reclamaciones’ de los consumidores y usuarios

El artículo 2.1 RDSAC establece que la finalidad del Sistema Arbitral de Consumo es la de atender y resolver las “quejas o reclamaciones de los consumidores y usua-

¹⁴⁶ RDGRN 9.09.1987.

¹⁴⁷ STS 23.10.1992.

¹⁴⁸ RDGRN 11.05.1993 y 19.12.90, STS 28.11.1992.

¹⁴⁹ SSTS 30.03.1993, 6.02.1991; RDGRN 21.11.1989.

¹⁵⁰ STS 15.10.1956. Expresamente se ha entendido, superando opiniones pasadas, que es admisible el arbitraje para cuestiones relativas a disolución y liquidación de la sociedad (SSTS 22.12.1986 y 17.07.1989).

¹⁵¹ STS 15.10.1971.

¹⁵² STS 14.12.1989.

¹⁵³ SSTS 9.07.1992 y 20.03.1993.

¹⁵⁴ “... si los árbitros hubieran de fundar exclusivamente la sentencia en el supuesto de la existencia de un delito, como no pueden remitir la cuestión a los órganos judiciales del orden penal, cual prevé el artículo 362 LEC, deberían poner tal circunstancia en conocimiento de las partes para que éstas, iniciando el proceso penal, solicitaran de común acuerdo la suspensión del procedimiento arbitral” (MASCARELL, *Comentario breve...*, o.c., p. 140).

¹⁵⁵ REGLERO CAMPOS, *El arbitraje (Convenio arbitral y causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*, Madrid, 1991, p. 47.

¹⁵⁶ En igual sentido MORENO CATENA, V.: “Análisis crítico del proyecto de Ley de Arbitraje”, en *Estudios de Derecho de Arbitraje*, San Sebastián, 1988, p. 193; CLIMENT GONZÁLEZ, C.: “Arbitraje como alternativa a la acción judicial”, *RGD*, n.º 526-527, julio-agosto, 1988, p. 4.211; MONTERO, “Comentario al art. 2.º”, *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 1990, pp. 26 y ss.

rios, en relación a sus derechos legalmente reconocidos, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial”. Para una adecuada interpretación de esta norma es preciso contemplar aquella otra de que trae su fundamento inmediato, la contenida en el artículo 31 LGDCU, donde se ordena al Gobierno el establecimiento de un sistema arbitral que “atienda y resuelva [...] las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios [...] todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución”.

A partir de las dos disposiciones referidas se ha de explicar cual es la *atribución positiva* de materias que se hace al arbitraje de consumo, es decir, qué materias pueden ser objeto de tal tipo de arbitraje. Sin que se diga de modo expreso, es obvio que la materia será necesariamente la relativa al Derecho de consumo, pues el elemento determinante es la “reclamación o queja de los consumidores o usuarios”, y éstos los somos todos los ciudadanos, cuando actuamos dentro de la órbita del Derecho de los consumidores. Sobre la delimitación del concepto de consumidor se volverá más adelante.

Pero el artículo 2.1 RDSAC introduce una limitación respecto del 31 LGDCU, la de que se trate de “derechos legalmente reconocidos”. No cabe intentar aquí la distinción que en otros lugares se ha hecho entre “legítimos” y “legales”, como ocurre con ocasión de la norma del art. 2.1.b) LGDCU.¹⁵⁷ La referencia a la ley aquí es insoslayable, no admitiéndose otra materia arbitral que no consista en un derecho legalmente reconocido.¹⁵⁸ A este respecto no nos queda más remedio que acudir a la LGDCU, no sin advertir previamente que no es el único lugar donde se encuentran regulados los derechos de los consumidores, aunque sí el principal. Así también se ha de considerar que existen otros como las normas especiales sobre publicidad, competencia desleal o marcas, sin olvidar el Derecho de seguros, aunque sobre éste se tratará más abajo.

No obstante, la principal fuente de derechos de los consumidores se encuentra en el art. 2 LGDCU, donde se contiene una relación de ellos, tenidos por los esenciales, fundamentales o básicos,¹⁵⁹ que actúan como principios rectores de la política social y económica, no siendo sino el desarrollo del artículo 51 CE. Esos derechos esenciales han sido clasificados en sustantivos e instrumentales,¹⁶⁰ incluyéndose entre los primeros los derechos a la protección contra los riesgos que puedan afectar a su salud o seguridad, la protección de sus legítimos intereses económicos y el derecho a la indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos,¹⁶¹ mientras que los segundos serán los derechos a la información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso,

¹⁵⁷ BERCOVITZ, A., “La protección...”, p. 144; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Comentarios a la LGDCU* (BERCOVITZ, coord.), p. 53.

¹⁵⁸ MURZEA, *El Sistema Arbitral de Consumo* (BONET y QUINTANA coords.), 1997, p. 69, dice que “deberá tratarse de derechos reconocidos por normas de consumo, al margen de la existencia de otros arbitrajes especiales (seguros, transportes...) y de la cuantía de la reclamación”; para CASAS VALLES, *Comentarios a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios* (BERCOVITZ coord.), 1992, p. 782, nota 59, no sólo se comprenden aquí a los que expresamente están en la Ley, también a los que derivan de un contrato.

¹⁵⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, Carlos: *Comentarios a la LGDCU* (BERCOVITZ, coord.), p. 48.

¹⁶⁰ BERCOVITZ, A., “La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores”, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores* (con R. BERCOVITZ), pp. 141 y ss.

¹⁶¹ Sobre la consideración de este derecho como un derecho autónomo y no como un derecho instrumental, vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Comentarios...*, o. cit., pp. 45 y ss., especialmente 50 a 58.

consumo o disfrute, la audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, todo ello a través de las asociaciones, agrupaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas, y la protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión.

Aunque sobre esta enumeración de derechos ya se han elaborado numerosos trabajos, interesa aquí destacar algunas cuestiones, de importancia para el trabajo que nos ocupa. En primer lugar, que la lista de derechos básicos de los consumidores y usuarios tiene su precedente remoto en el *Mensaje especial al Congreso sobre protección de los intereses de los consumidores* que el Presidente de los EEUU, KENNEDY, hizo el 15 de marzo de 1962, recibido luego en Europa en otros textos, de los que cabe destacar la Resolución 543/73, de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, sobre una *Carta de Protección a los Consumidores* y la Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975, constitutivo del *Programa Preliminar de la CEE para una política de protección e información a los consumidores*, cuyo segundo programa se aprobó en Resolución del Consejo, de 19 de marzo de 1981.¹⁶²

Una novedad, respecto de los textos europeos —a los que tomaremos como referencia por el contexto en que nos encontramos y por ser más completos que la relación norteamericana—, que se contiene en el artículo 2.1.f) LGDCU es la inclusión del derecho a la protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión. En realidad este derecho se ha interpretado como la *ratio* de todo el Derecho de consumo, la razón que la inspira y el objetivo último que persigue,¹⁶³ de manera que es más un principio general del Derecho que un verdadero derecho subjetivo.¹⁶⁴

Salvo ese supuesto, todos los demás derechos vienen a integrar el núcleo principal de los derechos de los consumidores, si bien se ha dicho que entre unos y otros existen tales diferencias que “el Derecho de protección de los consumidores no constituya un Derecho homogéneo sino profundamente heterogéneo”.¹⁶⁵ En lo que al presente trabajo respecta, es de interés destacar que no todos los derechos enunciados en el art. 2.1 LGDCU son ejercitables individualmente, pues algunos de ellos constituyen más bien programas de actuación administrativa, con el fin de elevar el nivel de vida de los ciudadanos.¹⁶⁶ Así ocurre con el derecho de audiencia en consulta, de participación en la elaboración de las disposiciones generales, etc.

Aunque del art. 31.1 LGDCU no se pueda deducir así, ni tampoco del art. 2.1 RDSAC, la contemplación de los párrafos 2 y 3 de la primera disposición citada, así como del conjunto de normas del RDSAC, se colige que el arbitraje de consumo sólo

¹⁶² En las Resoluciones del Consejo se repite la misma siempre, luego seguida por todos los textos europeos: derecho a la protección de la salud y seguridad, derecho a la protección de sus intereses económicos, derecho a la reparación de los daños, derecho a la información y a la educación y el derecho a la representación (o derecho a ser escuchado).

¹⁶³ LÓPEZ SÁNCHEZ, “La tutela del consumatore in Spagna”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, p. 967; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Comentarios...*, o.c., p. 57.

¹⁶⁴ DE LAS HERAS, “Situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión”, *EC*, 1984, pp. 116.

¹⁶⁵ BERCOVITZ, “La protección...”, p. 142.

¹⁶⁶ BERCOVITZ, “La protección...”, p. 142.

se prevee respecto de los conflictos que se susciten entre consumidor y empresario o profesional. En consecuencia, sólo puede suscitarse cuando se trata de diferencias que surjan en el ámbito de las relaciones concretas que entre ellos se creen, en el marco del mercado. Por tanto, han de tratarse de derechos subjetivos individuales, y no de aquellos otros en que la Administración aparece como sujeto pasivo.

Si la materia objeto de arbitraje de consumo queda así suficientemente delimitada, es preciso advertir que los artículos 31.1 LGDCU y 2.1 RDSAC, tan traídos, establecen una importante limitación en cuanto a la cuestión litigiosa, porque sólo se admiten las solicitudes de arbitraje que los consumidores interpongan, pero no así con las provenientes de los empresarios. Estamos nuevamente ante el denominado carácter *unidireccional* del arbitraje de consumo.

El empleo del término *reclamación*, que se hace en las disposiciones citadas, no es el más adecuado, pues puede hacer pensar que lo que se pone en marcha es una vía administrativa; se trata de una expresión ya acuñada y respaldada por la terminología del Derecho Comunitario. Realmente tendríamos que decir que lo que el consumidor presenta es una *solicitud* de arbitraje que, si es atendible, servirá para poner en marcha un procedimiento para una *imparcial* solución del conflicto. El fundamento próximo del SAC reside en la conveniencia de proteger al consumidor facilitándole el acceso a una solución justa, rápida y barata, y ello se pretende así no tanto por ocupar aquél una situación económica débil, como por la desproporción existente entre el coste —en dinero y tiempo— de la solución judicial y el objeto litigioso. En último extremo habría que ahondar en razones económicas, de mercado y, lo que a un jurista más debe importarle, en el imprescindible acceso a la justicia que en todo Estado de Derecho se debe contemplar.

Precisamente, cuando se ha expuesto más atrás la lista de derechos básicos de los consumidores, se ha echado en falta uno, el relativo a la protección de aquéllos mediante procedimientos eficaces. La carencia se ha producido a pesar de que tal derecho ya estaba contenido implícitamente en el artículo 51 CE, en su referencia a los “procedimientos eficaces” de protección de los intereses de los consumidores. Se trata, pues, de una exigencia constitucional, no siendo tan criticable su olvido en la lista del art. 2.1 LGDCU cuanto que el mandato constitucional no haya sido acatado, si se exceptúa la vía del arbitraje de consumo que, es unánime la opinión en este sentido, es en este punto donde encuentra su auténtico fundamento.

Pero si el SAC nace en respuesta a este mandato de protección de los derechos de los consumidores, no ha de entenderse que le corresponde desarrollar una función más tuitiva que la de facilitar el acceso de las pretensiones de aquéllos a las resoluciones jurisdiccionales. Lo que no puede significar que las del empresario no sean tenidas en cuenta. El SAC ha desarrollado un mecanismo fácil, rápido y gratuito de atención a las pretensiones de los consumidores, pero nunca un sistema parcial o desigual. La única “desigualdad” se asienta en la iniciativa que se reconoce en exclusiva a los consumidores, lo que no constituye ninguna dificultad, dado que si los empresarios acuden al sistema lo harán voluntariamente, de manera que la unidireccionalidad del arbitraje no es tan grave al no resultar obligado el empresario a comparecer, como ocurriría si se tratara de la jurisdicción. Si acude al arbitraje de consumo lo hace en ejercicio de su libre albedrío.

La crítica se eleva sobre la advertencia de que los empresarios sólo en la vía jurisdiccional podrán accionar sus pretensiones, con la consiguiente desigualdad. Ello, realmente, no es incorrecto si se consideran dos cuestiones. La primera, que la LGDCU parte de la idea de que es el consumidor quien se encuentra subsumido en una posición débil en la realidad, en el mercado, a la que le conduce la posición de su oponente, que es un profesional con una estructura donde la defensa de sus derechos e intereses, de ordinario, la tiene prevista. La segunda, que es unánime la opinión, y así viene ocurriendo en la práctica, de que el empresario puede formular sus pretensiones por vía de reconvencción.

De otro lado, la unidireccionalidad del arbitraje de consumo puede llevar a consecuencias absurdas si por ella se obliga “a discutir por separado cuestiones íntimamente relacionadas, abriéndose así paso al riesgo de decisiones contradictorias (por ejemplo, cabría que en el arbitraje se reconociese que el bien adquirido es defectuoso y que el empresario debe indemnizar al consumidor, mientras que en la vía judicial se condenase a éste al pago o a restituir el bien adquirido, previa resolución del contrato). [...] En la práctica parece que se viene procediendo a dar una solución global al conflicto, dando entrada también a las justas pretensiones reconvenzionales del empresario. Sin duda es lo más sensato”.¹⁶⁷

Quisiera ahora llamar la atención sobre una frase del artículo 31.1 LGDCU que es luego repetida, parcialmente en el art. 2.1 RDSAC. Me refiero a la que dice que el sistema arbitral se establecerá “sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución” —esta última referencia a la Constitución es la que no se repite en el texto señalado del RDSAC—.

Al respecto son varias las interpretaciones que se han hecho, la mayoría de las cuales parten de la idea de que no es posible que se mantenga la vía judicial junto a la arbitral, siendo cosa diferente la administrativa. Es decir, que no es posible que la vía judicial se pueda desarrollar simultáneamente a la arbitral, por lo que se ha propuesto que se interprete la norma sosteniendo que la misma deja intacta la “tutela administrativa y de una protección judicial paralelas o ulteriores al fallo arbitral”.¹⁶⁸ GÓMEZ CALERO dice que a su juicio lo que significa es que las Administraciones públicas no pierden su potestad sancionadora, por el sometimiento al arbitraje, y que la resolución arbitral puede ser revisada en vía judicial.¹⁶⁹ MUERZA¹⁷⁰ dice que no significa que se puedan interponer simultáneamente las vías judicial y arbitral, sino que el laudo sea impugnabile judicialmente.

A mi modo de ver, la cuestión debe afrontarse desde la idea de que estamos ante una norma programática, que contiene un mandato del legislador al Gobierno, pues ciertamente el artículo 31.1 LGDCU le ordena desarrollar un sistema arbitral, sin perjuicio de la protección administrativa, pues a ésta no la puede sustituir nunca la actua-

¹⁶⁷ CASAS, *Comentarios...*, o. cit., p. 777. En igual sentido vid. DÍAZ ALABART, “El arbitraje de consumo”, o.c., p. 172 y MUERZA, *Sistema...*, o.c., p. 68.

¹⁶⁸ ILLESCAS, “Los nuevos arbitrajes...”, p. 229

¹⁶⁹ GÓMEZ CALERO, Juan, *Los derechos de los consumidores y usuarios*, Madrid, 1994, p. 216.

¹⁷⁰ MUERZA, *Sistema...*, o.c., p. 67, siguiendo a DÍAZ ALABART y a CASAS VALLES, más arriba citados.

ción privada, sobre todo si se considera que la protección administrativa debe tener mucho de preventiva. En cuanto a la judicial, la vía del artículo 24 CE es irrenunciable, por eso dice que la arbitral no podrá perjudicar a ésta, es decir, no podrá ser impuesta, sino voluntaria, a diferencia del arbitraje de transportes, sobre el que aún no había recaído la importante y conocida STC 174/95. “Sin perjuicio de la judicial” significa también que esta vía continúa existiendo para la resolución de conflictos de consumo, lo que recuerda al legislador que no por prever un sistema arbitral queda exento de su obligación de mejorar y hacer efectivos los procedimientos judiciales para la protección de los derechos de los consumidores.

El art. 2.1 RDSAC no ha hecho sino repetir lo que su norma habilitadora —el art. 31.1 LGDCU— dice, aunque suprimiendo el mandato al Gobierno, que aquí ya no cabe, y la referencia al artículo 24 CE

Una mención especial quisiera hacer a un tema que hoy continúa siendo ciertamente novedoso para el SAC, y es su utilización como solución de los conflictos en *materia de seguros*. Esta posibilidad existe, al menos, desde que la todavía reciente Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados —en lo sucesivo se designará LOSSP—, en su artículo 61.2, expresamente así lo previno. No me parece que sea de interés práctico dedicar ni un minuto a disertar sobre si con anterioridad a la misma la alternativa del SAC era o no posible; en cualquier caso basta con recordar que, al menos,¹⁷¹ en la Junta Arbitral de la Comunidad de Valencia se vienen resolviendo arbitralmente conflictos en materia de seguros, desde su creación y con total éxito, sin que se haya suscitado ninguna cuestión acerca de la legalidad de la solución arbitral para los seguros, aunque entonces aún no se hubiera dictado la LOSSP citada. En consecuencia, lo que se impone es un análisis de la situación que el referido artículo 61.2 LOSSP suscita. La tarea es de gran interés pues la adhesión de UNESPA —que como todos saben agrupa a la mayoría de las compañías aseguradoras de nuestro país— ha situado a sus asociados en el brete de adherirse o no al SAC, habiéndose producido hasta la fecha numerosas adhesiones de aquéllas empresas.¹⁷²

Veamos seguidamente en qué modo los conflictos en materia de seguros son susceptibles de ser tramitados y resueltos a través del SAC. Como antes ha quedado dicho, es el artículo 61 LOSSP el que ha despejado cualquier duda acerca de la legalidad de esta solución.¹⁷³

Alguna crítica merece la redacción,¹⁷⁴ desde un punto de vista sistemático, pues tras hacer referencia a la genérica vía jurisdiccional, se abre la específica vía del arbi-

¹⁷¹ No tengo constancia de que no haya ocurrido otro tanto en otras Juntas Arbitrales, aunque imagino que sí, pero al carecer de una fuente que lo confirme, no puede ofrecer tal dato como seguro.

¹⁷² La adhesión de UNESPA se produjo a finales del mes de julio del presente año de 1996. A esta fecha se ha producido la adhesión de alrededor de una veintena de aseguradoras.

¹⁷³ Su precedente se encuentra en el art. 34 de la L.33/1984, de 2 de agosto, Ley de Ordenación del Seguro Privado; en su párrafo 2 se contenía la referencia a un sistema de conciliación, regulado en el artículo 109 del Reglamento de Ordenación del Seguro Privado, que en realidad era un sistema de arbitraje especial y sectorial.

¹⁷⁴ La disposición fue tramitada sin que ninguna Enmienda le fuera propuesta; no obstante, el Proyecto de ley era heredero del que ya inició su tramitación en la anterior legislatura (la IV), y donde fue rechazada una Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de CDS, donde se proponía una redacción alternativa más genérica y —sinceramente— más farragosa.

traje de consumo, para concluir con mención al también genérico arbitraje de la Ley de 1988, cuando quizás lo más adecuado hubiera sido hacer referencia primero al arbitraje general y luego al particular. Por lo demás, es de agradecer que el legislador haya optado por acudir a una vía arbitral ya existente, en lugar de crear un nuevo arbitraje sectorial, que hubiera complicado más el panorama, abandonando el que ya había ideado en la ley de 1984. No obstante, algo debió tener que ver en su decisión la satisfactoria experiencia producida por los escasos años de funcionamiento de las Juntas Arbitrales de Consumo, positiva experiencia que puedo constatar por la perspectiva que me proporciona conocer este modelo arbitral desde dentro.

La solución del arbitraje general siempre ha sido posible para los conflictos en materia de seguros, si las partes así lo convinieran al amparo de la LA, sin necesidad de que disposición especial alguna lo establezca.¹⁷⁵ Hoy así se previene expresamente en el artículo 61 LOSSP; con anterioridad lo han hecho los artículos 76.e) de la Ley 50/1980 de Contratos de Seguros (LCS), para el seguro de defensa jurídica,¹⁷⁶ y el derogado art. 34 de la Ley 33/1984, de Ordenación del Seguro Privado.

Respecto de este último precepto se puede entender que por su virtud se autoriza a las partes para que acudan al arbitraje voluntariamente cuando entre las mismas brote alguna discrepancia; si así se piensa, habrá que afirmar también que el legislador no dice nada nuevo con este art. 76.6 de la LCS, pues esta facultad ya está reconocida por la normativa general del arbitraje, la LA 36/88. A menos que consideremos que el legislador quiso ser reiterativo, hemos de pensar que alguna otra intención debió perseguir con la disposición que se comenta. Al indagar sobre ello, llama la atención que lo que se dice en el artículo 76.6 es que “el asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje...”; de esa expresión parece deducirse que quien tiene este derecho —no mera facultad— es el asegurado, pero no así el asegurador, y que éste resultará obligado *ex lege* a someterse al arbitraje. Inmediatamente tendremos que cuestionarnos la constitucionalidad de esta disposición, para lo que resultará indispensable, al menos, la consideración de las sentencias del Tribunal Constitucional recaída sobre el Arbitraje sectorial en materia de transportes;¹⁷⁷ tampoco debe dejarse de contemplar el hecho de que únicamente para el seguro de defensa jurídica se haya hecho esta mención expresa del arbitraje, aparentemente innecesaria: aquí cobra sentido la explicación de CARRERAS MARTÍ, según el cual, mediante la norma que se comenta “el legislador ha querido establecer una vía extrajudicial de solución de los conflictos contractuales para evitar el círculo vicioso que se produciría si hubiese que acudir al nombramiento de profesionales para dirimir la contienda judicialmente”.¹⁷⁸

Volviendo al artículo 61 LOSSP, la remisión que en el mismo se hace al arbitraje de consumo suscita numerosas dudas, pues, como enseguida se apreciará, parece que no se puede trasladar la normativa que rige el Sistema Arbitral de Consumo, *mutatis mutandi*, al sector de los seguros: muchas de las previsiones del SAC no tienen sentido

¹⁷⁵ Aunque sin perder de vista la normativa sobre condiciones generales de los contratos.

¹⁷⁶ Art. 76.e): “El asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro. La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada”.

¹⁷⁷ SSTC 174/1995 y 75/1996.

¹⁷⁸ CARRERAS MARTÍ, *La Ley de regulación del contrato de seguro*, CECAS, Barcelona, 1996.

en el caso de los seguros, la interpretación literal dejaría fuera del SAC importantes y numerosos conflictos, produciéndose situaciones verdaderamente paradójicas, además de que conceptos como consumidor, asegurado, empresario, tercero perjudicado, etcétera, quizás deban ser revisados, únicamente desde la perspectiva del arbitraje sectorial. Las cuestiones son tantas que quizás pudiera llegar a pensarse si el legislador no ha pretendido más bien crear un sistema arbitral diferente para los seguros, aprovechando la vía del arbitraje de consumo, de cuyo buen funcionamiento tiene constancia. Sin embargo, propongo en el presente trabajo algo más simple, una interpretación de las normas sobre arbitraje de consumo que permitan que las cuestiones litigiosas en materia de seguros puedan discurrir también por él.

Los beneficios que ello reportaría para las compañías de seguros son, estimo, evidentes, pues se trata de una alternativa a la vía jurisdiccional que colma muchas de sus aspiraciones. Bien es verdad que los laudos no figuran todavía en sus cuentas, en sus grandes operaciones estadísticas, imprescindibles para poder así medir el riesgo que asumen, pero resulta evidente que es una gran ventaja la rapidez en la resolución del litigio —ya conocemos por los datos estadísticos citados más atrás la brevedad de los trámites en la práctica, siendo, en todo caso, cuatro meses el máximo plazo que permite el RDSAC—, concluyendo en un laudo que no es susceptible de recurso ulterior, salvo el de anulación, y que sólo se admite en virtud de tasados motivos. Esta brevedad en la tramitación, impensable hoy en la vía jurisdiccional, permitirá a las aseguradoras liberar muy pronto las inmovilizaciones de capital, exigidas por medio de consignaciones y de provisiones técnicas, cuyos costes financieros resultan enormes,¹⁷⁹ amén del considerable ahorro en el concepto de intereses devengados por mora, durante el tiempo del litigio.¹⁸⁰

Una ventaja más del SAC para las aseguradoras reside en la gratuidad del sistema, como antes se ha explicado, y que supondrá un importante ahorro en costas, además de hacer innecesaria la intervención de Abogado y Procurador. El capítulo de gastos ocasionados por los Abogados y Procuradores que deben intervenir en los procesos judiciales, es enorme. Siendo innecesaria la intervención de estos profesionales en el arbitraje de consumo, el ahorro por este concepto podrá ser muy grande. Téngase en cuenta también que las frecuentes condenas en costas tampoco se podrán producir aquí con igual frecuencia ni entidad, pues la contraparte no tiene que servirse de Abogado ni Procurador, necesariamente, siendo, como se ha dicho más arriba, la gratuidad uno de los principios inspiradores del funcionamiento del sistema.

Otra cuestión importante se refiere a la prueba pericial, porque el citado principio de gratuidad conduce a que los gastos de las pruebas periciales sean atendidos también, como norma general, por las Juntas Arbitrales, liberando a las aseguradoras —también a los asegurados— del pago de sus costes, al menos de los que sean propuestos por los Colegios Arbitrales. El ahorro por este concepto también puede ser notable.

Estas razones llevarán a los aseguradores a solicitar la adhesión al SAC en un plazo que supongo no será largo; no obstante es de prever que este acercamiento se

¹⁷⁹ Vid. art. 16 LOSSP.

¹⁸⁰ Vid. art. 20 LCS.

produzca con cautela, limitando las Ofertas de Adhesión, sea por ramos, sea por cuantías, sea por los sujetos, sea por las Juntas Arbitrales, etc. Tampoco sería prudente, así hay que reconocerlo, que las Ofertas fueran absolutas y sin ningún tipo de límites.

Desde la perspectiva del Sistema Arbitral de Consumo todas las ventajas que antes se han indicado para las aseguradoras pueden devenir en fuente de problemas para el Sistema. El primero de índole formativo: El INC debe procurar la formación de sus árbitros, de manera que sus laudos no adolezcan de vicios que los hagan susceptibles de fáciles recursos de anulación: esta materia de los seguros es especialmente compleja, pues un entramado normativo, incluso de ámbito comunitario, es de aplicación en esta materia, caracterizándose numerosas disposiciones por su eficacia imperativa. El prestigio que hasta ahora ha venido alcanzando el SAC se vería seriamente dañado si abundaran las anulaciones de los laudos.

En segundo lugar, el presupuesto económico del SAC se podrá ver incrementado por dos circunstancias. La primera, por el coste de las pruebas periciales, en los casos en que los Colegios Arbitrales propusieran de oficio la práctica de pruebas periciales, y es previsible que así ocurra frecuentemente, pues es el criterio dominante en la práctica del sistema en los demás sectores; ello implicaría que las Juntas Arbitrales habrían de costear unas pericias que pueden alcanzar, en conjunto, elevadas sumas. La segunda es que, aunque pueda ser aventurado vaticinar el volumen y el ramo de los conflictos de seguros que van a llegar al SAC en los próximos tiempos, no se puede perder de vista que se acaba de dar luz verde a todo un sector, de manera que desde este instante puede trasladarse sobre el SAC toda una categoría de conflictos. Realmente ignoramos cuantos serán los que dejarán de acudir a la vía judicial y se suscitarrán en la arbitral, no tenemos datos para afirmar que vaya a ser un auténtico aluvión, pero tampoco de lo contrario, pero de aquélla eventualidad debe estar avisado el INC y las Juntas Arbitrales, quienes pueden ver disparados los costes de los Colegios, si es que se incrementa el número de los mismos, más el incremento de pruebas periciales, más los costes administrativos del funcionamiento ordinario de las Juntas, que pueden ver atascadas sus “oficinas” por un repentino exceso de trabajo. No quiero parecer agorero con estas palabras, pero sí al menos advertir de que debe estarse muy atento y actuar con suma prudencia.

Otras muchas cuestiones se suscitan al trasladar los conflictos sobre seguros al Sistema Arbitral de Consumo, que, teniendo que ver con otros capítulos del presente estudio, para ese lugar se reservan; concluyamos aquí que, desde una perspectiva objetiva, las cuestiones litigiosas sobre seguros pueden ser resueltas a través del sistema que nos ocupa, sin perjuicio de las particularidades que, como se verá, se suscitan en cuanto a los límites relativos a lesiones, intoxicación y muerte, así como respecto de los sujetos.

Una dificultad que se presenta tanto para las normas del Derecho de consumo como las de seguros es la relativa al carácter imperativo de las mismas. Para los consumidores, el artículo 2.3 LGDCU es claro: “La renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición de bienes o servicios es nula”. Para los seguros, el artículo 2.º LCS reza que “las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado”.

Respecto de los seguros, como se ve, se impone con carácter imperativo *el principio de mayor beneficio al asegurado*, parangonable al *principio pro consumidor*, de la normativa propia de este sector, sin más límite que el interés del asegurado, con la restricción del art. 26 LCS, para el seguro contra daños, que prohíbe el enriquecimiento injusto del asegurado mediante el seguro.

Se suscita así el interrogante de si tal disposición significa la exclusión del arbitraje de Equidad, en favor del de Derecho. La opinión debe ser negativa, por varias razones. La primera, que no es lo mismo normas imperativas que materia indisponible, ni que orden público. En segundo lugar, porque para el legislador nunca han sido incompatibles normas imperativas con las resoluciones dictadas en equidad, como se comprueba al leer el ya derogado art. 34 de la Ley 33/1984, de Ordenación del Seguro Privado, donde se preveía un arbitraje sectorial, al decir que “las Comisiones resolverán el conflicto *según su leal saber y entender* y su laudo será firme y ejecutivo”; incluso imponía que “las normas vigentes sobre *arbitraje de equidad* tendrán carácter supletorio para el arbitraje establecido en este artículo”, en el que se comprendía también el arbitraje privado general —los subrayados son míos—. De modo que nunca ha tenido inconveniente el legislador en que las cuestiones sobre seguros sean resueltas en equidad y no en Derecho.¹⁸¹

B. Que no sean cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución

Tanto el artículo 2.1.a) LA como el 2.a) RDSAC contienen esta limitación, con identidad literal. Pues bien, es generalizada la crítica que se hace a la expresión “resolución judicial firme y definitiva”.¹⁸² Sin duda el legislador se refiere a la resolución firme¹⁸³ que, por ende, es definitiva,¹⁸⁴ y que sea relativa al fondo, pues si éste ha quedado imprejuizado, nada obsta al arbitraje.

El fundamento es claro, si ya existe una resolución judicial, el conflicto ha desaparecido, la controversia ha sido zanjada,¹⁸⁵ condición que no se pierde a pesar de la posi-

¹⁸¹ No obstante, parece que algunas disposiciones del Derecho de seguros deben aplicarse en todo caso. Así, por ejemplo, los arts. 25 y 26 LCS establecen el *principio indemnizatorio como pieza clave del seguro de daños*, sin lucro indebido para el asegurado, que sólo puede pretender el restablecimiento de la situación anterior al siniestro, constituyendo la suma asegurada el límite máximo de la indemnización a pagar en cada siniestro (27 LCS). El art. 28 LCS admite que las partes en la póliza o después de acordada la misma, fijen el valor del interés asegurado, lo que requiere que se realice expresamente, que sólo podrá ser impugnada por el asegurador si hubo violencia, intimidación o dolo en el pacto, o si por error la estimación sea notablemente superior al valor real, correspondiente al momento del acaecimiento del siniestro, fijado pericialmente. Aquí el SAC puede tener sentido si, promovido por el asegurado, el asegurador lo impugna, pero debe aportar la pericial y demostrar el error, y todo ello producir una diferencia “notablemente superior”, lo cual es discutible.

¹⁸² MONTERO, *Comentario breve*, o.c., p. 27, HINOJOSA, o. cit., pp. 147 y 478.

¹⁸³ Arts. 245.3 LOPJ y 369 LEC.

¹⁸⁴ REGLERO, o.c., p. 60, tras advertir de que es clara la interpretación del término “firme”, plantea la duda sobre qué quiere decir “definitiva”. Tras hacer un análisis de la elaboración parlamentaria del texto, considerando las Enmiendas 63 y 152, así como la transaccional que prosperó, concluye que la expresión “definitiva” es una hipérbole que carece de sentido cuando se emplea técnicamente la de “firmeza” pues ésta comprende a aquélla. Vid. también PRIETO-CASTRO, “La Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988”, *BICAM*, 1988, p. 8.

¹⁸⁵ REGLERO, o.c., p. 59.

bilidad del recurso de revisión.¹⁸⁶ Únicamente pueden volver a suscitarse cuestiones litigiosas en la fase de ejecución, donde el arbitraje sí es admisible, como expresamente ha reconocido el legislador.¹⁸⁷ Naturalmente que ésto no significa que la ejecución corresponda a los árbitros, sino que son cuestiones que, formando parte del proceso de ejecución, deben ser resueltas por el juez, en los términos indicados por la LEC, salvo que expresamente las partes acuerden someterlas al arbitraje. Y este acuerdo es preciso con independencia de que lo que se ejecuta sea una sentencia o un laudo. Quiero decir que el hecho de que las partes hayan pactado el arbitraje no implica que las cuestiones litigiosas que surgan con ocasión de la ejecución del laudo, que en su día se ejecute, también se resolverán arbitralmente, salvo que así lo hubieren expresado en el propio convenio arbitral o en otro momento posterior, iniciada o no la ejecución.

En el caso del arbitraje de consumo, el arbitraje se admitiría sólo si la ejecución se refiere a una sentencia o laudo recaído en materia de consumo.

Quiero dejar reseñado que si bien es literal la referencia a la sentencia firme como motivo de exclusión del arbitraje, es de entender que también se excluye el arbitraje de los supuestos en que ya medie laudo, pues uno y otra son equiparados por la Ley en sus efectos. Por otro lado, el fundamento para excluir el arbitraje cuando hay sentencia también vale para los casos en que se ha dictado laudo: la cuestión litigiosa ha desaparecido.

C. Que no se trate de materias inseparablemente unidas a otras sobre las que no se tenga poder de disposición

También con identidad literal, establecen esta limitación los arts. 2.1.b) LA y 2.2.b) RDSAC. Resulta muy difícil imaginar qué supuestos son éstos. Inmediatamente vienen a la mente de todos los supuestos penales, es decir, las consecuencias civiles del ilícito penal. Pero ésto no es así, pues, como más arriba se ha dicho, la pretensión civil no deriva del delito; el efecto de éste es la pena, sin perjuicio de que del acto que lo integra nazcan obligaciones civiles, regidas por principios diferentes de los que rigen el ejercicio del *ius puniendi*, aunque se admita que se accionen a través de un mismo cauce procesal. Por tanto, las consecuencias civiles del acto objeto de un proceso penal, pueden ser objeto de arbitraje.¹⁸⁸ En definitiva, esta obligación civil es objeto de transacción, como expresamente reconoce el art. 1813 CC, cuyo titular puede renun-

¹⁸⁶ Para CORDÓN, o.c., p. 40 “salvo que pretendamos privar de contenido al precepto, las cuestiones sobre las que haya recaído resolución definitiva son susceptibles de ser sometidas a arbitraje hasta tanto dicha sentencia adquiriera firmeza [...] En definitiva, a efectos del arbitraje, se trata de cuestiones no cubiertas por la eficacia de cosa juzgada de la sentencia”. Y concluye que se admite el arbitraje para toda controversia pendiente de recurso ordinario o extraordinario, aunque no cuando se trate del recurso de revisión.

¹⁸⁷ Sobre arbitraje en la ejecución de sentencias vid. MONTERO, *Comentario breve*, o.c., p. 28, quien entiende que se admite en las sentencias ilíquidas (360 LEC), es decir, en los incidentes de liquidación que tienen naturaleza evidentemente declarativa y que sí pueden ser asumidos por los árbitros, la liquidación del importe de los daños y perjuicios (art. 928), frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase (art. 932), rendición de cuentas de administración y entrega del saldo (art. 946), frutos en especie (art. 947 —vid. art. 1096.II CC) etc.; todos estos son supuestos que abren incidentes declarativos que pueden ser resueltos judicial o arbitralmente.

¹⁸⁸ En esta línea se han manifestado numerosos autores como GUASP, *Comentarios*, 2.I.3.^a, p. 1.177, nota 4; MORENO CATENA, “Análisis crítico del proyecto de Ley de Arbitraje”, en *Estudios de Derecho de Arbitraje*, San Sebastián, 1988, p. 193; MONTERO, o.c., pp. 26 y ss.; CORDÓN, o.c., p. 43, HINOJOSA, o. cit., pp. 479 y ss.

ciar a la misma,¹⁸⁹ razón por la cual es arbitrable. La separabilidad está expresamente reconocida en el nuevo Código Penal: “El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil”.¹⁹⁰

Descartado este supuesto, resulta, como digo, difícil imaginar cuales pueden encajarse dentro de esta previsión, que no es nueva, pues a ella se refería ya el art. 14 de la antigua LADP. Se hace preciso que concurren dos circunstancias: en primer lugar ha de darse una materia indisponible, con lo cual hay que remitirse a lo dicho en los párrafos anteriores sobre qué debe entenderse por tal; y segundo, una cuestión, relativa a materia sí disponible, pero que mantiene una conexión tal con aquélla otra que resulta igualmente indisponible. Es la jurisprudencia la que tendrá que determinar caso por caso cuando se da este supuesto, que aunque parece que está lleno de lógica es difícil de imaginarlo en la práctica.¹⁹¹

Incluso los aspectos patrimoniales relativos a cuestiones matrimoniales y de estado civil pueden ser objeto de transacción y, por ello, arbitrables.¹⁹²

D. Que no se trate de materias en que, con arreglo a las leyes, deba intervenir el MF en representación y defensa de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí

A esta limitación se refieren los arts. 2.1 c) LA y 2.2.c) RDSAC. Se trata de aquellos supuestos en que al Ministerio Fiscal corresponde la función de “asumir o, en su caso, promover la representación y defensa, en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos”.¹⁹³

Aquí no importa que se trate de materias disponibles o indisponibles,¹⁹⁴ sino de

¹⁸⁹ Arts. 107, 108, 109, etc., LECR.

¹⁹⁰ Art. 109.2 CP.

¹⁹¹ La STS 28.02.1962 ha estimado que concurre esta limitación cuando mediante arbitraje se pretende la resolución de un arrendamiento, lo que constituirá el precedente del posterior desahucio, entendiendo el TS que eso constituye un prejuicio del fallo que corresponde a la jurisdicción ordinaria. No obstante, este mismo fallo del TS es discutible desde la perspectiva de la nueva normativa sobre arrendamientos y arbitraje. Así, merece la pena leer detenidamente la SAP de Baleares, 4.02.1997, relativa a un desahucio en materia de arrendamientos urbanos, donde se recoge la evolución jurisprudencial, que concluye en la afirmación de que “la disponibilidad de la materia arbitral no puede venir marcada simplemente por el carácter tuitivo de la ley sustantiva ni mucho menos por la especialidad procesal que le haya sido asignada”. En cambio, para los arrendamientos rústicos, la AP de Huelva, en S. de 16.01.1992 sostiene que no es susceptible de arbitraje las materias referidas al ejercicio de derechos reconocidos por las leyes para impetrar la tutela judicial. No es disponible la inclusión en el contrato de arrendamientos rústicos la cláusula de actualización reconocida por el art. 39 de la Ley de Arrendamientos Rústicos.

¹⁹² Vid. la interpretación restrictiva del art. 1814 que se propone por GULLÓN, “La transacción” en *Tratado Práctico y crítico de Derecho Civil*, INEJ, Madrid, 1964, pp. 111 y ss., o DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, II, 1995, p. 494, REQUEJO PAGES, “La nueva configuración del arbitraje”, *RCEA*, 1988-1989, p. 57; o las sentencias del TS 13.10.1966 y 17.06.1944, relativas al estado civil o la de 4.12.1985, sobre régimen económico-matrimonial.

¹⁹³ Art. 3.7 EOMF.

¹⁹⁴ CORDÓN, o.c., p. 44.

materias en las que ha intervenir el Ministerio Fiscal por prescripción legal. Pero si se tiene en cuenta que ya existe la prohibición de arbitrar sobre materias indisponibles,¹⁹⁵ lo que realmente se pretende en este apartado es excluir del arbitraje también aquellas cuestiones que, siendo relativas a materias disponibles, sin embargo requieren la intervención del referido funcionario, con el propósito de representar o defender a un menor o incapaz. En ese sentido tiene razón MONTERO¹⁹⁶ al afirmar que lo que se señala aquí por el legislador son cuestiones y no materias. Así, obviamente no pueden ser objeto de arbitraje los procesos sobre separación, divorcio o nulidad matrimoniales, pero sí las cuestiones económicas de los mismos, salvo cuando haya menores, en que es preceptiva la intervención del MF.¹⁹⁷

De este modo, en los supuestos en que el menor o incapaz aún no le ha sido designado un tutor, estando pendiente el procedimiento adecuado para ello, el MF le defiende y representa,¹⁹⁸ incluso mediante el ejercicio de las pretensiones civiles correspondientes, que de ninguna manera podrán ser formuladas mediante la vía arbitral.

E. Cuestiones en las que no concurren intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito

Esta limitación fue impuesta en 1984 por el art. 31.1 de la LGDCU, recogida luego en el art. 2.2 RDSAC. Como vemos, son cuatro supuestos: intoxicación, lesión, muerte e indicios racionales de delito. La relación merece algún comentario.¹⁹⁹ En realidad, toda intoxicación es un tipo de lesión, de manera que no se entiende bien la separación que hace la Ley, salvo que sea hecha con la intención de no dejar dudas sobre dicho extremo, pues puede que alguien estime que la lesión sólo puede ser externa.

En cuanto a la existencia de *indicios racionales de delito*, la apreciación de esta circunstancia no debe corresponder a las JAC, sino, como es obvio, a los jueces. Se trata de una prohibición que pretende ir más allá de la que con carácter general se establece sobre la sumisión de hechos delictivos al arbitraje. Mediante ésta, ahora, lo que se persigue es que si existe un proceso penal abierto por los mismos hechos, no se podrá arbitrar sobre las consecuencias civiles de tales hechos. Pero, ¿y cuando no se hubiera iniciado ninguna instrucción penal y alguna de las partes o la propia JAC entendiera que se está ante unos hechos delictivos? Si la JAC considera que no lo son, sólo se vería obligada a cesar en sus actuaciones si las partes acreditan haber presentado la correspondiente denuncia o querella, pues en ese instante se abre el proceso penal. Más complicado resulta resolver el caso en que la JAC entienda que los hechos pueden ser delictivos, mientras que las partes no lo creen así. Aquí no podemos olvidar el deber de denuncia que pesa sobre todos los ciudadanos y particularmente sobre los

¹⁹⁵ Arts. 74 CC (acción de nulidad matrimonial) y 206 CC (procesos sobre incapacitación).

¹⁹⁶ MONTERO, o.c., 29.

¹⁹⁷ Disposición adicional 8.ª, Ley 30/81, de 7 de julio.

¹⁹⁸ Art. 299 bis CC.

¹⁹⁹ A juicio de CASAS, *Comentario...*, o. c., p. 782, la normativa sobre arbitraje de consumo no añade nada nuevo a la limitación del art. 2.1 LA, si se tiene en cuenta que la mayoría de los supuestos de lesión, intoxicación o muerte, combinado con las normas de protección de los consumidores, constituirán delito.

funcionarios, en virtud del art. 262 LECR.²⁰⁰ Pero también dependerá del tipo de delito que se crea cometido —teniendo presente siempre que no es la JAC ni los árbitros quienes han de calificarlos—, pues si se trata de los que se comprenden en los artículos 278 a 286, relativos al mercado y a los consumidores, puede ser preceptiva la denuncia de la persona agraviada.²⁰¹

Si los hechos ya no constituyen “indicios racionales”, pues fueron objeto del correspondiente proceso donde se les calificó definitivamente, como delictivos o no, decae la prohibición de arbitraje que estamos comentando. Por tanto, las cuestiones civiles relativas a esos hechos, con independencia de la calificación penal que les haya correspondido, podrán ser objeto de arbitraje.²⁰² La prohibición persiste, pues, sólo mientras existan dudas sobre si hay o no delito. Mientras tales dudas no nazcan o sean disipadas por resolución judicial, en un sentido u otro, sí es admisible el arbitraje de consumo.

Otro problema será el de conectar las reclamaciones que se hagan con los supuestos de lesión, muerte o indicios racionales de delito. Es decir, qué conexión es la que se tiene que producir entre la solicitud de arbitraje del consumidor y la lesión o la muerte o los hechos presuntamente delictivos como para que la JAC tenga que rechazarla. Entiendo que no se puede interpretar esta disposición nada más que restrictivamente, de modo que sólo cuando lo que se reclama tiene como fundamento la lesión o la muerte o unos hechos presuntamente delictivos, se denegará el arbitraje. Así, por ejemplo, la discusión por el importe de una factura por la adquisición de un bien, puede ser separada de la reclamación por las lesiones causadas por el mal funcionamiento del mismo bien.²⁰³ Si consideramos que el SAC es establecido para bien de los consumidores, las normas que lo regulan deben ser interpretadas desde esa misma perspectiva y, por ello, no debe restringirse su uso más allá de lo prudente.

Esto nos sitúa ante la cuestión de qué es lo que se persigue con esta norma. Aunque se han barajado argumentos tales como que el artículo 31 LGDCU se elabora también bajo la sombra del llamado “asunto de la colza”, tristemente conocido por todos, y que una eventual repetición del mismo en el ámbito del arbitraje de consumo lo desbordaría. Realmente, si tenemos presente que los árbitros y las corporaciones que administran el arbitraje soportan la responsabilidad a que se refiere el artículo 16.1 LA, en último extremo es la Administración que soporte la JAC la que asume aquella responsabilidad, y asumir eso, en un sistema que aún no se había comenzado a desarro-

²⁰⁰ Si bien la sanción pecuniaria con que se amenaza resulta irrisoria, salvo que se incurra en el supuesto contemplado en el artículo 450 CP.

²⁰¹ Art. 287 CP: “1. Para proceder por los delitos previstos en los artículos anteriores del presente capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. 2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas”.

²⁰² La SAP de 1.07.1994 entiende que nada obsta al arbitraje cuando queda acreditado que el proceso penal finalizó antes del inicio del procedimiento arbitral (el penal tuvo su origen en una denuncia por retención de la carga transportada).

²⁰³ CASAS, *Comentario*, p. 782, advierte de la dificultad en cuanto a qué debe entenderse por “concurrir”, y expone el ejemplo de un consumidor que reclama sobre un producto defectuoso y difundido ampliamente en el mercado, que ha causado lesiones a otro consumidor. ¿La existencia de esas lesiones ya concurre de tal modo que a otro consumidor le impide reclamar sin ser él quien las padece?

llar, del que no se tenía experiencia, pudo parecer excesivo. Es posible que estemos ante un ejercicio de prudencia del legislador. De otra parte, si tenemos en cuenta que en los casos de intoxicación, lesión y muerte son de esenciales las pruebas periciales, procurándose la gratuidad del arbitraje de consumo, este tipo de litigios encarecerían y dilatarían excesivamente su tramitación. Es un gesto de realismo admitir la dificultad que muchas, sino todas, las Juntas Arbitrales tendrían para dar adecuada tramitación en este tipo de asuntos. Lo anterior se afirma cuando se trate de cuestiones litigiosas relativas a la existencia o no y la causa de tales intoxicaciones, lesiones o muerte. Si, admitidas éstas, lo que se discute es la indemnización correspondiente, por ejemplo, no hay ya razón por la que negar aptitud a las JAC.

Precisamente estas últimas observaciones nos sitúan ante una nueva problemática que se ha abierto con ocasión de las numerosas adhesiones que se han producido en el ámbito de los seguros. Pensemos que una gran parte de los seguros tienen como presupuesto las lesiones o la muerte de alguna persona. En este último caso, por ejemplo, se integrarían todos los seguros de decesos, que quedarían excluidos del arbitraje de consumo porque su presupuesto es, necesariamente, el fallecimiento de una persona. Los seguros para caso de fallecimiento, enfermedad, accidente, etc. se verán en la misma situación, y no digamos de los del automóvil, que frecuentemente incluyen lesiones para alguna persona.

Pues bien, considerando que en materia de Derecho de consumo rige el *principio pro consumidor*, y que en materia de Derecho de seguros rige el *principio pro asegurado*, considerando igualmente que el arbitraje de consumo se constituye como una vía para el acceso de los consumidores —equiparando a estos efectos consumidores y asegurados, en los términos que más abajo se verán— a la tutela jurisdiccional, cabe concluir que sólo en aquéllos concretos supuestos en que la cuestión de si se ha producido la muerte, la lesión o la intoxicación o la causa que la produjo sea el objeto de discusión, se excluirá el arbitraje de consumo, pero nunca cuando se discuta sobre cuestiones contractuales o sobre las consecuencias de tales eventos, la prima, su cuantía, etc. Este esfuerzo interpretativo habrá que hacerlo entre tanto el legislador acomete una reforma del régimen jurídico del SAC, que, como se está poniendo de manifiesto en este trabajo, precisa de más de una modificación, siendo ésta, probablemente, la más flagrante.

La pretensión de estimar que el artículo 61.2 LOSSP es posterior al art. 31 LGDCU y a la LA, no es suficiente para considerar que, en este punto, el SAC ha sido modificado. Y ello porque en la referida norma se advierte claramente que el recurso a la vía del arbitraje de consumo se hará voluntariamente, como no podía ser menos, y “en los términos del artículo 31 de la LGDCU, y normas de desarrollo de la misma”, entre las que se encuentra el art. 2 RDSAC. Por tanto, explícitamente se ha remitido la LOSSP al existente régimen jurídico, sin modificarlo ni un ápice.

De cualquier modo, debo afirmar que tengo mis dudas sobre el valor que cabe otorgar a la exclusión del art. 2.2.d) RDSAC, que ahora nos incumbe. Su valor debiera ser el de una limitación que el propio sistema se impone, del mismo modo que una institución arbitral puede limitar los supuestos en que no admitirá solicitudes de arbitraje. Así lo creo, ya lo he dicho más atrás, del RDSAC en general. Ciertamente, aquellas corporaciones o asociaciones que se constituyen con el objeto de administrar el arbitraje, pueden establecer en sus reglamentos diversos motivos para la no admisión de una

solicitud de arbitraje, algunos llenos de lógica, derivados de la propia LA, como la no celebración del convenio arbitral, etc.; otros, más discrecionales, pero igualmente razonables, pues señalan el compromiso que la institución está dispuesta a asumir: quién nombra a los árbitros, tipo de cuestiones o de materias que se quieren arbitrar o excluir, etc. Si no se especifican estas limitaciones en un reglamento con la debida publicidad, se podría estar causando un perjuicio a quienes acuerdan someterse al arbitraje de una entidad de este tipo y ésta, discrecionalmente, rehusa prestarlo. Esta reserva reglamentaria del arbitraje, por tanto, es perfectamente admisible.²⁰⁴

Y creo que es en este sentido como debe contemplarse la norma que se comenta —art. 2.2.d RDSAC—, como una reserva reglamentaria del arbitraje. Se trata de una limitación a los supuestos en que el Sistema Arbitral de Consumo está dispuesto a intervenir en el arbitraje. Posiblemente por razones de orden político, como ya se ha dicho, pues puede parecer que supuestos de una intoxicación o lesión o fallecimiento de numerosas personas puede ser una excesiva carga para el arbitraje que se quiere dispensar, tratándose ya de supuestos en los que el objeto litigioso no es tan nimio como para dejar de acudir a la vía judicial ordinaria.

Sin embargo, responsabilidades de los miembros de la JAC y del colegio arbitral aparte, no creo que sea fácil obtener la anulación de un laudo dictado en estas condiciones, pues no incurre en los motivos de anulación del art. 45 LA, que es de aplicación preferente sobre la LGDCU.

3. PRINCIPIOS DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO

El arbitraje en general debe desarrollarse con sujeción a unos principios contenidos de un modo u otro en la LA. Es habitual referirse a ellos a partir del art. 21.1 LA, donde se señalan los de audiencia, contradicción e igualdad. Sin embargo, éstos son sólo algunos de los que rigen el procedimiento. Junto a ellos es posible considerar otros, cuya presencia está implícita en la normativa de la LA y cuya inobservancia también puede fundar la anulación del laudo, conforme se señala en el art. 45 de la misma.

La falta de observancia de los principios señalados en el art. 21.1 LA conduce a la nulidad del laudo, por la causa de nulidad señalada en el art. 45.2 LA. En cambio, la señalada en el párrafo 5 de la misma disposición da acogida al resto de principios, en cuanto los mismos puedan ser acogidos bajo la rúbrica de *orden público*.

La referencia de la LA al orden público constituye un “precepto en blanco, cláusula general, válvula del ordenamiento u órgano respiratorio del sistema”²⁰⁵ que es fuente de muchas sentencias diferentes, propugnándose que permite un control judicial del contenido del laudo, algo que ninguno de los otros motivos del artículo 45 LA consiente. Mientras que algunas resoluciones lo identifican con las leyes imperativas o prohibitivas,²⁰⁶ otras lo relacionan con el total ordenamiento jurídico y vivencia socio-

²⁰⁴ MONTERO, o. cit., p. 97.

²⁰⁵ SAP de Baleares, 15.03.1996. Para la SAP de Navarra, 30.06.1994, consiste en un “concepto jurídico indeterminado”.

²⁰⁶ SAP de Barcelona, 15.9.96. Esta debe ser la idea seguida por la AP de Valencia en su sentencia de 18.04.95, al entender que el servicio de Correos y Telégrafos es de carácter público, de carácter administrativo,

cultural,²⁰⁷ integrado por los “principios jurídicos, públicos y privados, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”.²⁰⁸ Por fin, es mayoritaria, en la jurisprudencia de las Audiencias, la opinión de que por la vía del orden público se protegen los derechos y libertades públicos reconocidos en la CE.²⁰⁹

Ciertamente, se ha entendido que el concepto de orden público de la citada disposición debe interpretarse desde una perspectiva constitucional, como mecanismo de defensa de los principios que garanticen los derechos fundamentales o libertades públicas²¹⁰ —siguiendo la dirección señalada por la Exposición de motivos de la LA—, destacándose particularmente las exigencias del art. 24 CE:²¹¹ “si el laudo es una resolución sustitutiva de la resolución judicial, los principios que habrán de ser aplicados al mismo son los inherentes a la propia función judicial: tutela efectiva y no indefensión (art. 24 CE) y sujeción a las normas de competencia y procedimiento (art. 117.3 CE)”.²¹² Sin embargo, también se ha advertido que no sólo los principios del art. 24 de la norma suprema son los que integran el orden público, limitándolo a su ámbito estrictamente procesal, “sino también cabe entender que el laudo dictado puede atentar contra principios y derechos constitucionales distintos del referido art. 24 [...], lo que supondría la vulneración del orden público material”, pues el orden público debe interpretarse como comprensivo de todos los principios inspiradores del ordenamiento jurídico, no sólo de los procesales, todos los cuales “son consecuencia, manifestación o trasunto de los principios que constituyen la esencia misma de la sociedad y que ésta declara en su Ley Fundamental, de manera que, el laudo será atentatorio contra el orden público cuando conculque alguno de los principios o derechos fundamentales de la CE”.²¹³

cuyas tarifas y tasas en integran en el Tesoro Público, formando parte de la Hacienda Pública, por lo que, consecuentemente con la prohibición que la Ley General Presupuestaria (RDL 1091/1988), no puede ser sometida a arbitraje ninguna reclamación contra el citado servicio postal, por más que se trate de una reclamación de resarcimiento de un determinado perjuicio, siendo preceptiva la vía administrativa y ulterior jurisdiccional para llevar a efecto la pretensión correspondiente.

²⁰⁷ Vid. SSTS 19.10.1991 y 31.12.1979.

²⁰⁸ SAP de Navarra, 30.06.1994, considerando esta sentencia que los referidos principios no se tambalean porque RENFE sea condenada al pago de 185.000 pesetas a quien padeció un perjuicio.

²⁰⁹ SAP de Madrid, 10.04.1992.

²¹⁰ El orden público es el “único motivo de impugnación del laudo que permite un control judicial sobre el fondo del mismo anulándolo en el supuesto de que infringiese algún derecho fundamental de carácter no procesal, lo que no es el caso de autos” (SAP de Baleares, 4.02.1997, citando a la STC 15.04.1986).

²¹¹ SAP de Málaga, 1.09.1993. Esta sentencia señala además que, siendo el orden público un concepto jurídico indeterminado, se ha de interpretar y aplicar considerando el total ordenamiento jurídico así como la vivencia socio-cultural de, país, atendiendo a la Constitución, en cuanto norma jurídica directa, y a los principios civiles, procesales y sustantivos —cita la STS de 5.04.1956—, concluyendo que “por ello el árbitro y el juzgador deberán atender a ese sustrato jurídico que sirve de base y referente a la totalidad del ordenamiento, o, en particular, a cada una de las instituciones, destacando aquellas reglas o principios que la sociedad entiende como intangibles en el actual contexto cultural, económico y político; estos criterios o valores vienen consagrados constitucionalmente, diseñando un marco ético-jurídico en el que se desenvuelven los ciudadanos entre sí y con respecto a las organizaciones supraindividuales, entre las que destaca el Estado, e incluso los supraestatales o internacionales, líneas de actuación que son la apoyatura de una convivencia pluralista, justa, libre, igualitaria y tolerante, siendo éstos los contenidos esenciales de nuestra Carta Magna”, concluyendo que “se violaría el orden público, cuando el laudo estuviere viciado de arbitrariedad, por parcialidad, inmotivación o por conclusiones absurdas o ilógicas”.

²¹² SAP de Madrid, 17.10.1995.

²¹³ SAP de Madrid, 22.09.1992.

A. Principio dispositivo

Mediante este principio se soluciona la duda sobre quien tiene la facultad de disponer sobre el ejercicio de la acción y del objeto del proceso, resolviéndola en el sentido de que es a las partes litigantes a quienes corresponde decidir sobre si acuden o no a la jurisdicción en aras de la satisfacción de un interés privado que exclusivamente les incumbe. Este principio rige en el proceso civil como norma general,²¹⁴ situándose su fundamento en la libre disponibilidad que se tiene por los ciudadanos sobre los derechos subjetivos privados, en el marco de un ordenamiento jurídico donde la economía de mercado y sus instrumentos, como son el derecho a la propiedad privada y la libre empresa, son reconocidos constitucionalmente.²¹⁵

El mismo principio rige en el arbitraje, apoyado en los mismos fundamentos, donde se le reconocen idénticos *caracteres* que en el proceso:²¹⁶

a) Que el arbitraje sólo a instancia de parte puede iniciarse, sin que pueda hacerlo de oficio el árbitro o la institución arbitral, lo que expresa el conocido aforismo *ne procedat iudex ex officio*. El ciudadano es libre para decidir si para su derecho lo mejor es o no el arbitraje, o prefiere optar por la solución jurisdiccional o, simplemente, no emprender ninguna medida. El arbitraje no se inicia sin impulso de la parte.

b) Que el objeto del arbitraje sólo puede ser determinado por las partes, a través de sus alegaciones y de sus peticiones. Las pretensiones de ambos contendientes son las que determinan el ámbito de la contienda.²¹⁷

c) Que las partes, iniciado el arbitraje, pueden disponer de su pretensión, produciendo una terminación anticipada de aquél. Las partes son “dueñas del arbitraje” y, por consiguiente, pueden disponer de él, lo que pueden hacer disponiendo de la relación jurídica material o disponiendo el fin del arbitraje sin que se resuelva el objeto del mismo. Así se explican las posibilidades de renuncia del arbitraje,²¹⁸ desistimiento y suspensión del arbitraje²¹⁹ o laudo conciliatorio.²²⁰

d) Que las peticiones de las partes vinculan al árbitro, que no puede conceder más de lo pedido por las partes, ni otorgar cosa diferente, ni dejar de resolver sobre alguna petición.²²¹ Este alcance del principio dispositivo, que es la con-

²¹⁴ Los procesos civiles de los códigos civiles occidentales se rigen por este principio, manifestación de una concreta opción política, basada en la libertad y en la autonomía de la voluntad (MONTERO, *Principios...*, o.c., p. 36).

²¹⁵ Significa MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, Valencia, 1997, p. 34, que el principio dispositivo es consecuencia lógica del de oportunidad, fundándose en la naturaleza privada de las relaciones jurídicas materiales, en la autonomía de la voluntad y, a fin de cuentas, en la libertad.

²¹⁶ Vid. BERZOSA FRANCO, “Principios del proceso”, *Justicia*, 1992, pp. 577 y ss.

²¹⁷ Para MONTERO, *Principios...*, o.c., p. 34, es decisiva la distinción entre objeto y debate del proceso.

²¹⁸ Art. 11.2 LA.

²¹⁹ Art. 31 LA.

²²⁰ Art. 12.4 RDSAC.

²²¹ Art. 45.4 LA.

gruencia, se deriva de que las partes disponen del objeto, no pudiendo ir más allá de esa disposición.²²²

Todo lo anterior significa que los árbitros, en sus actuaciones, tomarán como continuo punto de referencia la voluntad de las partes litigantes, que se expresará fundamentalmente a través del convenio arbitral, que es el que señala el marco de actuación de los árbitros. Sin embargo, no es el único acto que los limita. Así, las partes fijarán sus respectivas pretensiones y resistencias, principalmente a través de las alegaciones, donde el objeto litigioso queda definitivamente establecido. A través de diversos acuerdos pueden ir estableciendo algunos derroteros del procedimiento arbitral, allí donde no se ha previsto nada por la LA o el RDSAC. En su defecto, lo harán los árbitros, que es lo habitual. Pues bien, anclado en el mismo principio dispositivo hay que subrayar la gran importancia que tiene el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, del que luego se tratará.

a. *El convenio arbitral*

El convenio arbitral será objeto de atención más adelante, contemplando el que se produce en el ámbito específico del SAC. Consiste siempre en un contrato que las partes vinculadas por un conflicto suscriben, conteniendo la voluntad de ambas de solventarlo mediante la intervención decisiva de un tercero. Este acuerdo es el fundamento concreto de cada arbitraje. Por él resultan obligados quienes lo firman. Pero también resultarán obligados a respetarlo quienes acepten más tarde ser los árbitros. Entre las partes y los árbitros se constituye un negocio, denominado de dación y recepción del arbitraje, del que forma parte, casi íntegramente, el convenio arbitral. Y los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes: los litigantes y los árbitros.

Los árbitros, así, se ven obligados a respetar los términos del mismo en cuanto a la relación que les es sometida para su conocimiento y decisión; a veces se incluye en él la cuestión litigiosa. En consecuencia, el objeto del arbitraje resulta ya enmarcado en el convenio arbitral.

En el propio convenio se pueden establecer otros pormenores referentes a la tramitación del arbitraje, que también vincularán a los árbitros.

b. *La pretensión*

Aunque el convenio arbitral contribuye decisivamente a fijar el ámbito objetivo del arbitraje, no es fácil que en el mismo se establezcan sus confines de modo preciso. Principalmente ocurrirá ésto cuando el convenio se refiera a cuestiones litigiosas futuras. Lo normal será que se fije el marco general, un contrato o una relación jurídica, o un conjunto de ellas. Sólo cuando la cuestión litigiosa haya aflorado se estará en condiciones de señalar el objeto concreto del arbitraje.²²³

²²² Para MONTERO, *Principios...*, o.c., p. 35, la congruencia significa la sujeción del juzgador al objeto del proceso, que lo determina el actor, y con los términos del debate, que lo fijan ambas partes.

²²³ En cambio, cuando el arbitraje se acuerde para una cuestión litigiosa presente, el ámbito del mismo ya se encuentra perfectamente delimitado desde que se perfecciona el convenio arbitral.

Esa definición concreta, en los convenios arbitrales sobre cuestiones futuras, se obtiene mediante la formulación por las partes de sus correspondientes pretensiones. Las partes acuden a los árbitros, como ocurre en el SAC, solicitando su prestación arbitral, su arbitraje, para una cuestión litigiosa concreta y sobre una relación jurídica determinada.

La pretensión puede ser introducida simultáneamente por las partes, como podrían haber dejado establecido en su convenio arbitral o como pueden hacer mediante un escrito común. No es eso lo más frecuente ni lo que acontece en el SAC, donde una de las partes —en nuestro caso siempre el consumidor— acude instando el arbitraje y señalando tanto la relación jurídica como la cuestión litigiosa afectadas, pidiendo que el laudo se otorgue en un determinado sentido. Relación jurídica y cuestión litigiosa deben desde el principio definirse. Sin aquéllas las JAC no podrán decidir si la materia es de las arbitrables. La petición concreta se puede dejar para más adelante, de manera que la solicitud inicial se completará con las alegaciones que se presenten en el instante que se fije por los árbitros.

La respuesta de la contraparte contribuye a delimitar el ámbito de conocimiento y decisión de los árbitros, que puede verse ampliado mediante la reconvención. Entre la pretensión de uno y la resistencia y eventual pretensión del otro, se situará la decisión arbitral.

c. Principio de que nadie puede ir contra sus propios actos

Mediante el convenio arbitral y las alegaciones, las partes fijan de manera expresa los límites de las actuaciones de los árbitros. Posteriormente, salvo convenio nuevo, no podrán modificar sus voluntades así manifestadas. Pero existen numerosos aspectos que no están reglados en la LA o que, estándolo, se dejan a un mejor designio de las partes. Así ocurre con la determinación del lugar donde se celebrará el arbitraje o se dictará el laudo, de la duración del arbitraje, de las causas de recusación de los árbitros, etc.

En estas ocasiones las partes podrán tomar la decisión que estimen más idónea. Pero si no lo hacen en el momento en que tuvieron oportunidad para hacerlo, su inactividad les vincula, a ellos y a los árbitros, de manera que más tarde no podrán pretender que se haga lo que ellos no hicieron a su debido tiempo. Así, por ejemplo, si las partes no acuerdan nada sobre el lugar del arbitraje, como decía antes, serán los árbitros quienes tomen la decisión, sin que los litigantes puedan luego, al comprobar los efectos que ello pueda tener para la impugnación del laudo, protestar por ello. Del mismo modo, si conocida la causa de recusación de un árbitro no es aducida por la parte inmediatamente, resultará patente su conformidad, sin que sea válido esperar a que el laudo se dicte para, si el resultado no es el pretendido, impugnarlo en base a un argumento que en su mano estuvo haberlo obviado.

Se aplica aquí la denominada teoría o principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, que las Audiencias Provinciales han estimado repetidas veces. Este principio actúa en una doble faceta. De una parte, porque se entiende que quien no actuó protestando contra una determinada circunstancia que le es perjudicial, la ha convalidado, no pudiendo más tarde interponer el recurso de anulación del laudo.²²⁴ De otro,

²²⁴ “... desde un punto de vista procesal se plantea la cuestión de si para hacer valer los motivos de nulidad

porque quien realizó un determinado acto no puede más tarde pretender la impugnación del laudo argumentando la irregularidad del acto que él mismo realizó.²²⁵

La doctrina de los propios actos se funda en que éstos han de ser tomados siempre como límite al ejercicio de toda facultad, límite derivado del principio de la buena fe y de observar dentro del tráfico jurídico un comportamiento coherente.²²⁶

B. Principios del procedimiento

El desarrollo del procedimiento se deja por la LA a la voluntad de las partes, normas de la corporación y voluntad de los árbitros.²²⁷ Entre las segundas debe incluirse al RDSAC. En cualquier caso, ya sea aplicando las prevenciones legales, ya sea llenando sus lagunas, se han de respetar los principios que explícitamente se señalan: audiencia, contradicción e igualdad.²²⁸

Los principios referidos son comunes a todos los procesos y su ausencia del arbitraje ocasionaría que el laudo que se dictara no tuviera el valor pretendido, lo que justifica que su infracción sea motivo de recurso de anulación.²²⁹ Realmente, si en el arbitraje no se da ocasión a que quien esté interesado en sostener una pretensión sea oído, a que las partes puedan contender entre sí, y a que esta contienda se celebre en igualdad de condiciones, la solución del litigio distará mucho de ser justa.

La trasgresión de los citados principios producirá una indefensión a la parte,²³⁰

en un recurso de anulación es necesario haberlos esgrimido antes en la fase de alegaciones del procedimiento arbitral”, como parece deducirse del 23.1 LA y el principio de los actos propios, resolviéndose en sentido afirmativo (SAP de Baleares, 4.02.1997). De esta manera, la recusación que se deja de interponer contra un árbitro por no comparecer a la vista a la que previamente había sido debidamente citada la parte, equivale a un consentimiento en la composición del colegio (SAP de Madrid, 1.07.1994).

²²⁵ Así, en base a esta tesis se ha rechazado la pretensión de anulación del laudo que se fundaba en la nulidad del convenio arbitral, cuando el laudo es fruto de un arbitraje iniciado por el propio recurrente (SAP de Madrid, 17.10.1995), o en la extemporaneidad del laudo, cuando la misma parte fue la que concedió la prórroga del plazo, por más que la contraria no hubiera dado su consentimiento (SAP de Sevilla, 4.11.1993).

²²⁶ SAP de Sevilla, 4.11.1993. Esta sentencia acude, para fundamentar el principio que nos interesa y su aplicación al arbitraje, a los arts. 11 y 238 a 243 LOPJ, a la doctrina del TC y a los principios de celeridad y economía procesal.

²²⁷ Art. 21.1 LA. Afirma MASCARELL, *Comentario...*, pp. 113 y ss., que la discrecionalidad del art. 21.1 LA no es absoluta porque no alcanza ni a la preclusividad de los plazos (art. 25.2 LA), ni a que la prueba se practique tanto a instancia de parte como de oficio (art. 26 LA), ni a que sólo se practicarán las pruebas pertinentes y admisibles en derecho (art. 26 LA), ni al plazo del laudo cuando las partes no lo hayan fijado (art. 30 LA —entonces reconoce que hay discrecionalidad—), ni a la forma y contenido del laudo (arts. 32, 33 y 35 LA), ni a la formación del laudo y de los acuerdos y resoluciones del colegio arbitral (art. 34 LA), ni a los “recursos” contra el laudo arbitral (23.2, 36 y 37 LA), “etc.”. La discrecionalidad del procedimiento arbitral puede interesar a la forma oral o escrita de los actos procedimentales, al carácter sucesivo o simultáneo de las alegaciones de las partes, al lugar de desarrollo de la actuación arbitral, del idioma del procedimiento —con los límites del 24.2—, de la duración del procedimiento arbitral (25.1 y 30.1 LA), al procedimiento probatorio, a la decisión sobre la práctica del trámite de audiencia (29 LA).

²²⁸ Art. 21.1 LA y art. 10.1 RDSAC.

²²⁹ “Por ello tanto el principio de audiencia, como el de contradicción en su vertiente de derecho a la defensa, y de igualdad corresponde a ese ‘mínimo’ que debe ser observado en todo proceso sea jurisdiccional o arbitral, y así lo recoge expresamente el citado art. 21 de la LA” (SAP Asturias, 27.02.1995).

²³⁰ CORDÓN, *El arbitraje...*, o.c., p. 92.

que no puede ser entendida bajo un concepto formal sino material, de manera que la indefensión sólo se produce cuando además de la vulneración del procedimiento legal o convencional, se aprecia una efectiva lesión de los derechos de la parte.²³¹ Esto no ocurre, cuando la parte se sitúa en una posición provocadora de la lesión, cuando ha sido negligente en el ejercicio de sus derechos o cuando no denunció oportunamente la infracción; de este modo, la denuncia de la indefensión debe efectuarse en cuanto se detecte por la parte y tenga ocasión de ello, “pues un elemental principio de buena fe procesal impide otorgar protección a quien a sabiendas de la existencia de un vicio de nulidad en las actuaciones deja seguir el curso de éstas para luego, sólo a la vista del resultado de sus pretensiones, instar la nulidad de lo actuado a su conveniencia, doctrina ésta de carácter general, de perfecta aplicación al procedimiento arbitral”.²³²

a. *Principio de audiencia*

Es una garantía básica del proceso que desde muy antiguo es también aplicada al arbitraje.²³³ El TC ²³⁴ ha vinculado esta garantía a la prohibición de indefensión del art. 24.1 CE, comprensiva del derecho a ser emplazado para ser oído, lo que resalta la importancia que cobran así los actos de comunicación. Existe una obligación de emplazamiento a las partes para que su incomparecencia en el arbitraje sea voluntaria o por negligencia inexcusable, que sólo así se justificaría un laudo dictado inaudita parte.²³⁵

²³¹ SAP Cantabria, 22.01.93, acogiendo la doctrina del TC sobre el art. 24 CE.

²³² SAP Cantabria, 22.01.93. Para CORDÓN, *El arbitraje...*, o.c., p. 93, al no constituir los árbitros ningún órgano jurisdiccional, no siendo imputable su resolución a ningún poder público, lo que exige con carácter general el 41.2 LOTC, en principio no cabe el Recurso de Amparo constitucional, y así el ATC 20.07.93 ha dicho que “no es viable el amparo respecto del laudo arbitral”. No obstante, advierte que cuando se insta la revisión del laudo, cabe hablar también del derecho a la tutela judicial efectiva y de la prohibición de la indefensión en el procedimiento arbitral, debiendo considerarse que el arbitraje es un equivalente jurisdiccional, con lo que se habrá de cuestionar si los árbitros son o no poderes públicos, a lo que aboga el amplio concepto de poder público del TC. Reconoce la existencia de una vía indirecta para alcanzar el recurso de amparo, consistente en acudir a la vía jurisdiccional primero, para “imputar” al órgano jurisdiccional (poder público) la violación de un derecho fundamental causado por un particular (cita la STC 18/84). Básicamente no es de recibo que los particulares no sean titulares de derechos fundamentales frente a otros particulares. Llega a la conclusión de que la lesión de las garantías mínimas del procedimiento debe dar lugar al recurso de anulación 45.2 LA y cualquier otro motivo irá al 45.5 LA (orden público). Contra la sentencia que recaiga aquí cabe recurso de amparo.

Sobre esta misma cuestión MASCARELL, *Comentario...*, o.c., p. 115 señala: 1.—Que el art. 41.2 LOTC limita el recurso de amparo a los supuestos en que la violación de los derechos y libertades sean ocasionados a disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos y sus agentes o funcionarios. 2.—Que el 44.1.b LOTC limita también la posibilidad de recurso a la violación de algún derecho si tuvo su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, lo que no acontecería en el caso del recurso de anulación. Aunque concluye afirmando que “dado que el TC viene admitiendo el recurso de amparo contra actos de los particulares que violan los derechos fundamentales o las libertades públicas, una vez agotada infructuosamente la vía judicial, considerando tales violaciones como imputables a un órgano judicial, la misma solución sería trasladable a los casos en que la violación de los derechos fundamentales fuera cometida por los árbitros a lo largo del procedimiento arbitral” (y cita a CORDÓN MORENO, *El recurso de amparo constitucional*, Madrid, 1987; GIMENO, manual; y STC 34/1988).

²³³ STS 19.02.44: “... nadie puede ser condenado (y, en general, ser sometido a una resolución que le pueda perjudicar) sin darle oportunidad de ser oído en juicio”.

²³⁴ STC 185/1990.

²³⁵ Así se comprende lo prevenido en el art. 22.1 LA. No obstante, vid. más abajo lo que se dice con ocasión del principio de preclusión.

En definitiva, este principio exige que las partes sean notificadas y emplazadas a fin de poder exponer sus pretensiones, es decir, que se les otorgue la oportunidad de ser oído, aunque no sea necesaria su presencia efectiva y sin perjuicio de que las partes puedan no hacer uso de esta oportunidad. Es preceptivo el trámite de audiencia y el previo emplazamiento a las partes: “no cabe entender que los referidos principios se hayan agotado con el escrito en que ambas partes acuerdan someter a arbitraje el tema que les enfrentaba, escrito cuya finalidad no es otra que determinar el objeto del pronunciamiento arbitral”.²³⁶

b. Principio de contradicción

Este principio tradicionalmente se subsume en el de audiencia,²³⁷ pero la LA los configura autónomamente, pudiendo conceptuarse el de contradicción como “el derecho de las partes a contradecir las alegaciones de la contraria y, como tal, ha sido considerado por la jurisprudencia del TC como integrante del derecho al proceso con todas las garantías del art. 24 CE”.²³⁸ Mientras el derecho de audiencia garantiza el derecho de las partes a intervenir en el procedimiento, este principio persigue garantizar a las partes la posibilidad de contradecir las alegaciones hechas en contra, decisivas para el contenido del laudo.²³⁹

Audiat et altera pars; nemo inauditus damnari potest... Con estos aforismos se hace referencia al significado del principio que ahora interesa, que tiene como presupuesto la existencia de dos posiciones enfrentadas, ocupada una por el actor y la otra por el demandado o reclamado: la dualidad de posiciones implica un choque entre la pretensión y la resistencia que cada parte propugna.²⁴⁰

El significado de este principio es, como se deduce de los aforismos citados, que nadie puede ser condenado sin haber sido oído o, cuando menos, sin habersele concedido la oportunidad de hacerse oír por quien pueda condenarle. Esto, que es así tanto en el proceso civil como en el penal, porque “atiende a la esencia misma del proceso, pues sin el mismo no estaremos ante un verdadero proceso”,²⁴¹ también es nota esencial del arbitraje.

Trasladando al arbitraje el contenido que a este principio se le ha atribuido respecto del proceso, encontramos que significa, en primer lugar, que ambas partes deben tener ocasión de acceder a los árbitros sin que se le puedan interponer obstáculos injustificados, y que habrán de recibir la adecuada comunicación personal sin la cual no podrán tener conocimiento de la existencia del arbitraje ni de su evolución, ni,

²³⁶ SAP Asturias, 27.02.95.

²³⁷ Así puede verse en la STS 2.02.90.

²³⁸ CORDÓN, *El arbitraje...*, o.c., p. 91.

²³⁹ MASCARELL, *Comentario breve...*, o.c., p. 117.

²⁴⁰ FAIREN, “El proceso como función...”, o.c., pp. 360 y ss. La presencia de dos partes en el proceso ocupando posiciones contrapuestas es necesaria para que exista verdadero proceso, pues un proceso con una sola parte resulta inimaginable —por eso el inquisitivo no lo era—, de manera que se puede formular un principio de dualidad de posiciones jurídicas, más que de dualidad de partes (MONTERO, *Principios...*, o.c., p. 137).

²⁴¹ MONTERO, *Principios...*, o.c., p. 139.

por tanto podrán gozar de la oportunidad de comparecer a contradecir y defender sus derechos.

c. *Principio de igualdad*

Como se ha podido apreciar seguramente al tratar del principio de contradicción, éste no sería plenamente efectivo si no se establece una igualdad entre las partes, al ejercitar tal contradicción, es decir, si no se logra que las partes comparezcan con las mismas posibilidades y cargas, con igualdad de armas, al menos, de armas procesales.²⁴² Este principio, entroncado con el art. 14 CE, resultaría vulnerado cuando se establezca un trato diferente para el enjuiciamiento de determinadas personas, y cuando no se reconozcan medios parejos para el ataque y defensa de las partes,²⁴³ sin que exista una razón objetiva para ello, no importando al respecto que el trato que se le dispense sea más perjudicial o más beneficioso.

No puede entenderse con un rigor absoluto, de manera que exista una absoluta igualdad de facultades entre una y otra parte. La consideración a las realidades sociales, culturales y económicas con frecuencia afectan al desarrollo del proceso, de manera que las posibilidades que en éste se ofrecen, no representan ofertas realmente eficaces ante las carencias y desigualdades de los ciudadanos en aquéllos aspectos. Como más atrás se ha visto, esto constituye el fundamento de la existencia del SAC y del carácter unidireccional del mismo. Excepción hecha de esta nota, el arbitraje de consumo se rige, sin discusión, por el principio de igualdad.²⁴⁴

El principio de igualdad llevado a sus máximos límites es criticado en el ámbito del arbitraje, pues la situación económica de las personas pueden ser un serio reparo para acceder a esta vía de solución de los conflictos. En la tramitación parlamentaria de la LA presentó el Diputado BANDRÉS abogando por la gratuidad del arbitraje.²⁴⁵ En el caso del SAC, precisamente, no existe este escollo, pues como ya se ha señalado más arriba, es gratuito para ambas partes.

d. *Principio de preclusión*

Los árbitros están obligados a establecer unos plazos a las partes para que formulen sus alegaciones, no siendo ésta una labor que pueda dejarse al acuerdo de los liti-

²⁴² El TC ha vinculado esta garantía con la prohibición de indefensión del art. 24 CE, porque toda desigualdad produce indefensión. Así la TC 145/90, 1.10: “la prohibición de que se produzca indefensión constituye una garantía que implica el respeto del esencial principio de contradicción, de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimen conveniente con vistas al reconocimiento judicial de su tesis”.

²⁴³ MONTERO, *Principios...*, o.c., p. 146.

²⁴⁴ El art. 45.2 LA puede acoger la infracción del principio de igualdad como motivo del recurso de anulación del laudo, “... siempre que el quebrantamiento de tal principio rector se enmarque en el nacimiento, desarrollo o en la conclusión del procedimiento arbitral, pero nunca cuando se invoque en cuanto a la resolución de la cuestión de fondo resuelto por el laudo arbitral, tal como efectúa la recurrente, al aducir que la desigualdad se produjo, al haberse admitido por el árbitro en el dictado de su laudo” (SAP Barcelona, 10.03.92).

²⁴⁵ “Si esta ley ha de tener como objetivos no sólo la reducción de la sobrecarga de trabajo de los tribunales, sino, como la propia Exposición de Motivos señala, se trata de constituir una alternativa más accesible y más eficaz

gantes.²⁴⁶ Esos plazos tienen carácter preclusivo, de manera que en el plazo para alegaciones las partes podrán aportar los hechos en que funden su pretensión o su resistencia, y en las contraalegaciones sólo podrán oponerse o contestar a las alegaciones de la parte contraria.²⁴⁷ Queda así instaurado el principio de preclusión en el procedimiento arbitral.

No obstante, este principio se debe interpretar desde el principio de libertad procedimental del 21.2 LA, de manera que pueden acordar que las alegaciones se efectúen simultánea o sucesivamente, que tras ellas se puedan realizar contra alegaciones, que unas u otras o todas se realicen de modo oral o escrito, etc. Lo único que es decisivo es que sean los árbitros quienes fijen un instante a partir del cual las partes ya no pueden realizar alegaciones nuevas, pues de otra manera no podrían cumplir adecuadamente con su obligación de laudar.²⁴⁸

El principio de preclusión se formula siempre con el propósito de evitar alegaciones posteriores a una determinada fecha, para que el debate pueda ser centrado en determinada cuestión litigiosa, cuya resolución constituirá el objeto de la obligación de laudar de los árbitros, impidiendo así que las partes puedan incrementar continuamente el pleito con nuevas cuestiones.²⁴⁹ Sin embargo, la preclusión suscita una dificultad de signo justamente contrario, la que nacería cuando las partes han permanecido inactivas durante el período de alegaciones. La dificultad surge porque la LA dispone que la inactividad de las partes no impide que se dicte el laudo ni se le privará de eficacia.²⁵⁰ A mi juicio, los árbitros tienen obligación de dictar el laudo, en todo caso, pero siempre y cuando la pretensión de las partes haya sido suficientemente definida. Esto último es una carga que compete a las partes. Si no la cumplen debidamente, los árbitros podrán dictar un laudo que les sea desfavorable. Los árbitros están obligados, en todo caso, a laudar. Si tienen dudas, podrán convocar a las partes para celebrar nuevas audiencias²⁵¹ y acordar de oficio la práctica de pruebas.²⁵² Una vez suficientemente definida la pretensión, la inactividad de las partes no impide el laudo sobre el fondo. Pero si la pretensión no ha llegado a formularse de ninguna manera, los árbitros no

a la acción judicial, no es posible obviar el tema del arbitraje gratuito, pues, de otro modo, esta vía más accesible y más eficaz se reservaría a las clases más privilegiadas, eliminando la posibilidad de que las clases más desprotegidas puedan acudir a ella...”

²⁴⁶ Art. 25.2 LA. MASCARELL, *Comentario...*, o.c., p. 141, advierte que la redacción de este precepto parece excluir la posibilidad de que los reglamentos arbitrales puedan determinar los plazos de desarrollo del procedimiento, pues el 25.1 LA dice que la duración de cada una de las fases se fijará por voluntad de las partes o por acuerdo de los árbitros.

²⁴⁷ La audiencia que se regula en el art. 29 LA, cuya virtualidad depende exclusivamente de la voluntad de los árbitros, no se podrán introducir nuevas alegaciones.

²⁴⁸ Para MASCARELL, *Comentario breve...*, o.c., p. 141, el principio de preclusión no excluye que se de oportunidad para alegaciones a la parte que por causas ajenas a su voluntad no pudo comparecer en el plazo oportuno, así como que se puedan aportar los nuevos hechos, desconocidos al tiempo de las alegaciones, con tal de que sean decisivos para el pleito.

²⁴⁹ El plazo para alegaciones es *preclusivo* por lo que la petición de ampliación que se hace después de terminado el plazo no puede ser atendida, pues les ha llegado a los árbitros después (SAP Zaragoza, 16.09.96).

²⁵⁰ Arts. 22.2 LA y 10.3 RDSAC.

²⁵¹ Arts. 12.2 y 13.4 RDSAC y 29 LA.

²⁵² Art. 26 LA.

podrán resolver, pues no hay cuestión litigiosa, no hay contenido para su obligación. La obligación de dictar laudo sin actividad de las partes queda supeditada a que la controversia que se somete esté perfectamente delimitada.²⁵³

Por tanto, se puede concluir “que los árbitros, en caso de inactividad de las partes, sólo podrán dictar un laudo pronunciándose sobre el fondo del asunto si la controversia ha quedado fijada antes del inicio de procedimiento, porque, en caso contrario, o los árbitros no podrán determinar la cuestión litigiosa sometida a arbitraje, o no podrán dar una respuesta congruente a unas inexistentes peticiones de las partes”.²⁵⁴ En este último caso el laudo que se dicte se limitará a expresar la imposibilidad de emitir una decisión de fondo por la inactividad de las partes, que ha impedido determinar los hechos litigiosos y/o la petición, pudiéndose pronunciar sobre las costas.²⁵⁵

²⁵³ CORDÓN, *El arbitraje...*, o.c., p. 100. Añade este autor que la función delimitadora de los árbitros sobre la controversia no constituye extralimitación de sus funciones ni fundamenta el recurso de anulación por el 45.4 LA. Y dice que si fuera imposible por faltar elementos suficientes en el convenio, habrá que entender que el laudo se dictará limitado a expresar la imposibilidad de decidir la cuestión de fondo “porque, dado el carácter dispositivo del arbitraje, el alcance de la facultad que se reconoce a los árbitros no puede suponer que sean ellos quienes creen la controversia”.

²⁵⁴ MASCARELL, *Comentario breve...*, o.c., pp. 123 y ss.

²⁵⁵ En contra SANTOS VIJANDE, J. M.: “Consideraciones en torno a la Ley de Arbitraje: la alternativa arbitraje de derecho o de equidad, los plazos preclusivos de alegaciones, la inactividad de las partes y la documentación de las actuaciones en el procedimiento arbitral”, *La Ley*, 1989-4, p. 8.

Sujetos del Sistema Arbitral de Consumo

1. NOCIÓN DE CONSUMIDOR Y USUARIO

Cuando más arriba manifesté mi conformidad con el empleo del término “sistema” para definir al arbitraje de consumo, señalé que el *ciudadano* es el primer elemento que lo integra, y es de él de quien hay que tratar ahora en este capítulo, relativo a los sujetos del sistema arbitral de consumo. No existe duda sobre que son los consumidores y los empresarios o profesionales los elementos subjetivos de este especial tipo de arbitraje. Pero esa afirmación es excesivamente genérica. Realmente, los miembros de las JAC y de los colegios arbitrales se encuentran en muchas ocasiones ante situaciones que les llevan a plantearse qué se debe entender por consumidor y qué por empresario o profesional a los efectos del arbitraje de consumo. En las siguientes líneas espero aportar algunas ideas que sean útiles a estos agentes del arbitraje.

En primer lugar quiero advertir que el empleo del término consumidor, como se habrá podido ya apreciar, se hace en su más amplia acepción, comprensiva también de los usuarios, del mismo modo que el de empresario lo utilizo comprendiendo a los comerciantes, productores, profesionales, etc.

El punto de partida que debe adoptarse, a mi juicio, es que el concepto de consumidor que aquí es preciso seguir es aquel que permite atribuirle de manera concreta derechos que puede ejercitar individualmente (noción concreta), y no aquel otro que incluye a todos los ciudadanos en cuanto personas que aspiran a alcanzar una adecuada calidad de vida (noción abstracta).²⁵⁶ A estos efectos hay que tener presente que el legislador no tiene una sólo definición de consumidor, sino que la noción de éste es uti-

²⁵⁶ Vid. BERCOVITZ, A., “Ámbito de aplicación...”, p. 107. Como claro ejemplo de noción abstracta se puede citar la Resolución del Consejo de la CEE, de 14 de abril de 1975, relativa a un programa preliminar de la CEE para una política de protección y de información de los consumidores: “En lo sucesivo el consumidor no es considerado ya solamente como un comprador o un usuario de bienes o servicios para un uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor”.

lizada en cada ocasión como instrumento delimitador del ámbito de protección que se persigue en cada norma.²⁵⁷

Es obligado, no obstante, para elaborar una noción de consumidor y de empresario, acudir al artículo 1.º de la LGDCU:

2. *A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualesquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, suministra o expiden.*

3. *No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.*

Entiendo que, aunque la norma instauradora del sistema arbitral de consumo esté incluida en la propia LGDCU, los aplicadores de este tipo de arbitraje no deben considerarse totalmente vinculados por la noción de consumidor transcrita. El arbitraje de consumo no se constituye sólo para aplicar la LGDCU, sino como un elemento más para la defensa de los consumidores, estén o no dentro de la definición dada. Conforme a lo dicho más arriba, en cada ocasión el legislador opta por una noción, la que mejor sirve a la protección del consumidor. Pues bien, por esa misma razón, las JAC y los árbitros deben aplicar la noción que más favorezca al consumidor, y, atendiendo a la función que se les encomienda a tales aplicadores, ésta ha de ser la que más facilite el acceso de los consumidores al SAC.²⁵⁸

No obstante, la referencia al art. 1 LGDCU citado será casi continua, pues la norma que contiene ha sido dada con intención de que sirva de modo general. En ella, sin duda, se abandona la noción abstracta de consumidor en favor de una concreta; se deja la de “consumidor cliente” en favor de la de “consumidor final”. Este último aspecto es clarificador, pues así resulta definitivamente excluida la posibilidad de que el empresario pueda en algún caso ser tenido por consumidor. No es preciso advertir aquí que consumidores lo somos todos los ciudadanos, lo que no empece a la afirmación anterior, pues el empresario, cuando actúa como tal, nunca puede ser tenido por consumidor, sin perjuicio de que en muchísimas ocasiones ya no realice actividades en el ámbito empresarial, sino como consumidor final, momentos en los que sí le será ya aplicada la normativa de consumo.²⁵⁹

Una adecuada delimitación del concepto de consumidor exige considerar diferen-

²⁵⁷ BERCOVITZ, A., “Ámbito de aplicación...”, p. 109.

²⁵⁸ En este sentido afirma BERCOVITZ, “Ámbito de aplicación...”, p. 137, que “la noción legal de consumidores y usuarios establecida en el artículo 1.º tiene por objeto solamente delimitar el ámbito de aplicación de la LGDCU”, añadiendo que no puede afirmarse que dicha noción sirva para delimitar la aplicación de la LGDCU en todas sus partes y, por supuesto, dice, no rige para otros textos legales (idem, p. 138).

²⁵⁹ En este sentido la Exposición de Motivos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación dice que “de conformidad con la Directiva transpuesta —se refiere a la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores...—, el consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”.

tes aspectos, tales como la adquisición del bien o servicio, de quién procede el bien o servicio que se adquiere, qué destino se le otorga, qué bienes o servicios se adquieren y el acto mismo de adquisición.

El acto de consumo por excelencia se ha definido como el acto jurídico por el que se obtiene un bien o servicio para satisfacer alguna necesidad familiar o personal. La definición de consumidor en base exclusivamente a este elemento sólo es útil para lo que se denomina “consumidor jurídico”, pero dejaría fuera de toda protección al llamado “consumidor material”, que es aquél que realmente “consume” el bien o servicio. En este sentido la propia LGDCU entiende que no es sólo consumidor quien adquiere algún bien, sino también quien lo utilice o disfrute. Ahora bien, no podemos olvidar que siempre se ha de producir un acto de consumo, siempre tiene que haber un “consumidor jurídico” para que la protección que se contiene en las normas protectoras de los consumidores desplieguen su eficacia, incluso sobre el que sólo lo sea “material”. Es decir, sin acto de consumo, nunca hay consumidor, ni jurídico ni material. El ejemplo más conocido y esclarecedor es el caso en que una persona adquiere un bien que luego es regalado a otra. El primero, el adquirente, es el consumidor jurídico; el segundo, el consumidor material. Para que éste llegue a gozar de la protección que se dispensa a los consumidores, ha debido existir un primer acto de consumo. Supongamos que el bien regalado no se hubiera adquirido mediante un acto de consumo, sino que hubiera sido fabricado o producido por quien luego hace el regalo; en este supuesto, al faltar el acto de consumo, quien recibe el regalo no gozará de la protección propia de los consumidores, no será consumidor.

Pero el acto de consumo, en cuanto adquisición de un bien, requiere *que el otro sujeto interviniente en él sea un empresario*. Téngase presente que toda la normativa sobre consumo se elabora para proteger a los consumidores de los abusos que la posición de superioridad del empresario permite. Es decir, el consumidor se define por ocupar una situación inferior a la de otro agente del mercado, el empresario. Lo que significa que éste es su referente, no pudiéndose definir al consumidor sin él. Si no hay empresario, si se trata de un acto que se realiza con un igual, ya no hay acto de consumo, ya no hay consumidor. Luego, mientras el empresario no necesita del consumidor para ser definido, porque puede mantener relaciones con otros empresarios, el consumidor sólo puede definirse por su relación con el empresario, necesita el concepto de empresario. En definitiva, si la cuestión litigiosa que va a ser objeto de un arbitraje se produce en el marco de una relación donde la parte reclamada no interviene por su calidad de empresario, no estaremos ante un verdadero acto de consumo, no habrá verdadero consumidor.

Quedan así excluidos los actos que se producen entre particulares. Puede surgir la siguiente duda: ¿lo dicho antes permite que se tengan por actos de consumo *las ventas de un particular a un empresario*? Así por ejemplo quien vende su coche a una empresa de compraventa de coches usados, o quien vende muebles a un anticuario, incluso su casa o solar a una inmobiliaria. Estos supuestos han de excluirse por lo que más arriba se afirmó: porque ni hay adquisición de bienes —“consumidor jurídico”—, ni disfrute de los mismos —“consumidor material”—, sino justamente lo contrario, venta de bienes. No obstante, si el negocio se hubiera producido mediante un contrato sometido a condiciones generales, podría procurarse una interpretación favorecedora del particular.²⁶⁰

²⁶⁰ BERCOVITZ, A., “Ámbito de aplicación...”, p. 120.

El concepto de empresario que se deduce del artículo 1.º LGDCU, a efectos de definir al consumidor, es enormemente amplio, comprensivo de empresas de todo tipo, públicas o privadas, incluso profesionales y la propia Administración, cuando ésta proporciona bienes y servicios.²⁶¹ Aunque no basta, como hemos visto, su condición de empresa, sino que en el acto concreto de que se trate intervenga como tal. Esta idea de empresario sirve también para advertir que no pueden ser consumidores aquellos que intervienen adquiriendo bienes o servicios con la finalidad de su reintegración al mercado, incorporándolos a un proceso ya de producción, ya de transformación, ora de comercialización, ora de prestación.²⁶²

Lo que hace que un sujeto que adquiere un bien o un servicio sea tenido por consumidor o por empresario es el destino que le da: si es el mercado nuevamente, se trata de un empresario; si es personal, familiar o doméstico, se trata de un consumidor.²⁶³ Así, si el sujeto es el destinatario final,²⁶⁴ pues el bien o servicio no será reintegrado al mercado, permaneciendo en su esfera privada, satisfaciendo necesidades personales, familiares o domésticas, se trata de un consumidor. También hay que estimar dentro de tal concepto, como más arriba también se ha dicho, a quien adquiere el bien para cederlo a otra persona, gratuitamente, como un regalo, por ejemplo: sin ánimo de reespedirlo nuevamente al mercado.²⁶⁵

Ahora bien, cuando el criterio que se atiende es el del destino que se pretende dar al bien o servicio, hay que reconocer que se trata de un elemento más difícil de identificar que otros, por lo que su combinación con el del ámbito en que se produce la adquisición es de suma importancia. La cuestión se complica más cuando las adquisiciones se hacen con doble finalidad, por ejemplo, por un empresario para destinarlo a su esfera privada, aún tratándose de una actividad propia de su actividad empresarial; o cuando se adquieren varios bienes, algunos de los cuales sirven para la empresa y otros para el privado. En este último caso puede incluirse el uso del coche o del teléfono, que unas veces se destina a las actividades empresariales y otras a las privadas.

En estos casos no debemos olvidar que el consumidor es una ficción legal,²⁶⁶ que se crea a partir de la apariencia que existe en el momento de la contratación, no pudiéndose entrar a considerar caso por caso si concurren todas las condiciones que el legislador estableció. Los árbitros valorarán aspectos como la cantidad del producto que se adquiere, la naturaleza del mismo, el empleo de membrete de alguna empresa en los pedidos, etc. Si de todo ello resultara que aparentemente se contrató como empresario, habrá de demostrar que, a pesar de todo ello intervino como consumidor, probando que los bienes o servicios fueron destinados al ámbito privado. Aún así, la apariencia de empresario con que actuó y en el ámbito profesional en que se incardina su adquisición, habrían llevado al otro empresario contratante a un equívoco no desea-

²⁶¹ BERCOVITZ, A., "Ámbito de aplicación...", pp. 117 y ss.

²⁶² Una crítica a la terminología de la LGDCU en BERCOVITZ, A., "Ámbito de aplicación...", p. 125.

²⁶³ BERCOVITZ, A., "Ámbito de aplicación...", pp. 126 y ss.

²⁶⁴ Así también MURZA, *Sistema...*, o.c., p. 68.

²⁶⁵ "La protección de los consumidores se plantea dentro del mercado y frente a quienes producen o comercializan en él sus productos o servicios" (BERCOVITZ, A., "Ámbito de aplicación...", p. 135).

²⁶⁶ BERCOVITZ, A., "Ámbito de aplicación...", p. 129.

ble. Por otro lado, si el fundamento de la normativa que se está estudiando es la de superar el desequilibrio en que el consumidor se encuentra al relacionarse con un profesional, este argumento se disipa en el caso que se comenta, el de un consumidor que actúa con apariencia de empresario.

En los referidos supuestos, probada la apariencia de empresario, del solicitante del SAC, la JAC rechazará dicha solicitud. Si contra tal decisión protestara, afirmando no obstante su condición de consumidor, se le exigirá que lo acredite. Si la JAC estimara suficientemente probada aquella condición, admitirá la solicitud, sin perjuicio de que de todo lo actuado se de traslado al empresario reclamado, a fin de que éste pueda oponerse al arbitraje y someter a crítica las pruebas presentadas ante la JAC, en la que no ha sido oído. De esta manera, será el colegio arbitral quien tendrá la última palabra, más tarde.

Diferente es el supuesto de quien actúa aparentemente como consumidor, siendo en realidad empresario. La misma apariencia y seguridad jurídica arriba indicadas llevan a desplegar la sombra protectora del Derecho de consumo sobre quien así actuó, sin perjuicio de que el empresario oponente, sobre quien pesa la carga de la prueba,²⁶⁷ logre dismantelar tal falacia.

Donde ya sí que no cabe entrar es en si a pesar de tratarse de un genuino consumidor, precisa o no la protección que el Derecho de consumo dispensa. Así, cuando el consumidor resulte ser un magnate de los negocios, o un profesional con preparación y experiencia suficientes, etc. Incluso aunque pensáramos que, dadas las circunstancias concurrentes, si se ha producido un desequilibrio, esta vez ha sido a la inversa, dado el peso económico o profesional del consumidor.²⁶⁸

2. LA PERSONA JURÍDICA COMO CONSUMIDOR

Aunque lo habitual sea pensar que el consumidor es una persona física, no cabe excluir *a priori* a las personas jurídicas, pues las mismas pueden ser también destinatarias finales de bienes o servicios, sin que éstos vayan a ser integrados en ningún proceso de producción o de comercialización. Estaríamos en presencia de una persona jurídica que hace las veces de *consumidor jurídico*, mientras que sus integrantes asumen la posición de *consumidores materiales*, quienes, precisamente gracias a que aquella realizó el acto de adquisición, gozarán de la cobertura del Derecho de consumo.

Lo esencial es que la persona jurídica no mantenga una relación onerosa con sus socios. Así se entiende que las cooperativas de consumidores no puedan ser tenidas por consumidores, a pesar de que la LGDCU las asimile a las asociaciones de consumidores.²⁶⁹ Ni siquiera éstas han de equipararse necesariamente a los consumidores, dentro del SAC. Sí, en cambio, lo puede ser una comunidad de propietarios —aunque propiamente no es una persona jurídica—, en cuanto que adquiere bienes y servicios para sus comuneros, sin lucro alguno, sino para satisfacer unas necesidades que son tenidas o sentidas en común.

²⁶⁷ Así BERCOVITZ, A., “Ámbito de aplicación...”, p. 132, apoyándose en el art. 51 CE y en la LGDCU.

²⁶⁸ BERCOVITZ, A., “Ámbito de aplicación...”, p. 111.

²⁶⁹ BERCOVITZ, A., “Ámbito de aplicación...”, p. 136.

En consecuencia, se requiere que la persona jurídica no tenga finalidad de lucro y que sus transmisiones a los socios se efectúen a título gratuito, de la misma forma que ocurre en el ámbito familiar.²⁷⁰

3. NOCIÓN DE EMPRESARIO

Siendo la idea central de todo el Derecho de consumo la situación de desigualdad en que se encuentran los consumidores respecto de ciertas personas, es obvio que los conflictos en esta materia sólo podrán producirse entre aquéllos y éstas. Resulta indiferente al respecto el nombre con que sean designadas. Tanto da que se las llame empresarios como comerciantes o profesionales. La nota distintiva es que el acto que realizan forma parte de una actividad empresarial, de una organización, de un engranaje que es establecido con dedicación, previsión y profesionalidad; circunstancias que no concurren en el consumidor.

No considero oportuno trasladar aquí todas las nociones y discusiones habidas en el Derecho mercantil acerca de lo que debe entenderse por empresa y empresario; ni tampoco las propias del Derecho fiscal. Aquí el concepto es diferente. Seguramente más amplio. No se encuentra claramente definido tampoco en la LGDCU.²⁷¹ Pero en toda ella y en las demás materias propias del Derecho de consumo late la idea de que de quien debe de ser protegido el consumidor es de aquél que, en su relación con éste, ocupa una posición de supremacía, derivada del modo en que realiza su actividad: con una preparación, formación y habitualidad de que adolece el consumidor.

En este sentido “empresario” es toda empresa constituida que acude al mercado; pero también lo son los profesionales liberales —el término “profesional” es el preferido por la normativa comunitaria, más que el de empresario o comerciante—. Y la LGDCU incluye a la propia Administración.

Dentro de esa perspectiva, deben las JAC y los árbitros contemplar la figura del empresario, interpretando flexiblemente las normas del arbitraje de consumo y las reguladoras de cada derecho. En cualquier caso —vuelvo así a insistir en la misma idea, pero es que ésta es la que impregna todo el arbitraje—, la voluntad de las partes es lo definitivo en esta cuestión. Si alguien ocupa una posición dudosamente calificable de empresario, pero acepta el arbitraje de consumo, a solicitud del consumidor, la voluntad de ambos prima sobre cualquier duda y discusión sobre su calificación o no como empresario, dotando al arbitraje de validez plena, no dejando hueco en que fundar un eventual recurso de anulación. En cambio, la cuestión de si ese concreto arbitraje puede o no discurrir por el SAC, habida cuenta de que hay dudas sobre si es o no empresario el reclamante, debe tenerse como secundario, porque en nada perjudica a la validez del laudo que en su día se dicte.

La forma jurídica es indiferente: persona física o jurídica, empresa pública o privada. Lo que ya resulta más difícil es que la administración pueda someterse al arbitraje, si no tiene facultad para transigir. No obstante, ocupa una posición más que suficiente como para poder equipararse a efectos del SAC, como empresario. cuestión

²⁷⁰ BERCOVITZ, A., “Ámbito de aplicación...”, pp. 136 y ss.

²⁷¹ Vid. BERCOVITZ, A., “Ámbito de aplicación...”, p. 134.

aparte será la de que la normativa aplicable al supuesto concreto que se suscite reconozca o no facultad para transigir. En caso negativo, el arbitraje quedaría excluido; en caso afirmativo, quedaría abierta esta vía. Pero ya no se puede discutir sobre si la administración es o no asimilable al empresario; su superior posición lo hace sin duda equivalente. Será la indisponibilidad de la materia litigiosa la que excluya el arbitraje. Y esto último, insisto, depende de la normativa que lo regule en cada caso.

4. LOS ARRENDAMIENTOS

Un caso especial al que aquí también quisiera hacer alguna referencia es el de los arrendamientos, pues con frecuencia acuden al SAC arrendatarios de viviendas, cuyas solicitudes no son admitidas por no consistir en actos de consumo. Sobre este tema quisiera hacer alguna consideración, pues en todos estos casos el arrendatario, quizás no sin razón, se siente defraudado, pues él sí que considera que es un consumidor. Nuevamente conviene recordar aquí que el concepto de consumidor es introducido por la Ley atendiendo a la protección jurídica que se le quiera dispensar. Partiendo de esta idea el Presidente de la JAC y los árbitros han de efectuar algún tipo de reflexión cuando se insta su intervención heterocompositiva.

En primer lugar, el arrendatario reúne todas las condiciones, normalmente, para ser tenido por consumidor, en cuanto que es destinatario final de la vivienda: él mismo, su familia o ambos. La dificultad se encuentra en el arrendador quien, ordinariamente, es otro particular. No cabe duda de que si el propietario fuera una empresa cuyo negocio es el arrendamiento de viviendas, estaríamos ante una auténtica relación de consumo. Pero no es este el supuesto habitual.

Sin embargo, tampoco es infrecuente el caso en que el propietario tenga más de una vivienda para explotarlas mediante arrendamiento, actuando como un auténtico empresario, aunque para ello no se haya dado de alta en los impuestos correspondientes, ni declare IVA por su actividad. Pero esta actitud empresarial ocurre incluso aunque la vivienda sea una sola.

De otro lado, es generalizada la idea de que entre arrendatario y arrendador existe una posición no exenta de desequilibrio; precisamente, el que ha venido justificado desde hace tiempo la existencia de normas más o menos protectoras de los inquilinos.

Los anteriores argumentos son suficientes, en mi opinión, para propugnar una interpretación que permita asimilar los arrendamientos de vivienda a los actos de consumo, para facilitar su acceso al SAC. Por otro lado, si ambas partes —arrendador y arrendatario— están conformes en someterse al arbitraje de consumo, a nadie beneficia una interpretación rigurosa del concepto de consumidor que les vete esta vía de heterocomposición, alternativa de la jurisdiccional. Entiendo que difícilmente prosperaría un recurso de anulación fundado en que las relaciones arrendaticias no son de consumo. A tal conclusión cabe llegar por la coincidencia de dos razones. En primer lugar, porque usar el cauce del SAC para arbitrar un conflicto que no es de consumo no constituye ninguno de los motivos de anulación del art. 45 LA. Segundo, porque si ambas partes acuden de común acuerdo al SAC, la doctrina de los propios actos las deslegitimaría para promover recurso alguno en el que arguyeran la falta de idoneidad del SAC para solventar este tipo de conflictos. A lo sumo, la propia administración

podría intervenir, argumentando que para estos casos no se ha previsto un arbitraje gratuito, con lo que se estaría haciendo un uso indebido de los fondos públicos. Aún así, más que suficientes me parecen los argumentos que se han dado para, cuando menos, propugnar el carácter de consumidor del inquilino.

El carácter de empresario se puede postular para el arrendador, desde el mismo instante en que éste gestiona su propiedad como si de un empresario se tratara, procurando el máximo beneficio y concurriendo al mercado, a través de anuncios en la prensa, inmobiliarias, agentes de la propiedad inmobiliaria, etc. A ello debe añadirse que en su relación con el arrendatario ocupa una posición preponderante, como antes se ha visto, que ha justificado la actitud tuitiva del legislador en esta materia.

Diferente es el caso de los locales de negocio, pues, como su propia denominación indica, son aquéllos que van a ser incorporados a la producción, es decir, al ámbito de una empresa, actuando como tal. Sin duda que aquí el arrendatario no es consumidor. Tampoco lo es el propietario, conforme a los argumentos que más arriba se dieron. Es claro que este tipo de arrendamientos no pueden ser objeto del arbitraje de consumo, pues ninguna de las partes asume la condición de consumidor.

Vuelve a erguirse ante nosotros, como trascendental cuestión, la del valor de las normas del RDSAC. Para resolverla es preciso advertir que sólo las normas que afectan esencialmente al convenio y procedimiento arbitrales y al laudo interesan a la nulidad o no de éste —vid. art. 45 LA—. Los defectos en el procedimiento sólo fundan la anulación cuando han sido afectados los principios de audiencia, contradicción e igualdad. Cualquier otro defecto no es trascendente a este fin. Con ello, la limitación del SAC impuesta por el RDSAC no tiene otro alcance que el de norma reglamentaria de la institución arbitral, similar a la que pueda darse para sí misma cualquier otra corporación que asuma también funciones arbitrales, por lo que tales entidades y las partes pueden disponer de tales normas. No son normas imperativas. Así, si los árbitros han consentido una modificación en el procedimiento marcado por el RDSAC, no siendo esencial y estando consentida por las partes, la trasgresión de la norma reglamentaria que ello comporta no será suficiente para fundar la anulación del laudo, pues no ingresa en ninguno de los motivos tasados de anulación del laudo.

En cuanto a la limitación del objeto arbitrable a los actos de consumo, siendo cierto que está establecida por la LGDCU, no sólo por el RDSAC, con el aval que supone la DA 1.^a LA, no basta para constituir ninguno de los motivos de anulación del laudo, ni siquiera del art. 45.4 LA. En realidad, el reconocimiento expreso que la LA hace del SAC no sería necesario, dado que sin él también se estaría ante un arbitraje plenamente eficaz. La diferencia que el SAC tiene respecto de cualquier otro arbitraje reside en que es innecesaria la protocolización del laudo, sin que para este beneficio se le imponga ninguna trascendental condición. Por eso hay que concluir que las limitaciones especiales que se imponen en la LGDCU y en el RDSAC son más bien autolimitaciones, de carácter contingente, que no pasan a engrosar ninguno de los motivos de anulación del laudo. La prohibición de laudar sobre materia indisponible, que es la que se contiene en los arts. 1 y 2 LA, y a la que se refiere el art. 45.4 LA, sigue intacta, sin que sus términos se hayan dilatado como consecuencia de las especiales normas del SAC.

5. LOS SEGUROS

La materia de los seguros en el arbitraje de consumo, requiere de alguna atención también en cuanto a los sujetos, como ya se había avisado más atrás. Son dos las cuestiones que aquí quisiera abordar. De un lado, qué sujetos son los que pueden acudir al SAC, de los enumerados en el artículo 61 LOSSP. De otro, si la condición de empresario del asegurado o de alguno de aquéllos sujetos excluiría la vía del SAC.

En cuanto a lo primero, el art. 61 LOSSP hace mención de los conflictos que pueden surgir entre tomador, asegurado, beneficiarios, terceros perjudicados o los derechohabientes de todos ellos, de una parte, y las entidades aseguradoras, de otra. La unidireccionalidad del SAC excluye como actores —con la salvedad de la reconvenición— a las aseguradoras. La cuestión se estriba en si todos los mencionados en el art. 61.1 pueden hacer uso de la vía del arbitraje de consumo, que se menciona en el art. 61.2 LOSSP. Debemos reconocer que es en relación con los terceros perjudicados donde se produce la mayor dificultad, pues los tomadores, asegurados y beneficiarios, pueden encajar en los conceptos de consumidor jurídico y de consumidor material.

La posibilidad que tienen los terceros perjudicados de dirigirse contra las entidades aseguradoras es la que ofrece la acción directa, del art. 76 LCS,²⁷² que no es otra cosa que sustituir al asegurado por el asegurador. Esta acción directa ha sido concebida en favor del perjudicado, para aumentar su protección, la cual puede dirigir contra un obligado solidario de mayor solvencia que el asegurado, generalmente, no siéndole oponible las excepciones que éste pueda esgrimir contra el asegurador. La compañía aseguradora, insisto, ocupa el lugar del asegurado, dentro de los límites de los riesgos cubiertos por el contrato, sin que se le puedan oponer las excepciones que deriven de la relación de seguro, ni siquiera la mala fe del asegurado. Tales excepciones tendrán su lugar en la acción de retorno que le cabe a la aseguradora frente al asegurado, y por la que se puede obtener el resarcimiento de lo satisfecho en virtud del ejercicio de la acción directa.

El problema que aquí se está tratando es el de si, estando una aseguradora adherida al SAC mediante la correspondiente OPS o por cláusula arbitral, ocurrido el siniestro, el tercero perjudicado puede forzar a aquélla a la solución arbitral.²⁷³ La respuesta, a mi juicio, ha de ser afirmativa, mientras que la OPS no contenga ninguna limitación.²⁷⁴ La voluntad de la LOSSP es clara a este respecto, pues la enumeración que hace de los sujetos en el párrafo 61.1 no sufre ninguna excepción en el 61.2.

²⁷² Art. 76 LCS: “El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado está obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido”.

²⁷³ Si no existiera una OPS previamente, el problema no se suscita, pues en este supuesto la entidad aseguradora es libre de vincularse o no al arbitraje: impera la autonomía de la voluntad de ambas partes.

²⁷⁴ “Respecto del perjudicado, la solución debe ser cabalmente la contraria. El convenio arbitral inserto en la póliza de seguro tan sólo vincula a las partes que lo suscribieron (tomador y asegurado) y no a terceros que puedan beneficiarse de la existencia de dicho seguro. De esta forma, el perjudicado sólo podrá ser obligado a someter la

De otra parte, también apoya esta opinión la Exposición de Motivos de la propia LOSSP, donde se afirma que “la experiencia adquirida, desde la entonces novedosa regulación de la protección del asegurado en 1984,²⁷⁵ ha permitido depurar las instituciones que tienden a la protección del mismo, ampliando tal protección a *los terceros perjudicados* en el ámbito del seguro de responsabilidad civil, por corresponder ambas protecciones a idéntico fundamento; se perfeccionan los mecanismos de protección, tanto en el crédito singularmente privilegiado a que se refiere el artículo 59, cuanto en la adecuación de los mecanismos de solución de conflictos que configura el artículo 61, teniendo muy presente la nueva regulación del arbitraje, así como remitiendo el mecanismo arbitral *sui generis* al de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios; y, finalmente, se introduce, bien que con carácter potestativo, la figura del ‘defensor del asegurado’ en su artículo 63”. Como se aprecia, expresamente se hace mención del tercero perjudicado y de su protección a través de diferentes vías, entre las que incluye, literalmente, “el mecanismo *sui generis* al de la LGDCU”. La voluntad del legislador es clara.

En cuanto a la exigencia de que el solicitante sea consumidor y, consecuentemente, que no sea empresario, caben las siguientes reflexiones. Si aplicamos *mutatis mutandi* la normativa del SAC a la materia de seguros, resultará que todos aquellos seguros suscritos por quien es empresario, no podrán ser tramitados por esta vía alternativa. Habría que preguntarse si lo realmente trascendente aquí es o no el carácter de empresario del asegurado, o del tomador, o del beneficiario, o del tercero perjudicado..., etc. Además, las cuestiones se complican más por la coincidencia de posibilidades diferentes: ¿podríamos llegar a afirmar que si el asegurado es un empresario, el perjudicado, que no lo fuera, no podría optar por el SAC? ¿o que con independencia de quienes figuren en la póliza, lo relevante será el carácter —empresario o consumidor— de quien solicite el arbitraje, de manera que en virtud de una única póliza, dependiendo de quien sea el que reclame, se admitirá o no el arbitraje de consumo? Estas últimas variantes no parecen muy coherentes. A mi juicio, donde la Ley no distingue no lo podemos hacer nosotros. Ni en el artículo 61 ni en la Exposición de Motivos de la LOSSP se ha hecho ninguna diferencia entre asegurados empresarios y los que no lo son. Además, en ningún texto legal relativo a los seguros se hace ese distingo, de manera que el principio *pro asegurado* vale para todos en todos los supuestos, incluso en éste. Por eso considero que el SAC constituye una vía utilizable tanto por consumidores como por empresarios, cuando se trata de materia de seguros.

Cabe añadir que toda la especial legislación de protección al consumidor se establece desde que el ordenamiento se ha hecho consciente de la desigual posición de éste respecto del empresario o comerciante. Lo cual se ha traducido, desde la perspectiva de un objeto litigioso nimio, en la construcción del vigente SAC, como alternativa que facilite el acceso a la justicia de los consumidores. Ciertamente no es idéntico el caso de los seguros. En esta materia la situación a garantizar es la del asegurado, fundamentalmente, y en su favor se ha venido desarrollando una compleja normativa especializa-

cuestión a arbitraje si es él mismo quien otorga un convenio arbitral con el dañante o con la autoridad aseguradora. Sin embargo, en estos casos se plantea una nueva interrogante: si el convenio arbitral se concierta con el dañante ¿queda vinculado el asegurador?; ¿y si es con éste último, quedará vinculado el primero? En mi opinión, en ambos casos la respuesta es claramente negativa” (REGLERO, *El arbitraje...*, o.c., p. 133).

²⁷⁵ Su precedente se encuentra en el art. 34 LOSSP.

da. La designación del SAC como una vía de solución, no significa que sólo los consumidores o usuarios de seguros puedan acudir a ella, con exclusión de los asegurados que sean comerciantes o empresarios en general —propriadamente consumidores sólo lo serían los tomadores del seguro—. Si así se pensara, habríamos reducido el ámbito tuitito que la legislación de seguros quiere dispensar a los asegurados, la cual no distingue nunca, ya lo he dicho, entre comerciantes y consumidores.

6. CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN

Es una referencia conocida la afirmación de GUASP de que “cuando la Ley exige, en el artículo 13, que la capacidad para comprometer sea la que se exige para enajenar, realmente, más que un problema de aptitud, está suscitando un problema de legitimación. No es que el que no pueda enajenar no tenga capacidad para comprometer; es que no está legitimado para disponer del objeto concreto sobre el que su compromiso recae. En este sentido, es el concepto de poder de disposición, manejado por el derecho civil, y análogo al concepto de legitimación que la ciencia procesal hoy ha exportado el que debe tenerse en cuenta para comprender el requisito a que se refiere el artículo 13 de la nueva Ley. Sin poder de disposición del objeto sobre que se compromete, el compromiso no es válido, porque las partes no se hallan legitimadas para verificarlo”.²⁷⁶

La identificación entre capacidad y legitimación la propugnan también OGAYAR²⁷⁷ y REGLERO. Este último señala que para el convenio arbitral se precisa reunir capacidad general de obrar y libre disposición del derecho que es objeto del convenio, estimando que no pueden comprometer quienes o son incapaces o no tienen la libre disposición del derecho objeto del convenio; advierte, finalmente, siguiendo a GUASP, que la libre disposición no interesa a la capacidad sino a la legitimación.

Entiendo que es complicar las cosas más de lo necesario, no alcanzando a ver el servicio que puede prestar trasladar un concepto procesal fuera del proceso, incluso a un momento anterior al mismo arbitraje. La utilidad me parece aún más remota cuando el concepto que se utiliza es el de la legitimación, tan discutido por la doctrina. Por otra parte, tampoco se justifica su presencia cuando de lo que se trata es del convenio arbitral; si acaso podría comprenderse un recurso al mismo cuando sea el arbitraje lo que se contemple.

Si la legitimación implica la conexión entre el sujeto y la titularidad del derecho discutido, la ausencia de aquélla no hará ineficaz un convenio arbitral, si en virtud de éste se sigue un arbitraje que concluye con un laudo donde se declare que ciertamente

²⁷⁶ *El arbitraje...*, o.c., p. 120. Obviamente, las referencias a la Ley que se hacen en el texto transcrito se refieren a la LADP.

²⁷⁷ “La capacidad genérica para contratar no suscita problema alguno, y, en principio, sería suficiente para comprometer; pero, como la finalidad del compromiso es, en suma, disponer del objeto sobre el que aquél recae, el que no tiene ese poder de disposición no puede comprometerse válidamente, por lo que no es suficiente la capacidad general para contratar si el compromiso afecta a bienes para cuya enajenación requiere el Código civil una capacidad especial o el cumplimiento de requisitos peculiares. [...] Es, pues, el poder de disposición análogo al concepto de legitimación del Derecho Procesal, el que hay que tener en cuenta para comprender el requisito a que se refiere este artículo. Sin poder de disposición del objeto o del bien sobre el que se compromete, no es válido el compromiso, porque las partes no están legitimadas para verificarlo” (*Comentarios...*, o.c., pp. 149 y ss.).

no existe aquélla titularidad. En este supuesto, el convenio ha sido eficaz, ha fundamentado un arbitraje. Insisto, acudir a la legitimación cuando de lo que se está tratando es de los requisitos contractuales, pues contrato es el convenio arbitral, sólo sirve para trasladar a este campo un polémico concepto procesal, sin que realmente ello aporte nada.

Más clara estarán las cosas si se diferencia adecuadamente materia y cuestión litigiosa. La existencia del convenio arbitral requiere la definición de la materia que se sustrae a la vía judicial. Con eso basta, aunque normalmente se determine más la materia por referencia a alguna relación jurídica, quizás incluso a la cuestión litigiosa. Pero lo que es indispensable para que exista el convenio arbitral es la referencia a una materia. Para celebrar válidamente así el convenio arbitral se requiere simplemente capacidad de obrar. En cambio, la celebración del arbitraje, en su sentido estricto, sí requiere ya que las partes determinen la cuestión litigiosa que concretamente integre el objeto del mismo, y que forzosamente se enmarcará dentro del ámbito de la materia expresada en el convenio arbitral. Es en este punto donde la referencia a la legitimación se hace precisa.

Otra cosa es que en la práctica las posibilidades son múltiples, pues el convenio arbitral puede concluirse en un instante en que las partes ya pueden y desean concretar la relación jurídica concreta que les atañe y que vinculan al arbitraje, inclusive la concreta cuestión litigiosa. En este caso, la legitimación puede estar presente también en el instante de la celebración del convenio. Pero, no obstante, entiendo que ello no es decisivo para la validez del convenio. Si los árbitros lo aceptan, resultarán obligados a arbitrar, concluyendo necesariamente con un laudo, donde podrán resolver sobre si las partes carecen o no de legitimación. Es así como ésta, la legitimación, pasa a ser un aspecto que se considerará por los árbitros en el instante de pronunciar el laudo, pero que no influye para nada en la validez del convenio arbitral, ni obsta a que los árbitros cumplan con su obligación de laudar.

La afirmación de GUASP que al principio se transcribió, ha de situarse, para poder ser justamente comprendida, en el tiempo en que fue pronunciada, pues estaba referida a la LADP, donde se distinguían contrato preliminar de arbitraje y compromiso arbitral, con significados diferentes del que hoy otorgamos al actual convenio arbitral.

La lectura del artículo 1 LA es ilustrativa de que la orientación de la ley coincide con la interpretación que aquí se propone. Obsérvese que mediante el arbitraje lo que se somete a los árbitros son cuestiones litigiosas, y el convenio previo las puede delimitar, si es que ya han surgido, o simplemente referirlas a alguna materia, si es que son futuras. La mención que se hace a materias de su libre disposición sólo puede entenderse en el sentido de que el Derecho así lo consienta, sin perjuicio de que en el instante del convenio arbitral se tenga o no la libre disposición del derecho en cuestión, pues el mismo se puede adquirir en el futuro.

Trasladando estas reflexiones al SAC, encontramos que es preciso diferenciar el supuesto en que exista OPS de aquél en que no la hay. Si existe OPS, la reclamación del consumidor es suficiente para que el convenio arbitral quede formalizado —art. 6.1 RDSAC—, no pudiendo el Presidente de la JAC rechazarla por estimar que no existe legitimación activa o pasiva. A lo sumo, podrá hacer las indicaciones precisas, a fin de no constituir un colegio arbitral, sin que las partes sean las debidas, para evitar

los consiguientes gastos en tiempo y dinero. Así, por ejemplo, cuando se dirige contra un empresario que no es el que figura en las facturas u otros documentos que se aporten como prueba, la Junta Arbitral no puede rechazar la solicitud de arbitraje. Si acaso podrá pedir al consumidor que aclare contra quien se quiere dirigir realmente, advirtiéndole la falta de coincidencia detectada en los documentos. Si persiste en su intención, sólo resta designar el colegio arbitral, ante el que el empresario podrá aducir su falta de legitimación pasiva, concluyéndose en el laudo sobre la titularidad de la obligación aducida.

Distinto es el caso en que no existiera OPS. Si advertido el consumidor de la aparente falta de legitimación pasiva, persiste en su solicitud de arbitraje, la JAC dará traslado de la misma al empresario. Si éste accede a someterse al arbitraje, nada más cabe hacer, igualmente, que designar el colegio arbitral.

En uno y otro supuesto, como se puede ver, son los árbitros quienes deciden sobre si el empresario es quien efectivamente debe ocupar el lado pasivo, por ser el otro titular de la relación. Pero eso, vuelvo a insistir, formará parte del laudo que ponga fin al arbitraje. El convenio arbitral habrá surtido plenos efectos, el de fundamentar un arbitraje.

Lo dicho puede afirmarse igualmente si el defecto se refiere a la legitimación activa. Aunque de la documentación aportada se deduzca que no es quien reclama el titular del derecho en liza, nada obsta a que el convenio arbitral se formalice y finalmente, si las partes insisten en ello, sean los árbitros quienes decidan mediante el laudo.

Obsérvese que en todos los casos existe convenio arbitral. Por eso se celebra el arbitraje y por eso puede concluir con un laudo. Otra cosa será que en el laudo no se reconozca la falta de legitimación —activa o pasiva—. En este caso, el recurso de anulación si acaso, se podría fundar en el motivo 4.º del art. 45 LA: puntos que no pueden ser objeto de arbitraje porque alguna de las partes no tiene libre disposición sobre los mismos.

En ningún caso se podrá aducir que el convenio es nulo, pues en todos los supuestos descritos, ha sido debidamente formalizado, aunque luego la cuestión debatida pueda no vincular a las partes que lo han suscrito. Pero la afirmación que las partes hagan al respecto será enjuiciada por los árbitros y decidida en el laudo.

Hecha esta distinción, concluyamos afirmando que la capacidad que se requiere a las partes es la capacidad general de obrar, cuya carencia se suplirá en la forma generalmente establecida por el Código civil para transigir (arts. 1809 y ss.).

7. REPRESENTACIÓN Y DEFENSA DE LAS PARTES

Conviene que sea abordada la representación voluntaria en dos instantes sucesivos: en la formación del convenio arbitral y en la realización del arbitraje. Respecto del convenio arbitral, es preciso que se produzca un apoderamiento expreso, que no se puede incluir en el que se requiere para transigir.²⁷⁸ No obstante, se admite una pos-

²⁷⁸ Art. 1713 CC: “Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso”.

“La facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros o amigables componedores.”

terior ratificación, que puede ser tácita, por el mandante;²⁷⁹ posibilidad que acontecería en el arbitraje si las partes acuden ante los árbitros sin impugnar la representación de quien formalizó en su nombre el convenio arbitral. Las empresas y personas jurídicas resultan vinculadas, incluso para formalizar el convenio arbitral, por quienes realizan actos que en el tráfico jurídico que producen la apariencia de poder de gestor.²⁸⁰

La solicitud de arbitraje de consumo sirve para formalizar el convenio arbitral. Por este motivo se requiere que sea firmada por el propio consumidor, pudiéndolo hacer otra persona en su nombre, conforme a lo dicho en el párrafo precedente.

En cambio, cuando se trata de la representación ante el colegio arbitral, ya iniciado el procedimiento, topamos con la exigencia del art. 21.3 LA, según la cual “las partes podrán actuar por sí mismas o valerse de abogado en ejercicio”. Cuando la doctrina ha analizado esta exigencia de la LA ha partido siempre de la idea de que una cosa es la representación —legal, necesaria y voluntaria— en el arbitraje y otra la función exclusivamente de defensa, entendiéndose que para la primera no se establece ningún límite, mientras que para la segunda se requiere que el defensor sea un abogado ejerciente,²⁸¹ siendo un argumento decisivo que la LA utiliza siempre la expresión “representante”, mientras que sólo en el párrafo tercero del art. 21 cita al abogado en ejercicio.

Sinceramente, no se entiende muy bien la limitación contenida en el art. 21.3 LA, pues si el abogado es una garantía indudable para la vía jurisdiccional, no tiene por qué serlo en el arbitraje, donde las mejores defensas puede que sean las que realicen otras personas, sobretudo cuando se trate de arbitraje de equidad. De otra parte, no olvidemos que el artículo 20.1 LGDCU autoriza la representación de las asociaciones de consumidores en defensa de los derechos de los consumidores, contenidos en el art. 2.2 LGDCU.

En cualquier caso, esta es una norma cuya exigencia es difícil de cuidar en la práctica, pues no hay vía de impugnación del laudo dictado en un arbitraje donde una de las partes se hiciera defender por alguien que no fuera abogado en ejercicio. Esta disposición vela, aparentemente, por el interés de la parte, pero si ella misma no la respeta, no estará en condiciones de impugnar un laudo cuyo motivo de impugnación ha sido su propia transgresión de la norma. Tampoco imagino que pueda prosperar el recurso de la otra parte, sobre todo sino hizo previa protesta durante la tramitación del arbitraje: su argumento sería que la parte contraria no estuvo suficientemente defendida, a pesar de haber obtenido un laudo favorable. Sería realmente absurdo. Posiblemente esta norma se ha introducido más para velar por los intereses de los abogados que por los de las partes litigantes.

²⁷⁹ Vid. arts. 1259.II y 1227.II CC.

²⁸⁰ La falta de consentimiento de la sociedad anónima en un convenio arbitral debe rechazarse “por cuanto, como en el propio laudo arbitral se pone de manifiesto, la ostensible apariencia de poder gestor que en el tráfico presenta el Sr. D, quien contrata en nombre de la sociedad, requiere, etc., hace inoperante la alegación de la falta de representación frente a quienes precisamente han venido permanentemente invocando y ejerciendo la condición de representante de dicha mercantil y éste ha consentido, pero es que además, la propia configuración accionarial de esa sociedad, en la que los accionistas son familiares entre sí y el Sr. D ostenta la propiedad del 50% de las acciones y su esposa el 25%, no acreditándose además cual sea el régimen económico matrimonial, hace irresistible la pretensión estudiada al quedar claramente al descubierto la confusión patrimonial...” (SAP Álava, 16.02.93).

²⁸¹ CORDÓN MORENO, *El arbitraje...*, o.c., p. 95; MASCARELL, *Comentario...*, o.c., pp. 117 y ss.

IV

Estructura del Sistema Arbitral de Consumo

La estructura del SAC es establecida por el Gobierno, a través del RDSAC que se viene citando, como así fue autorizado por la Disposición Adicional Segunda, párrafo primero de la LA: “El Gobierno establecerá reglamentariamente la denominación, composición, carácter, forma de designación y ámbito territorial de los órganos arbitrales y demás especialidades del procedimiento y del régimen jurídico del sistema arbitral que prevé, en sus características básicas, el artículo 31 de la Ley 26/1984”.

Los órganos que estructuran el SAC son las Juntas Arbitrales de Consumo y los colegios arbitrales, si bien aquéllas tienen carácter permanente mientras éstos otros son tan fútiles como lo sea la cuestión litigiosa que se les somete, pues mientras aquéllas cumplen la función de administración del arbitraje y designación de los árbitros, como si de una institución o corporación arbitral se tratara, los otros desarrollan la función arbitral propiamente dicha, concluyendo con el laudo.

1. LAS JUNTAS ARBITRALES DE CONSUMO

El carácter permanente con que se constituyen las JAC, a diferencia de lo que ocurre con los colegios arbitrales, las convierte en el eje principal del SAC, además de que no sólo desarrollan funciones relativas a la administración del arbitraje, sino también otras de fomento del mismo, como se verá. Sin duda que vienen a constituir una institución arbitral, si bien sobre ellas no encajan en ninguna de las dos previsiones que se hacen en el artículo 10 LA, porque ni son Corporaciones de Derecho Público ni Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro.²⁸² Pero es lo cierto que la LA no define qué es una institución arbitral, pues en el artículo de referencia lo único que se hace es autorizar el arbitraje administrado, cosa que hasta entonces no era posible, imponiénd-

²⁸² MARÍN LÓPEZ, “El arbitraje de consumo: primeros pronunciamientos judiciales”, *Aranzadi Civil*, 1995, p. 21, n. 27: “Las Juntas Arbitrales de Consumo, tal como se caracterizan en el art. 3 RDAC no resultan incardinables en ninguna de las dos clases de entidades administradoras contempladas *expressis verbis* en el art.

doles, a las corporaciones y asociaciones que tal actividad pretendan, la condición previa de que su reglamento arbitral sea notarialmente protocolizado. Pues bien, la D.A. Segunda.1 LA —por tanto con el mismo rango legal que el art. 10 LA—, autoriza al Gobierno a que desarrolle un sistema de arbitraje institucionalizado cuya reglamentación, como es evidente, no precisa de ser protocolizada, pues no hay más publicidad ni fijeza que los reglamentos que se publican en el BOE, como lo ha sido en el presente caso el RDSAC.²⁸³ La protocolización tiene la finalidad de fijar definitivamente y con carácter público las normas del arbitraje, para dotar de seguridad jurídica a las partes que a él puedan acudir; lo que resulta innecesario cuando las normas reglamentarias han sido fijadas por Real Decreto. En esta normativa, como en todo reglamento, se comprenden disposiciones relativas a la organización y otras relativas al funcionamiento, todas las cuales van a ir siendo desgranadas en el presente trabajo.

Con lo dicho es claro que estamos también ante un arbitraje institucionalizado.²⁸⁴ Queda pendiente determinar la naturaleza de las JAC, pues ni son Corporaciones de Derecho Público ni Asociaciones de ningún tipo. Entiendo que no pueden ser otra cosa que órganos de la administración.²⁸⁵ Las JAC no tienen personalidad jurídica, siendo constituidas por cualquier administración mediante “acuerdos”²⁸⁶ con el INC, de la que dependen orgánica y económicamente. Sin embargo, la función que desarrollan es la arbitral, función regulada por el Derecho privado y que desemboca en un equivalente jurisdiccional. Esta mistura es lo que complica la decisión sobre el régimen jurídico de los diferentes actos de las JAC. No así ocurre con los colegios arbitrales, que sin duda se rigen por la LA. Será preciso que, para las JAC, se vayan observando las funciones que les corresponden y los actos que las desarrollan, uno a uno, para ir determinando el régimen aplicable.

El término “Junta”, con que son denominadas, es del todo improcedente, pues nadie se “junta” en ellas, salvo el Presidente de la misma, que a nadie preside, y el Secretario, actuando de las decisiones de aquél, entre otras funciones. Ignoro si el deseo del autor del reglamento era constituir alguna suerte de Junta en la que se sentaran los

10.1 LA. No son desde luego una corporación de derecho público, en el sentido que habitualmente se entiende este término: ni tampoco una asociación (privada) o una entidad sin ánimo de lucro, sino una actividad de las Administraciones públicas en colaboración con las asociaciones de consumidores y usuarios y las organizaciones empresariales. Sin embargo, la función de esas Juntas es administrar el arbitraje de consumo que voluntariamente le defieren las partes”.

²⁸³ Crítica DÍAZ ALABAR, “El arbitraje de consumo”, en *Estudios sobre el derecho de consumo*, 2.ª edic., Bilbao, 1994, p. 171, la repetición de normas de la LA en el RDSAC, por que puede ser fuente de confusiones, de manera que la previsión del art. 1 del citado reglamento, estableciendo la subsidiariedad de la LA, le parece un acierto.

²⁸⁴ CUÑAT EDO, “Las Juntas Arbitrales de Consumo”, en *Perspectiva jurídica del arbitraje de consumo*, pp. 14 y ss., dice que “las normas que configuran estas JAC, que se constituyen en el eje del sistema, permiten entender que es un arbitraje administrado, no un arbitraje administrativo —ni de derecho administrativo— pero sí administrado”.

²⁸⁵ CUÑAT, loc. ult. cit., sostiene que la conexión existente entre las JAC y la administración “no excluye que el arbitraje continúe siendo de derecho privado y simplemente sea administrado y fomentado, como veremos luego, por parte de estas JJAA que habrá que entender como órganos administrativos”.

²⁸⁶ Podemos estar ante una figura de encomienda de gestión, regulada en el artículo 15 LRJAP, y que se formaliza mediante un acuerdo o convenio entre las distintas administraciones, que deberá publicarse en el diario oficial correspondiente.

presidentes de los Colegios Arbitrales y los representantes de las Asociaciones de consumidores y de empresarios, cuya participación en el SAC resulta indispensable. Pero no es así en la realidad, por más que esta idea pueda ser plausible, con lo que el nombre de “Junta” es totalmente inadecuado.

A. Constitución de las JAC

Las JAC se constituyen por la Administración General del Estado, mediante un convenio o acuerdo entre el INC con alguna otra Administración, la cual le dotará de su correspondiente ámbito —municipal, mancomunidad de municipios, provincial o autonómico— (art. 3.2 RDSAC), si bien existe una de ámbito nacional, adscrita al citado INC (art. 3.1 RDSAC). De las competencias de unas y otras se tratará más adelante.

Quiero destacar un nuevo dato que complica más la naturaleza de las JAC, pues el art. 3.2 RDSAC señala que es la Administración General del Estado quien establece las JAC, mediante acuerdos con otras administraciones de inferior ámbito. Luego parece que las JAC son órganos de aquélla administración, más que de las inferiores que actúan de soporte económico, cuando menos. Para lo que realmente sirven los convenios citados es para que la Administración del Estado conceda la patente de arbitraje de consumo a alguna inferior administración, reglándose una serie de compromisos que ésta asume respecto de aquélla, quien siempre estará vigilante, pudiendo hacer cumplir lo pactado so pena de denunciar el convenio —lo que hasta ahora no ha ocurrido ni una sola vez, a pesar de la inoperancia de numerosas JAC—.

Las administraciones que actúan como soporte de las JAC asumen la obligación de dotarlas de los adecuados medios personales y materiales para que desarrollen sus funciones. A ellas corresponde la designación del Presidente y del Secretario de la JAC (art. 3.4 RDSAC), quienes asumen las funciones que el RDSAC les atribuye, además de ser los encargados, a fin de cuentas, de cumplir los términos del convenio que da vida a la JAC. En el convenio se suelen establecer también obligaciones de información recíproca, entre la JAC y el INC y de difusión del SAC.

No obstante lo anterior, las JAC no mantienen entre sí una relación jerárquica, ni siquiera respecto de la de ámbito nacional ni tampoco del INC.²⁸⁷ Son absolutamente autónomas en su funcionamiento, una vez constituidas. En cuanto que la designación de sus miembros se hace por la administración que la soporte, es con ésta con quien se debe establecer todo tipo de vinculaciones.

a. *Requisitos*

La Conferencia Sectorial de Consumo de 1992 —antes, por tanto, del RDSAC— estableció que se impulsaría la constitución de JAC locales en todas las poblaciones

²⁸⁷ “... la JA está siempre sometida a un órgano administrativo que será bien la Administración del Estado, bien el municipio, la mancomunidad o la autonomía, en definitiva quien corresponda, pero que no será un sistema que jerárquicamente dependa del INC, que es quien toma la iniciativa, ni tampoco de la Administración del Estado, sino que dependerá, y lo dice en algún otro precepto, del órgano respecto del cual se le coloque en situación de dependencia. Hay pues, iniciativa única, pero la organización puede estar descentralizada” (CUÑAT EDO, “Las Juntas...”, o.c., p. 16).

que fueran capitales de provincia o superaran los 100.000 habitantes y, además, así lo solicitara expresamente la corporación local, existiera una OMIC desde al menos dos años antes, y existieran Asociaciones de consumidores y empresarios. Junto a ello, el Plan Estratégico de Protección al Consumidor, dado para el trienio 1994-1997, recogió la necesidad de desarrollar plenamente el SAC, extendiéndolo más allá del nivel de las administraciones autonómicas. Sin embargo, la experiencia de los años que el SAC lleva ya funcionando ha aconsejado el establecimiento de unos requisitos tanto para la creación de nuevas JAC como para valorar la continuidad de las ya existentes, que se adoptaron en la 77.^a Reunión de la Comisión de Cooperación de Consumo, de noviembre de 1996.²⁸⁸

La finalidad que se persigue es la de asegurar un funcionamiento adecuado y eficaz del sistema, para lo cual se establecen unos requisitos relativos al ámbito territorial, infraestructura y funcionalidad. En todo caso, el INC, antes de suscribir cualquier nuevo acuerdo de constitución de JAC, solicitará, preceptivamente, informe a la Dirección General de Consumo de la Comunidad Autónoma donde se pretenda constituir la nueva JAC (si la decisión adoptada fuera contraria al informe, necesariamente habrá de motivarse) y comprobará si se cumplen los requisitos a que antes se hizo referencia, y que son los siguientes:

“1. De carácter territorial:

“1.1. El territorio al que va a extender su competencia la Junta deberá constar con un número de habitantes que justifique su creación. Asimismo serán tenidas e otras circunstancias, como el número de Juntas Arbitrales existentes en la misma provincia o en la misma Comunidad Autónoma.

“En principio, una misma provincia no deberá tener más de una Junta Arbitral, a no ser que el elevado número de habitantes de ésta lo justificara, como es el caso de los grandes municipios como Madrid o Barcelona o que las características geográficas lo demandaran.

“1.2. En el territorio que vaya a abarcar el ámbito competencial de la futura Junta Arbitral habrá de existir, al menos, una Oficina de Información al Consumidor (OMIC).

“1.3. La sede de la Junta Arbitral, debe estar ubicada en un lugar adecuado para su uso, resultadn aconsejable que aparezca claramente diferenciada de la OMIC.

“2. De infraestructura:

“2.1. La Junta Arbitral deberá disponer de los medios materiales y personales necesarios para su funcionamiento, extremo que se dará a conocer al INC con anterioridad a la firma del Convenio.

“2.2. Al menos el Secretario o el Presidente de la Junta será Licenciado en Derecho.

²⁸⁸ Me consta que, no obstante los anteriores acuerdos, se han continuado creando JAC que no se ajustan a las condiciones establecidas; San Fernando, 86.000 habitantes (1998); Miranda de Ebro, 36.800 (1998), por ejemplo, donde no se respetó el requisito del número de habitantes.

“3. De carácter funcional:

“3.1. La junta proporcionará al INC información sobre las Asociaciones de Consumidores y Usuarios y las Asociaciones Empresariales que existan en su territorio.

“3.2. La Junta Arbitral deberá comprometerse a aceptar un seguimiento continuo de la actividad por parte del INC y coordinar su actuación con la Junta Arbitral de la Comunidad Autónoma a la que pertenezca en lo que respecta a:

- La existencia de un flujo continuo de información recíproca.
- El compromiso de asistencia por parte del personal a cursos de formación organizados para la buena marcha del sistema.
- El envío al INC de estadísticas de funcionamiento con carácter periódico y, al menos, semestral.
- Visitas a la Junta por parte del personal del INC y la asistencia de éste a alguna audiencia.

“3.3. La Junta Arbitral deberá realizar una Campaña de difusión del arbitraje de consumo en su ámbito territorial en el plazo máximo de seis meses desde su constitución.

“3.4. Las Administraciones correspondientes se comprometerán en los respectivos Convenios a poner en funcionamiento la Junta Arbitral, con el cumplimiento de todos los requisitos.

“3.5. La Junta Arbitral deberá ajustar su actuación en el seguimiento del procedimiento a las instrucciones y criterios normativos dictados por el INC y previamente sometidos a consideración de la Comisión de Cooperación de Consumo”.²⁸⁹

Quisiera resaltar uno de los requisitos que se señalan en la relación aprobada en la 77.^a Reunión de la Comisión de Cooperación de Consumo; me refiero al relativo a la separación entre la OMIC y la JAC. Realmente las OMIC cumplen un interesante papel en la mediación de los conflictos entre consumidores y empresarios, que no puede desconocerse a la hora de constituir alguna JAC. Pero, en cuanto que las OMIC sirven esencialmente al interés del consumidor unido a que la JAC tiene facultad decisoria, no es nada conveniente que consumidores y usuarios las asimilen, pues sus funciones son esencialmente diferentes, pudiendo resultar gravemente perjudicada la imagen de imparcialidad que las JAC deben tener. Mediación y decisión son dos funciones que deben estar separadas siempre, y aún más en el caso de las OMIC, que sirven a la defensa de los intereses de una de las partes.

b. *El monopolio del Estado*

El Tribunal Constitucional ²⁹⁰ ha establecido que, al incardinarse el SAC dentro de los equivalentes jurisdiccionales, constituye materia atribuida a la competencia del

²⁸⁹ Memoria 95-96 del Sistema Arbitral de Consumo, INC, pp. 7 y ss.

²⁹⁰ SSTC 15/1989 y 62/1991.

Estado en exclusiva, sin que otras inferiores tengan competencia alguna (ex art. 149.1.5, 6 y 8 CE).

Pero las sentencias del TC que se expresan merecen algún detenido comentario. Respecto de la STC 15/1989,²⁹¹ de 26 de enero, es preciso indicar que la cuestión de la constitucionalidad o no del SAC es tratada de paso. Se trata de la acumulación de los diferentes recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la LGDCU, a cuyo artículo 31 —instaurador de nuestro sistema—, se opone la Junta de Galicia, sin aducir argumento. En las alegaciones del Abogado del Estado se señala que “la impugnación por parte de la Junta de Galicia de este precepto ni siquiera es objeto de mención en la parte de su escrito que supuestamente se dedica a la fundamentación pormenorizada de cada precepto concreto, lo que bastaría ya para la desestimación, si *no resulta tan obvia la inconsistencia de la impugnación, al ser materia regulada —el establecimiento de un sistema general de arbitraje— típicamente estatal (art. 149.1.6 y 8 de la Constitución)*” —las cursivas son mías—. La sentencia se hace eco pleno del argumento del Abogado del Estado y deja sentado que “el establecimiento de un sistema general de arbitraje es materia que incuestionablemente ha sido atribuida a la competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6 y 8 CE), por lo que ninguna tacha de inconstitucionalidad cabe oponer al art. 31”.

La STC 62/1991,²⁹² de 22 de marzo, pone fin a un recurso de inconstitucionalidad y a un conflicto positivo de competencias, promovidos por el Gobierno de la Nación contra varias disposiciones emanadas del Parlamento de Galicia y de la Junta de la misma Comunidad. En concreto el Abogado del Estado impugna el párrafo segundo del art. 31 del Estatuto Gallego del Consumidor, pues “la atribución a la Comisión Consultiva de funciones de arbitraje carece de fundamento, tanto si se trata de una remisión a la potestad normativa del Gobierno autonómico, pues es una regulación de naturaleza jurídico-procesal; como si se pretende prefigurar para el ámbito autonómico el sistema previsto por el art. 31.1 de la ley estatal 26/1984”.

A este argumento se opuso el Letrado de la Junta de Galicia afirmando que “el arbitraje al que se refiere el precepto no constituye en puridad lo que se entiende como funciones arbitrales de naturaleza jurídico-procesal. Se trata de una función arbitral de la Administración equidistante de su potestad ordenadora y de la esfera estrictamente privada, que se integra en la competencia reconocida por el art. 27.5 del Estatuto Autonomía de Galicia”. El Parlamento gallego argumentó que “lo que se establece en el apartado segundo de dicho artículo es solamente la posibilidad de que las partes, mediante compromiso expreso, puedan acordar someter sus diferencias en materia de consumo a la Comisión. Se trata de un acuerdo válido y obligatorio a la luz del art. 1255 del Código Civil. Por tanto, no es aplicable a este tipo de arbitrajes la legislación estatal que, por ser materia jurídico-procesal, corresponde al Estado”.

La decisión del TC, en el último párrafo de su fundamentación, es que “el establecimiento de un sistema de arbitraje, como dijimos en la STC 15/1989, F.j. 9 b, es materia atribuida a la competencia del Estado por los títulos competenciales del art. 149.1, 5 y 6, pues, siendo el arbitraje un ‘equivalente jurisdiccional’, mediante el cual las par-

²⁹¹ Ponente LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN.

²⁹² Ponente VICENTE GIMENO SENDRA.

tes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia, tal y como lo confirma la supletoriedad que respecto del art. 31 de la Ley 26/1984 establece la disposición adicional primera de la Ley estatal 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, por lo que, tanto el segundo párrafo del art. 31 de la Ley gallega como el art. 6 del Decreto 37/1985 invaden la competencia estatal”.

Dejando a un lado la falta de coincidencia en los párrafos del artículo 149 CE en que una y otra sentencia se apoyan, posiblemente debido a que los ponentes son de diferentes especialidades jurídicas, civilista en el primer caso, procesalista en el segundo, sorprenden los argumentos utilizados contra el recurso del Gobierno por la Junta (“...no constituye en puridad lo que se entiende como funciones arbitrales de naturaleza jurídico-procesal”) y el Parlamento (“...no es aplicable a este tipo de arbitrajes la legislación estatal que, por ser materia jurídico-procesal, corresponde al Estado”) gallegos, que sólo podrían producir una decisión como la de la STC 62/91, proclamando la exclusiva competencia del Estado sobre el arbitraje.

Sin embargo entiendo que una cosa es declarar la exclusiva competencia del Estado sobre la legislación procesal civil, entre la que se encuentra el arbitraje, y otra diferente es afirmar que sólo el Estado tiene competencia para la creación de órganos arbitrales y para establecer un procedimiento arbitral. Esta afirmación necesita algunas matizaciones, pues no puede llevarse al extremo de negar que los particulares u otras entidades puedan constituir órganos arbitrales y administrar el arbitraje. Si así fuera, qué sentido tendrían los arts. 9.2 y 10 LA, ensalzados por la doctrina al consentir, por primera vez en nuestro ordenamiento, el arbitraje institucionalizado.

Justamente ésta es la vía que tiene la Comunidad gallega, como cualquiera, para establecer un conjunto de órganos y un procedimiento arbitral, al servicio de los consumidores o de quien se quiera, de la misma manera que lo pueden hacer los Colegios de Abogados, las Cámaras de Comercio, Asociaciones al efecto constituidas, etc. El único límite es el respeto a la legislación estatal a que se refiere la STC 62/91. Esta normativa constituye el marco dentro del cual sí que se pueden constituir órganos y procedimientos arbitrales perfectamente válidos. Concluir que esa competencia es exclusivamente estatal, arruinaría las expectativas puestas en el arbitraje desde que la nueva LA vio la luz, sin que el argumento constitucional permita, además, llegar a tal extremo. No es esa la interpretación que cabe hacer de la CE ni creo que sea la que se quiso por la STC citada.

Por otra parte, la referencia que se hace al reconocimiento del SAC por la LA, en sus disposiciones adicionales, es perfectamente justificable si se piensa que la LGDCU, donde se instaura aquél por primera vez, venía a ser una excepción a la LADP, que era la entonces vigente, y a la propia LA, en lo relativo a la protocolización del laudo. Pero nada más significa su acogimiento en las referidas disposiciones finales, pues en todo lo demás sigue la LA, verdadero marco del cualquier arbitraje. En su seno cabe desarrollar cualquier fórmula arbitral, sin riesgo de inundar las competencias estatales al respecto.

B. Composición de las JAC

Como ya se ha dicho más arriba, la denominación de “Junta” es inapropiada para designar un órgano que sólo integra una persona, su Presidente, al que asiste el Secretario y el personal administrativo que se le adscriba por la administración que la tutele. Veamos ahora cada uno de estos elementos.

a. *El Presidente de la JAC*

El Presidente de la JAC es designado por la Administración de la que dependa la Junta, cuyo nombramiento se publicará en el Diario Oficial correspondiente, es decir, en el *Boletín Oficial del Estado*, en el *Diario Oficial de la Comunidad Autónoma* o *Boletín Oficial de la Provincia*, dependiendo del rango de aquélla Administración.

El único requisito que se exige es el de que se trate de “personal al servicio de las Administraciones Públicas”. Esto se ha venido interpretando de un modo muy amplio, a mi juicio con acierto, de manera que el vínculo puede tener naturaleza administrativa —no se requiere que sea funcionario—²⁹³ o laboral, incluso civil, a través de un contrato de arrendamiento de servicios.²⁹⁴ También se ha entendido que no es preciso que la vinculación lo sea estrictamente con la Administración soporte de la JAC, sino otra cualquiera. Así ocurre que algunos Presidentes son funcionarios de la propia Administración soporte, otros lo son de Administraciones diferentes, como ocurre con los profesores universitarios,²⁹⁵ incluso algunos son Abogados en ejercicio, manteniendo una relación contractual privada con la Administración de que se trate. En este último caso se produce una extraña solución, pues el requisito exigido se cumple no antes del nombramiento sino a partir de entonces, porque el contrato se suscribe precisamente para ejercer las funciones de Presidente.

No es requisito el de que sea Licenciado en Derecho,²⁹⁶ pero es lo cierto que en la realidad la mayoría lo son.²⁹⁷ No obstante, en la 77.^a Reunión de la Comisión de Cooperación de Consumo, se adoptó el acuerdo de que “al menos el Secretario o el Presidente de la Junta será Licenciado en Derecho”.²⁹⁸ La exigencia es de lo más oportuna, a mi juicio, pues al Presidente corresponden funciones esencialmente jurídicas, como es la de admitir o no la solicitud de arbitraje, lo que requiere comprobar el cumplimiento

²⁹³ Esto se ha considerado un acierto por DÍAZ ALABAR, “El arbitraje...”, cit., n. 25, quien afirma que es un acierto sobre todo para las Administraciones con pocos funcionarios.

²⁹⁴ Contrariamente, dice la *Memoria 95-96*, o.c., p. 39, que “en todos los casos, como se establece en el citado Real Decreto, los presidentes son funcionarios públicos de las distintas administraciones”.

²⁹⁵ Vid. pp. 39 y ss. de *Memoria 95-96*, o.c. —se señala que todos ellos son Profesores de Derecho—.

²⁹⁶ DÍAZ ALABART, loc. ult. cit., advierte que “entre las observaciones al Anteproyecto realizadas por las asociaciones de consumidores, la UNAE sugirió que, al menos, el presidente de la junta fuera licenciado en Derecho. La sugerencia se aceptó por el INC, incluyéndose en el texto del art. 3.3 del Anteproyecto, cosa que no ha llegado al RDAC, en el que tal exigencia sólo existe para el Presidente del Colegio Arbitral”.

²⁹⁷ Se indica en la *Memoria 95-96*, o.c., p. 39, que “de 58 Juntas Arbitrales existentes, en 47 de ellas su Presidente es Licenciado en Derecho”.

²⁹⁸ Vid. *Memoria 95-96*, o.c., p. 11, requisito 2.2, de los señalados como básicos para la constitución de nuevas Juntas Arbitrales de Consumo.

de los requisitos que la LA y el RDSAC establecen, lo que precisa de unos conocimientos jurídicos mínimos. No obstante, habida cuenta de la labor que los Secretarios también han de realizar, entiendo que ambas figuras deben ser Licenciados en Derecho.

Las funciones del Presidente no se encuentran enumeradas en el texto del RDSAC, de manera que es preciso buscarlas a lo largo de su articulado.²⁹⁹ Sin embargo, habida cuenta de que la JAC es un órgano unipersonal, ha de entenderse que a su Presidente corresponden todas las funciones de ésta, excepto las que específicamente se atribuyen al Secretario. Como de las funciones de la JAC se tratan más abajo, me remito a lo que allí se dirá, si bien he de advertir ahora que una de las que se atribuye es la función de “mediación respecto de las controversias derivadas de las quejas o reclamaciones de consumidores y usuarios” (art. 4.b RDSAC). El ejercicio efectivo de esta función entiendo que inhabilita al Presidente de la Junta Arbitral para ser Presidente de Colegio Arbitral, por las mismas razones que las dichas más atrás cuando se advirtió de la conveniencia de separar las JAC de las OMIC. Básicamente son dos los argumentos que se han de tener presentes. De un lado, que quien realiza actividades de mediación se ve “contaminado” al haber formado un prejuicio con el que luego abordará la fase arbitral y verdaderamente decisoria. Estamos ante una situación similar a la proscrita en el proceso penal, donde el instructor no puede ser juzgador; aquí podría decirse que el mediador no puede ser árbitro. De otro lado, quien tiene la facultad de decidir puede compeler a las partes, so capa de mediación, a ceder en sus posiciones, ante la amenaza de una ulterior decisión en determinado sentido. La amenaza no tiene que ser real ni buscada por aquel a quien se le impute, pero puede ser así sentida por el consumidor que quizás presume —aunque lo sea sin razón— que el mediador podrá valorar negativamente su defensa a ultranza de lo que entiende que son sus derechos, cuando llegue la hora en que se despoja de las vestiduras de mediador para vestirse de juzgador, de árbitro.

Estas últimas afirmaciones nos ponen ante una cuestión que no es contemplada por la normativa que rige el arbitraje en general ni el especial arbitraje de consumo: las causas de abstención y recusación.³⁰⁰ Por analogía se podría seguir la pauta marcada por el artículo 12.3 LA,³⁰¹ que se remite a lo establecido para jueces y magistrados. Aunque sea cierto que el Presidente de la JAC no tiene las mismas facultades decisorias que los árbitros, le corresponden otras tareas que son esenciales desde la perspectiva del arbitraje y del laudo que se ha de dictar. Así ocurre con la admisión o rechazo de la solicitud de arbitraje y con la fundamental designación de los árbitros. Debemos pensar, además, que no se trata sólo de la posibilidad de que alguna de las partes pueda recusar al Presidente, sino que cuando se trata de esta materia también se está aludiendo al derecho de éste de abstenerse, dejando así de cumplir la función a que está obligado.

²⁹⁹ La JAC Municipal de Badajoz, que se ha dotado de un Reglamento de Organización y Funcionamiento propio, señala en su artículo 5.º unas funciones al Presidente, propias de quien se denomine Presidente de Junta (convocar las sesiones, fijar el orden del día, presidir las sesiones, etc.), que no tienen sentido aquí, cuando la Junta es realmente inexistente, pues es algo meramente nominativo.

³⁰⁰ Tampoco se regula este aspecto por los reglamentos de las diferentes Cortes y Tribunales de Arbitraje. Así pueden verse el Estatuto de la Corte de Arbitraje de Madrid, el del Tribunal Arbitral de Barcelona, el de la Corte de Arbitraje de Valencia, el del Tribunal Arbitral de Comercio de Bilbao, o el de la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial del Comercio e Industria de Navarra.

³⁰¹ A la que se remite también el art. 11.6 RDSAC.

Por otro lado, el espíritu que inspira la norma que declara la nulidad del convenio arbitral que coloque a una de las partes en cualquier situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros,³⁰² fundamentaría también el recurso de anulación contra cualquier laudo dictado por árbitros designados por quien se encontraba incurso en alguna de las causas de recusación citadas. A esta conclusión se llegaría por aplicación del precepto citado, consistiendo en una inobservancia de las normas esenciales sobre nombramiento de árbitros, o por infracción del principio de igualdad del art. 21 LA. En todo caso, el recurso de anulación procedería a través del art. 45.2 LA.

Las causas se pueden determinar acudiendo a los artículos 219 y 220 LOPJ,³⁰³ debiendo interpretarse considerando que estamos ante un arbitraje, no ante la vía jurisdiccional, por lo que la voluntad de las partes tiene un considerable papel que jugar. Así, al igual que ocurre con el nombramiento de los árbitros, conocida por las partes las circunstancias que fundamentarían la recusación del Presidente de la JAC, la inactividad de las mismas convalida todas las actuaciones realizadas y venideras. No sería de recibo admitir una recusación después de que se hayan designado los árbitros, cuando la causa le fue puesta de manifiesto a las partes en algún momento anterior, sin que se hubiera formulado la oportuna recusación. Con ello quiero decir que la inactividad de las partes o la no recusación en el instante en que se pudo hacer, no sólo convalida los actos anteriores, sino que habilita al Presidente para que continúe actuando como tal —salvo que sobrevengan nuevas causas—.

Cuestión diferente es la de que no deben ser designados como Presidentes a quienes sean representantes de los consumidores o de los empresarios en algún foro. Realmente esta prohibición no es exigible en base a ninguna norma, pero no sería muy acertado para ninguna Administración designar a un Presidente de JAC incurso en tal coyuntura, pues le haría sospechoso de parcialidad ante un determinado sector, con el consecuente perjuicio para el SAC. Como ejemplo puede citarse la hipótesis de un Presidente que fuera asesor jurídico de una asociación de consumidores o de empresarios, o un cargo electo en alguna de ellas, etc. Claro es que no hay ninguna norma que

³⁰² Art. 9.3 LA.

³⁰³ Art. 219: “Son causas de abstención y, en su caso, de recusación:

1.º El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con cualquiera de los expresados en el artículo anterior.

2.º El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad dentro del segundo grado con el Letrado y el Procurador de cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa.

3.º Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de éstas.

4.º Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta.

5.º Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como Letrado, o intervenido en él como Fiscal, perito o testigo.

6.º Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes.

7.º Tener pleito pendiente con alguna de éstas.

8.º Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de los expresados en el artículo anterior.

9.º Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa.

10.º Haber actuado como instructor de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.

11.º Ser una de las partes subordinado del juez que deba resolver la contienda litigiosa.”

Art. 220: “Será también causa de abstención y, en su caso, de recusación en los procesos en que sea parte la Administración Pública, encontrarse el Juez o Magistrado con la autoridad o funcionario que hubiese dictado el acto o informado respecto del mismo o realizado el hecho por razón de los cuales se sigue el proceso, en alguna de las circunstancias mencionadas en los números 1.º al 8.º y 11.º del artículo anterior.”

imponga esta prohibición, pero es de sentido común procurar no incurrir en esta situación, la cual conlleva, además, una permanente amenaza sobre todos los arbitrajes que se desarrollen bajo su cuidado, pues en cualquiera de ellos podrá ser tildado de parcialidad, siendo todos los laudos susceptibles de ser recurridos, por los argumentos antes citados relativos a las causas de recusación. Un Presidente implicado en alguna de las asociaciones referidas siempre será blanco de recusaciones, lo que nunca es provechoso para el SAC.

Las recusaciones y abstenciones que eventualmente se pueden producir, así como los supuestos más que probables de enfermedad o ausencia, hacen precisa la existencia de una figura que no ha sido prevista por el RDSAC, que alguna Administración ha subsanado por su cuenta y riesgo. Me estoy refiriendo a la institución de algún “Vicepresidente” o “Presidente adjunto”. Realmente, en cualquiera de las situaciones descritas la JAC se paralizaría mientras se decide qué resolver. Nada impide, en mi opinión, que quien nombra al Presidente pueda designar un Presidente suplente, o Vicepresidente, etc. quien, además, puede compartir funciones con el primero, a fin de aligerar los trámites arbitrales.

Finalmente, se echa en falta alguna reglamentación relativa a la duración de nombramiento y las causas de su cese, lo que convierten el cargo de Presidente de la JAC en un puesto de confianza, dentro de la Administración de que se trate. No estamos ante una situación, como la de los jueces y magistrados, donde la inamovilidad sea garantía imprescindible de la imparcialidad. Sin embargo, teniendo en cuenta que la materia de que se trata requiere cierta especialización, así como que corresponden al Presidente unas funciones de difusión del SAC que requieren una programación y un tiempo para su ejecución, sería recomendable que se estableciera una duración mínima, que no debería ser inferior a los dos años.

b. *El Secretario de la JAC*

Del mismo modo que con el Presidente, corresponde el nombramiento del Secretario a la Administración soporte de la JAC, con los mismos requisitos que se han señalado para aquél, por lo que se pueden repetir aquí las mismas consideraciones que se han hecho sobre la vinculación con alguna Administración y sobre la conveniencia de que sea Licenciado en Derecho. Sobre este último particular, hay que añadir que el Secretario interviene como tal en los Colegios Arbitrales, lo que no acontece con el Presidente de la JAC, por lo que aún es más recomendable su formación jurídica.³⁰⁴

Al Secretario corresponde dirigir el soporte administrativo de la JAC, siendo el responsable de la esencial tarea de las notificaciones y demás actos de comunicación con las partes y los árbitros.³⁰⁵ Lo anterior sólo se señala en el RDSAC para los Colegios Arbitrales, pero sería impensable que la misma función no le correspondiera cuando el procedimiento arbitral aún discurre en sede de la JAC. Así, en cuanto Secretario de la JAC asiste al Presidente, documentando las decisiones y actuaciones de éste, y

³⁰⁴ De las 58 JAC contempladas en la *Memoria 95-96*, 37 de ellas cuentan con Secretarios con el título de licenciado en Derecho (*Memoria 95-96*, o.c., p. 40).

³⁰⁵ Art. 11.4 RDSAC.

velando por que se cursen aquellas decisiones, tales como notificaciones, convocatorias, designaciones de árbitros, etc. Igualmente debe hacerse cargo de toda la documentación que se recibe en el órgano y de todo el archivo del mismo, velando por su conservación.

Como segundo cometido, conforme a lo dicho, al Secretario le corresponde serlo de todos y cada uno de los Colegios Arbitrales que se constituyan, a los que asistirá “con voz pero sin voto”. Se convierte así en un asesor del Colegio de árbitros, lo que otra vez destaca la conveniencia de su formación jurídica. A lo anterior debe añadirse su función de documentar las actuaciones arbitrales, reflejando tanto lo que le sea indicado por los comparecientes, como también las acciones u omisiones que tengan trascendencia jurídica. En este sentido, es garante de la Ley, pues lo que haga constar en el acta podrá ser utilizado en el eventual recurso de anulación que se interponga, así como constituirá decisivo argumento para valorar las responsabilidades que puedan exigirse a los árbitros y a la propia JAC. Sólo por éstos datos, resulta importantísima la figura del Secretario, cuya sola presencia vigilante debe servir para que árbitros y partes sean respetuosos con las normas.³⁰⁶

Como se puede apreciar, la función del Secretario requiere de una notable formación jurídica, por lo que debía ser preceptivo el requisito de que fuera Licenciado en Derecho. También me parece que se ha de ser cuidadoso con dos cuestiones. La primera, que el nombramiento del Secretario sea hecho por la Administración soporte de la JAC procurando su independencia respecto del Presidente de la misma, es decir, que no lo sea a propuesta de éste y que no exista entre ellos una relación funcional o laboral, en general, que pueda traducirse en una cierta vinculación entre ellos, pues si así fuera, podría dejar de cumplir debidamente el cometido para el que se instaura su figura.

La segunda es la relativa a que cabe afirmar respecto del Secretario lo mismo que se dijo más atrás sobre las causas de abstención y recusación del Presidente de la JAC. En cambio, no es tan relevante la carencia de un Subsecretario o Vicesecretario, pues el RDSAC señala que “en caso necesario, la Junta Arbitral podrá designar Secretario, entre personal al servicio de las Administraciones Públicas previamente nombrados al efecto por la Administración Pública de la que dependa dicha Junta”.³⁰⁷ Se trata de la posibilidad de nombramiento de Secretarios accidentales, para que puedan intervenir en un concreto Colegio Arbitral. A tal fin exige el texto transcrito que se elabore una lista de Secretarios; ello contradice en cierta manera el carácter de accidentalidad y necesidad de esta figura, pues exige una previsión de la necesidad que casi la excluye, perdiéndose la nota de urgencia que parece presidir esta suplencia. En cualquier caso, entiendo que se debe ser cuidadoso también con el Secretario accidental, pues para que cumpla adecuadamente su función, debe procurarse que se asimile en todo al Secretario que sustituye, en orden al mecanismo de su designación y a la necesidad de que sea Licenciado en Derecho, cuando menos.

Nada se dice en el RDSAC sobre la sustitución del Secretario en la JAC, cuando su suplencia sea precisa en esta sede y no en el Colegio Arbitral. No es mala medida

³⁰⁶ Sobre esta materia vid. SERRA, “El proceso arbitral...”, cit., p. 608, y SANTOS, “Consideraciones en torno...”, cit., p. 1.064.

³⁰⁷ Art. 11.4 RDSAC.

la de aplicar analógicamente la previsión expuesta para este último caso, en el artículo 11.4 RDSAC.

c. *Personal Administrativo de la JAC*

No menor importancia para el adecuado funcionamiento de la JAC tiene el personal administrativo con que éstas cuentan. Frecuentemente se trata de funcionarios que comparten sus funciones en la JAC con las que le competen en otro destino dentro de la misma Administración soporte de la JAC. En la *Memoria 95-96 del Sistema Arbitral de Consumo* se advierte que del total de los funcionarios que se encuentran prestando sus servicios en las JAC, mientras 48 lo hacen en exclusiva, 70 actúan compartiendo su tiempo y dedicación con otras tareas, aunque la tendencia es a la dedicación en exclusiva, a medida que las solicitudes de arbitraje se van incrementando.

C. Organización y ámbito de las JAC

El RDSAC diferencia entre una Junta Arbitral de Consumo Nacional y las demás, que lo serán de ámbito municipal, de mancomunidad de municipios, provincial y autonómico. Las diferencias entre la primera y las restantes se verá que no sólo es territorial sino también objetivo, mientras que las segundas entre sí sólo mantienen diferencias de índole territorial.

Al 31 de diciembre de 1998 eran 63 las JAC creadas, cubriendo la totalidad del territorio nacional. Este objetivo se ha cubierto fomentando las JAC de ámbito autonómico, siendo la de Cantabria la última de este ámbito en constituirse, a finales de 1996.³⁰⁸

a. *La JAC Nacional*

La Junta Arbitral de Consumo Nacional fue constituida formalmente el 29 de noviembre de 1993, conforme a lo prevenido en el art. 3.1 RDSAC, estando adscrita al Instituto Nacional de Consumo.

Su ámbito territorial se extiende por toda la geografía española, pero encuentra, en cambio, reducido su ámbito objetivo a 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”.³⁰⁹ Esta especificación requiere de algún comentario.

³⁰⁸ Vid. *Memoria 95-96*, o.c., pp. 14 y ss.; las 63 JAC se distribuyen del siguiente modo, según la *Memoria del SAC de 1998*, p. 24:

— Nacional:	1
— Autonómicas:	17
— Provinciales:	5
— Mancomunidad de Municipios:	1
— Municipales:	39
Total	63

³⁰⁹ Art. 3.1. RDSAC.

De una parte se aprecia que la delimitación objetiva de su ámbito se constriñe a los conflictos que superen el ámbito de una Comunidad Autónoma. De otra, que las cuestiones deben ser planteadas por los consumidores y usuarios pero a través de una Asociación de ámbito superior al de una Comunidad Autónoma.

Lo primero constituye una auténtica delimitación objetiva, cuya dificultad reside en imaginar qué cuestión, que pueda ser suscitada por un único consumidor, trasciende al ámbito de una Comunidad Autónoma. De hecho, los numerosísimos arbitrajes que en los primeros años la JAC Nacional desarrolló, han disminuido notablemente, debiéndose aquel extraordinario fomento al acuerdo suscrito con la Comisión para la Supervisión del servicio telefónico con tarificación adicional, conociendo de todas las reclamaciones relativas al servicio telefónico prestado a través del prefijo 903.³¹⁰ Superada la conflictividad inicial de dicho servicio, la actividad de la JAC Nacional ha decaído notablemente.³¹¹

Desde esta perspectiva, no tiene mucho sentido la existencia de esta JAC. Su competencia objetiva, tal y como queda descrita en el artículo 3.1 RDSAC, la hace inoperante, de manera que su futuro no me parece que sea muy prometedor. Teniendo en cuenta que no es superior jerárquico de las demás, ni suple las ausencias de las de ámbito inferior, como podría haber ocurrido mientras no estaban constituidas las Juntas Arbitrales en todas las Comunidades Autónomas, no se entiende bien la razón de mantenerla como está concebida. Otra cosa es que no deba existir tal tipo de JAC, pero en este caso con sus competencias definidas de otro modo. Quizás pudiera ser interesante el estudio de la extensión de sus competencias a los supuestos en que se trate de la protección de los intereses colectivos de los consumidores, extremo éste que ha sido propuesto por algún autor,³¹² y que ahora podría tener cierto sentido tras la legitimación que la reciente LCGC atribuye a las asociaciones de consumidores y usuarios.³¹³

En cuanto a la segunda cuestión, más que una delimitación objetiva se trata de una condición de índole formal: que la solicitud de arbitraje del consumidor sea necesariamente presentada a través de una asociación de consumidores, la cual debe tener un ámbito superior al de una comunidad autónoma. La verdad es que no tiene mucho sentido esta imposición al consumidor, que se encuentra privado de la posibilidad de utilizar a las OMIC o cualquier otro de los medios que la legislación administrativa proporciona, para interponer la solicitud de arbitraje, con lo cual queda a merced de encontrar alguna asociación que reúna los caracteres citados y que esté dispuesta a tramitarla. Además de que no encuentro la justificación de esta exigencia, resulta que no en todas las poblaciones españolas es posible encontrar asociaciones de consumidores y, mucho

³¹⁰ INC, *Sistema Arbitral de Consumo. Balance de la experiencia 1993-1994*, o.c., p. 30.

³¹¹ Mientras en los dos primeros años de su existencia (1993-1994) la JAC Nacional atendió en torno a las 400 solicitudes de arbitraje, en 1995 fueron 241, en 1996, 142 y en 1997 solamente 9.

³¹² DÍAZ ALABAR, "El arbitraje...", cit., p. 177.

³¹³ Vid. art. 16 LCGC, que atribuye legitimación activa a las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, asociaciones de consumidores y usuarios, Instituto Nacional de Consumo y órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, colegios profesionales y el Ministerio Fiscal. Las pretensiones que se pueden utilizar son las declarativa, de cesación y de retractación que se definen en el art. 12 del referido texto legal. No obstante, dado el marcado carácter "judicialista" que impera en todo el texto, es preciso analizar si esta materia puede o no ser objeto de arbitraje, aunque la posibilidad de conciliación que el propio artículo 13 señala, es un dato favorable a su arbitribilidad.

menos, que tengan el ámbito requerido. La consecuencia será que el consumidor verá mermadas sus posibilidades de acceso a la JAC Nacional.

Por otra parte, no significa esta disposición que se imponga una representación necesaria del consumidor por la asociación elegida,³¹⁴ sino simplemente que la solicitud sea tramitada a través de ésta, con lo que ello significa en cuanto a la constitución del colegio arbitral. En modo alguno puede entenderse que el consumidor no pueda actuar por sí o por medio del abogado que crea oportuno. La limitación en este punto me parece que sería grave y un nuevo sinsentido.

La duda que ahora cabe plantear es si la JAC Nacional puede o no resolver sobre controversias que no se ajusten a la limitación señalada por el art. 3.1 RDSAC, hasta aquí comentado. A mi modo de ver, coherentemente con lo que vengo sosteniendo en este trabajo, el incumplimiento de tal limitación no es suficiente para fundar un recurso de anulación del laudo que así sea dictado, con independencia de las responsabilidades que dentro de la JAC se puedan exigir a los miembros de la misma o del colegio arbitral que hubieran consentido tal arbitraje. La validez del laudo se sustenta, insisto en lo dicho en páginas anteriores, en los pilares constituidos por la autonomía de la voluntad y el respeto a los principios esenciales que la LA señala. Si las partes han aceptado el arbitraje de esta JAC Nacional, no siendo de su competencia, el laudo no tiene por qué ser nulo.

b. *Las JAC de ámbito territorial*

Los párrafos 2 y 3 del art. 3 RDSAC se refieren a las JAC inferiores a la de ámbito nacional, señalando que mediante Acuerdos con la Administración General del Estado, a través del INC, las administraciones municipales, de mancomunidades de municipios, provinciales y autonómicas pueden establecer nuevas JAC, fijándose en tales acuerdos el ámbito funcional y territorial de las mismas. Ya se ha dicho respecto de la Nacional, que ésta no mantiene ninguna relación jerárquica sobre las demás; pero es que no se establece dicha relación entre ninguna, gozando todas ellas de plena autonomía.

Sobre la constitución de esta modalidad de JAC ya se trató más atrás. Conviene ahora hacer referencia a dos temas, ambos señalados en el art. 3.3 RDSAC. Me estoy refiriendo a los ámbitos “funcional y territorial”.

A diferencia de lo prevenido para la de ámbito nacional, estas otras no tienen límite de índole objetivo, de manera que podíamos denominarlas ordinarias. No obstante, como se aprecia en la redacción del citado párrafo, en el acuerdo de constitución de la JAC se puede establecer algún “ámbito funcional”, lo que debe entenderse como delimitación objetiva. Aunque no se ha hecho en ningún caso hasta la fecha, no hay que descartar que en un futuro pueda utilizarse esta posibilidad, como podría acontecer para los litigios transfronterizos, para los de turismo, etc.

Más dificultades presenta el ámbito territorial de las JAC. Al suscribirse el convenio con el INC lo habitual es que se determine que el ámbito territorial de cada JAC coincide con el de la administración que la soportará en lo sucesivo —municipal, pro-

³¹⁴ En contra GUTIÉRREZ SANZ, *El Sistema Arbitral de Consumo* (QUINTANA y BONET dirs.), p. 84.

vincial..., etc.—. Obviamente, no podrá señalarse un superior ámbito, pero no es descabellado imaginar que se señalen otros inferiores, como podría ser el caso de JAC para determinados barrios, pedanías, etc. No obstante, la necesidad de estas JAC de territorio menor que el municipal no parecen ser tan necesarias, por cuanto la JAC del municipio puede actuar mediante colegios arbitrales, acercándose al domicilio del consumidor, obviándose así los inconvenientes de una excesiva atomización del SAC. No olvidemos que para que las JAC funcionen es precisa la colaboración de las asociaciones de consumidores y empresarios, quienes proponen unos árbitros que, al final, son los mismos para todas las JAC cuyos ámbitos territoriales coinciden. De manera que las JAC menores sólo cambian respecto de las superiores en el Presidente y Secretario, pues los árbitros son los mismos. Por tal motivo se debe ser cauto a la hora de establecer algunas de inferior rango.

Los diferentes ámbitos territoriales de las JAC plantean la dificultad de que es necesario distribuir entre ellas el conocimiento de las controversias. La dificultad es mayor cuando resulta que el territorio de algunas se solapa sobre el de otras. Es decir, el problema que se suscita es el de determinar qué JAC es la competente para conocer de un determinado arbitraje, de entre las que sean de igual ámbito territorial y, lo que es más complicado, de entre las que sean de diferentes ámbitos, cuando el lugar de la controversia es comprendido en el territorio de más de una JAC. Pongamos por caso una cuestión litigiosa en la que el consumidor y el empresario tienen domicilios diferentes, existiendo en sus respectivos municipios sendas JAC; al mismo tiempo, el domicilio del consumidor forma parte del territorio de una JAC provincial y de otra autonómica. La primera duda a resolver sería la de cual es la JAC competente, si la del domicilio de uno o la de otro, del consumidor o del empresario. Si la decisión fuera favorable al domicilio del consumidor, puede acontecer, como en el ejemplo, que hasta tres JAC de diferente nivel —municipal, provincial y autonómico—, pueden intervenir en el arbitraje. Por fin, no puede olvidarse que el arbitraje se funda en la autonomía de la voluntad, por lo que ésta debe ser un criterio de determinación de la competencia de primer orden.

El RDSAC ha propuesto tres criterios para llevar a cabo la determinación del ámbito de cada JAC, en el art. 3.3. Me parece acertado que no haya utilizado la expresión *competencia*, pues no estamos ante un problema de este tipo, porque todas las JAC son competentes para conocer de cualquier conflicto. Así, por una JAC cualquiera se puede decidir una cuestión en la que el domicilio del consumidor, el del empresario y el del acto de consumo no sean coincidentes con el territorio de aquélla. No hay ninguna JAC que pueda ser incompetente.

Partiendo de esta idea es como se deben abordar los tres criterios del art. 3.3 RDSAC:

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

Esta norma tiene más bien carácter programático, pretendiendo ser inspiradora de los acuerdos que el INC suscriba con las JAC que se constituyan, a fin de regular las relaciones entre ellas, consciente de que las mismas no se encuentran vinculadas por una relación jerárquica y del referido solapamiento de los ámbitos territoriales de unas

y otras. No parece que las partes queden vinculadas por esta disposición, no son sus destinatarias, al menos directamente.

En mi opinión es claro que, como no podía ser de otra manera, se establece como criterio preferente el de la voluntad de las partes (art. 3.3.c RDSAC).³¹⁵ En su defecto, se preferirá la JAC del domicilio del consumidor (art. 3.3.a RDSAC);³¹⁶ y si sobre el mismo extendieran su territorio varias JAC, se preferiría la de inferior ámbito territorial, esto es, la municipal (art. 3.3.b RDSAC).

En la práctica, la voluntad de las partes supone la exclusión de los otros dos en casi todos los supuestos. Téngase presente que el arbitraje implica la sumisión de las dos partes al mismo, y lo frecuente es que esa sumisión se haga con determinación, expresa o tácita, de la JAC preferida. La designación de la JAC habrá sido hecha por el empresario en su OPS; en su defecto, es decir, tanto si no formuló la OPS o habiéndolo hecho no fijó la JAC a la que se somete, la presentación de la solicitud de arbitraje ante una concreta JAC implica la preferencia del consumidor por ésta.

Así pues, difícilmente puede “inhibirse” una JAC autonómica en favor de una municipal, si es a aquélla y no a ésta a quien le ha dirigido la solicitud el consumidor. Ni tampoco podrá hacerlo una municipal en favor de otra donde tenga su domicilio el consumidor, cuando éste ha optado por presentar la solicitud de arbitraje ante ella y no ante la que tiene más próxima.

Las mayores dificultades pueden presentarse cuando empresario y consumidor no coincidan en la JAC que señalen como preferida por cada uno. Este sería el caso cuando el empresario en su OPS hubiera señalado una JAC y el consumidor presenta su solicitud ante otra diferente. Le cabe a la segunda JAC tratar el arbitraje instado como si no existiera la OPS, con la esperanza de que el empresario acepte el sometimiento a la misma, realizando gestiones a tal efecto. También, segunda alternativa, puede dar traslado de la solicitud a la JAC designada por el empresario, a fin de que el consumidor se someta a ella, procurando que éste lo acepte, pues en otro caso sería difícil formar el convenio arbitral, siendo el consumidor quien ponderará qué prefiere, si contar con la vía arbitral en el lugar designado por el empresario o carecer de ella por completo.

La tercera vía que cabe imaginar no me parece oportuna: se trataría de señalarle al empresario que su sometimiento al SAC se hace en su integridad y, por tanto, también

³¹⁵ DÍAZ ALABAR, “El arbitraje...”, cit., p. 178. señala que resulta complicado establecer la jerarquía de estos criterios, sobre todo cuando el tercero introduce la libertad de elección por las partes, que excluye a los anteriores: “probablemente el redactor del RDAC lo incluyó pensando en el arbitraje en general, el de la LA de 5 de diciembre de 1988, en el que el acuerdo de las partes es la base de todo. Ha olvidado, en cambio, que el arbitraje de consumo, aun compartiendo esencialmente los rasgos del arbitraje en general, tiene otros propios, muy diferentes, a los que difícilmente se acomoda la libertad de elección de junta por las partes”.

³¹⁶ Se ha consolidado en los países una atención especial a los litigios sobre consumo, vinculada al *principio de igualdad de instrumentos*, que ha supuesto el establecimiento de regímenes particulares, entre los que se sitúan los artículos 13 a 15 del Convenio de Bruselas sobre competencia judicial en materia de contratos de los consumidores, de modo que la acción que se dirija contra el consumidor, bajo ciertas condiciones sólo se puede interponer ante los órganos judiciales del domicilio del consumidor y bajo otras, el consumidor optará por el tribunal de su domicilio o por el del vendedor. Al respecto, el TJCE ha dicho que este régimen particular está inspirado en el interés por proteger al consumidor como parte del contrato considerado económicamente más débil y jurídicamente menos experimentado que su cocontratante (STJCE 19.01.1993, asunto C-89/91 [Rec-I-139], caso SHEARSON LEHMAN HUTTON).

se ve obligado a aceptar los criterios de delimitación del ámbito territorial de cada JAC y, en virtud del art. 3.3 RDSAC que se comenta, queda sometido a la JAC del domicilio del consumidor. Como se dijo más arriba, entiendo que el art. 3.3 RDSAC es una disposición programática de los acuerdos del INC con las diferentes administraciones. Y, en segundo lugar, porque el mismo artículo 3.3 RDSAC prefiere la voluntad de las partes como criterio preferente y sin es el caso que la misma se expresó por el empresario estableciendo unas condiciones limitativas de su sometimiento al arbitraje, aunque tales condiciones puedan ser contradictorias con el espíritu de la disposición referida, son plenamente válidas, sobre todo desde que su compromiso de adhesión hubiera sido aceptado por alguna JAC. Desde el instante en que su OPS limitada territorialmente hubiera sido aceptada por alguna JAC, no podrá ser compelido a aceptar algo diferente.

B. Funciones de las JAC

Las funciones que corresponden a las JAC son desempeñadas principalmente por sus respectivos presidentes y son preciso buscarlas a lo largo de todo el RDSAC, si bien en el art. 4 del mismo se contiene una enumeración que, como se verá, no es exhaustiva:

1. *“El fomento y la formalización de convenios arbitrales, entre consumidores y usuarios y quienes produzcan, importen o suministren o les faciliten bienes o servicios”.*
2. *“Actuaciones de mediación respecto de las controversias derivadas de las quejas o reclamaciones de consumidores y usuarios”.*
3. *“Confeccionar y actualizar el censo de las empresas que hayan realizado las ofertas públicas de adhesión al sistema arbitral de consumo, en su ámbito territorial, con expresión del ámbito de la oferta. Este censo será público”.* (vid. art. 7 RDAC).
4. *“La elaboración y puesta a disposición de los interesados de los modelos de convenio arbitral, en los que se reflejarán las cuestiones que no puedan ser sometidas al sistema arbitral de consumo”.*³¹⁷

Las diferentes funciones que se le atribuyen a las JAC van a ser seguidamente expuestas, aunque es preciso advertir que unas y otras se entrecruzan, sirviendo a coincidentes o diferentes fines. La clasificación se hace principalmente con el propósito de facilitar su exposición.

a. Difusión y fomento del SAC

Podría decirse que se trata de una función “política”, para diferenciarla de las estrictamente dirigidas al arbitraje. Esta función no viene expresamente establecida en

³¹⁷ “El interés de esta actividad de las juntas tampoco es pequeño, sin privar a los profesionales de su libertad de realizar la oferta de adhesión al sistema arbitral dentro de los límites que deseen, propicia una homogeneización de las ofertas de sometimiento al arbitraje, cosa deseable si se pretende verdaderamente la utilidad del sistema arbitral de consumo como forma de resolver conflictos entre consumidores y profesionales” (DÍAZ ALABART, “El arbitraje...”, cit., p. 180).

el RDSAC, pero se deduce de los convenios de constitución de cada una de las JAC, así como que se aprecia que constituye principio inspirador de la mayoría de las tareas que se le encomiendan: fomentar la formalización de los convenios arbitrales, las adhesiones públicas de empresas, etc.

Dentro de esta función encajan algunas de las tareas que más adelante se mencionan con más detalle, como son la elaboración y publicación de los censos de empresas adheridas al SAC, elaboración y difusión de los modelos de convenios arbitrales, confección y publicación de las estadísticas del SAC, que sirvan a los ciudadanos en general al conocimiento del funcionamiento real de este especial arbitraje. Esto último tiene mucho que ver con la recomendación o principio de transparencia a que se refiere la Comunicación de la Comisión sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo. La elaboración de los datos estadísticos y su facilitación al INC constituye una muy importante labor de las JAC, pues sirven para medir la evolución del SAC, cuya principal misión es precisamente la de servir a los ciudadanos consumidores, de manera que un permanente autocontrol de sus expectativas, posibilidades y logros es esencial para dictaminar sobre las modificaciones que se puedan precisar en su funcionamiento o, llegado el caso, sobre el planteamiento de un cambio en su concepción incluso su propia extinción.

b. *Mediación en los conflictos de consumo*

Esta actividad mediadora que se atribuye a las JAC por el art. 4.b) RDSAC es diferente de la que cabe deducir del art. 12.4 RDSAC (“intentar la conciliación”),³¹⁸ que compete al colegio arbitral.

Las actuaciones de mediación que las JAC pueden realizar sólo pueden realizarse cuando el consumidor ha acudido solicitando el arbitraje, sin que sea posible de oficio, como es obvio. Como tal mediación, la JAC ha de procurar poner en contacto a ambas partes. Aunque no se establece ningún método, parece obvio que la primera actuación debe ser la de trasladar al empresario el contenido de la reclamación del consumidor, procurando que entre ambas partes nazca algún tipo de solución amistosa, sea rebajando las pretensiones de una y otra parte, sea proponiéndoles soluciones alternativas. Estas actividades de mediación son pertinentes aún en el caso de que la empresa se encuentre sometida al arbitraje de consumo, pues por ella se persigue solucionar la cuestión litigiosa, con independencia de que la vía procedente sea la judicial o la arbitral.

Dentro de estas actuaciones mediadoras encaja perfectamente la de formalización del convenio arbitral, de lo que se tratará más adelante. Si no se puede obtener ningún éxito en cuanto a la solución de la controversia, al menos sí que lo sería convencer a ambas partes para que la sometan a la decisión arbitral.

Considero que también corresponde al presidente de la JAC, dentro de lo que son actividades de mediación, la de vigilar la adecuada formación del convenio arbitral y la preparación del arbitraje, estableciendo cual sea el objeto del mismo, es decir, fijando qué cuestiones son las controvertidas, sobre cuales existe acuerdo entre las partes,

³¹⁸ Para DÍAZ ALABART, loc. ult. cit., no existe claridad en el RDSAC sobre este punto, porque el 4.b lo refiere a la JAC y el 12.4 al colegio arbitral.

donde se celebrará el arbitraje y se dictará el laudo, si el arbitraje será de Derecho o de Equidad, si las partes, de común acuerdo, instan la práctica de alguna prueba, etc.

La realización de esta actividad mediadora, a priori, es suficiente para que quien las desarrolle quede imposibilitado para participar en el subsiguiente colegio arbitral, conforme a las razones que más atrás se expusieron, en orden al perjuicio que puede haberse formado como consecuencia de aquélla. Naturalmente se entiende que aquí la voluntad de las partes sigue siendo soberana.

A ello se debe añadir, como también más atrás se advirtió, que es peligroso acumular en una misma mano las funciones mediadoras y decisoras,³¹⁹ no sólo porque quien las detente se puede dejar caer en la tentación de estimular a la solución mediada sirviéndose de la amenaza de una ulterior decisión más perjudicial, sino porque aunque tal comportamiento no se haya efectivamente seguido, las partes pueden sentirse compelidas por la posición de juzgador que tendrá más tarde quien inicialmente es sólo mero mediador.

c. Formación del convenio arbitral

El art. 4.a) RDSAC contempla el fomento y formalización de los convenios arbitrales como la primera función de las JAC. El desarrollo de esta función se articula en las siguientes:

1. Fomento del convenio arbitral

El fomento del convenio arbitral es una función que se atribuye a las JAC en dos ocasiones, a mi juicio. Primero, en el art. 4.a), al señalar que les corresponde el fomento y formalización de convenios arbitrales entre consumidores y usuarios y empresarios; segundo, en el art. 4.c) al confeccionar las listas de OPS realizadas por los empresarios.

Ciertamente, si tenemos en cuenta que las dos formas habituales de formalizarse el convenio arbitral de consumo son, en primer lugar, a través de las genéricas OPS que realizan los empresarios, a las que en su día podrán seguir las solicitudes de arbitraje de los empresarios, y, en segundo lugar, por estas mismas solicitudes a las que sigue la aceptación del empresario para ese caso concreto, la actividad de fomento del convenio arbitral habrá de dirigirse en ambos sentidos.

En el primer caso, mediante la difusión del SAC entre los empresarios, estimulándolos a que se sometan al mismo a través de la oportuna OPS. En el segundo caso, iniciado el expediente arbitral, procurando obtener su sometimiento en el supuesto concreto, en el marco de las actividades de mediación a que antes se hizo referencia.

2. Recepción y aceptación de OPS: Censos y difusión

Corresponde a las JAC la recepción de los compromisos de adhesión u ofertas públicas de adhesión (OPS) de las empresas al SAC, debiendo resolver sobre su acep-

³¹⁹ En este sentido NAVARRO LORENTE, "El sistema...", o.c., p. 48 y n. 1, quien propone la separación

tación o no. En caso afirmativo, las empresas serán incorporadas al censo correspondiente, que será público (art. 4.c) RDSAC). La aceptación de la OPS supone el otorgamiento de un Distintivo Oficial a la empresa, su registro en el libro que al efecto debe llevarse y su publicación en el *Diario Oficial* que corresponda a la JAC (art. 7 RDSAC). Su difusión a través de dicho medio oficial incluso a través de alguna publicidad en medios de comunicación privados me parece obligado, para hacer real la publicidad de la oferta efectuada por el empresario, quien espera, además, esa publicidad como ventaja sobre sus competidores en el mercado. Si esta actividad de difusión, más allá de los diarios oficiales, los consumidores no alcanzaran un efectivo conocimiento de las empresas que se encuentran adheridas al SAC.

Otro tanto corresponde a la JAC cuando el escrito presentado por la empresa transmite su renuncia a la OPS, pues tras su recepción, la JAC, siempre a través de su Presidente, determinará el alcance de tal renuncia, principalmente en lo relativo a la fecha en que la misma comenzará a surtir efectos, debiéndose publicar igualmente (art. 7.3 y a RDSAC).

Del mismo modo, quien presente su oferta de adhesión puede ser una asociación de consumidores o de empresarios. En este último supuesto es preciso advertir que su admisión por la JAC no significa que la adhesión se extienda a todos sus miembros, ni siquiera los que votaron favorablemente, y mucho menos cuando la decisión la adoptó el Presidente de la Asociación, dentro de sus facultades, sin considerar a la Asamblea.³²⁰

Como se ha dicho, la JAC actúa por su Presidente, siendo así facultad de éste la de admitir o rechazar las OPS que presenten los empresarios. La decisión tendrá que ver con las limitaciones que se propongan en ella, pues “el profesional, de acuerdo con el RDSAC, no tiene por qué someterse al sistema arbitral sin más, sino que puede circunscribir su oferta a los límites en que le resulte adecuada”, optando por el arbitraje de Derecho, limitando las cuantías, delimitando las JAC a las que se somete...,³²¹ incluso limitando los conflictos por su cualidad, como ocurre cuando se excluye algún tipo de seguros, o determinados servicios bancarios..., etc. El empresario podrá así adecuar su oferta a sus propias necesidades e intereses; pero conviene no olvidar que el SAC es uno y que las JAC podrán acordar no renunciar a determinados aspectos de su reglamento, sea por política de consumo, sea por razones jurídicas.

De cualquier modo, la duda que me asalta aquí es la de qué recursos u opciones tiene el empresario que no es admitido en el SAC, habida cuenta de que el artículo 38.2 LA dice que si la Corporación o Asociación a la que se encomendó la administración del arbitraje no aceptase el encargo, quedará expedita la vía judicial, sin que quepa la formalización judicial del arbitraje.

Entiendo, por mi parte, que cualquier corporación o asociación que haya hecho público su reglamento arbitral y su disposición a admitir las solicitudes de arbitraje, asume la obligación de aceptar tales solicitudes salvo causas justificables, las cuales

entre administración del arbitraje y arbitraje propiamente dicho, atribuyéndose el primero a las JAC y el segundo a los colegios arbitrales.

³²⁰ En sentido contrario vid. MARÍN LÓPEZ, “El arbitraje...”, o.c., p. 15.

³²¹ DÍAZ ALABART, “El arbitraje...”, cit., p. 188.

nunca quedarán al arbitrio de la propia institución arbitral. En este sentido podría afirmarse que las JAC no pueden dejar de admitir los compromisos públicos de sometimiento al SAC.

Sin embargo, el caso de las OPS es diferente en cuanto que por ellas no se está solicitando un concreto arbitraje, sino que se está manifestando la predisposición de un empresario hacia un eventual arbitraje: es una manifestación de voluntad, sin más, que ni perfecciona el convenio arbitral, ni mucho menos, insisto, contiene una solicitud de arbitraje. Todo eso ocurrirá si más tarde el consumidor comparece solicitando por su parte el arbitraje. Pero ahora interesa destacar que a cambio de la pública manifestación y compromiso que hace la empresa de su sometimiento al SAC, la Administración —el INC a través de la JAC— le concede un “premio”, consistente en el distintivo que acredita su adhesión al SAC, además de la publicación de su nombre entre las empresas sometidas al SAC y que, por tanto, pueden gozar de cierta preferencia por parte de los consumidores.

El rechazo por la JAC de la OPS puede entenderse que coloca a la empresa en una situación de desventaja respecto a las demás en el mercado, lo que justificaría un eventual recurso, no ya por la negativa al arbitraje, sino por la negativa a su oferta, por el desigual trato que la Administración le dispensa. No estamos ante una solicitud de justicia, de prestación de un equivalente jurisdiccional, sino ante una decisión que roza más lo administrativo que lo privado o jurisdiccional. Por ese motivo se justifica que se pudiera formular un recurso ordinario, ante el superior jerárquico.

Teniendo en cuenta que la JAC es un órgano constituido por la Administración que la soporta, mediante el convenio que la misma suscribe con el INC, el cual hace delegación de alguna de sus competencias, es en este ámbito donde debe plantearse el recurso administrativo correspondiente y posterior vía jurisdiccional contencioso-administrativa.

3. Elaboración de los modelos de convenios y cláusulas arbitrales

Se señala en el art. 4.c) RDSAC que es función de las JAC “la elaboración y puesta a disposición de los interesados de los modelos de Convenio Arbitral”. Ello significa que no sólo pueden difundir entre los consumidores y empresarios y sus respectivas asociaciones los modelos que sean elaborados por el INC, sino que pueden elaborar unos propios. Sin embargo, aunque exista esta posibilidad, no parece del todo acertado que cada JAC pueda tener sus propios modelos, sino que la uniformidad de todas en este punto parece una garantía y seguridad para quienes acuden a ellas. Así se comprende que la propia Comisión Europea procure la unificación de los formularios que se dirigen a la protección de los consumidores y su acceso a la composición judicial y extrajudicial de sus conflictos con los empresarios o profesionales.

d. *Administración del arbitraje de consumo*

Esta principal función de la JAC no es expresamente establecida por el RDSAC, al menos no se encuentra en la relación del art. 4, más arriba comentada. Sin embargo se deduce a lo largo del texto normativa citado, y es la que permite llegar a la conclusión,

que en otro lugar de este trabajo se ha sostenido, de que se está en presencia de un arbitraje institucional, pues a la JAC no sólo le compete la designación de los árbitros, sino también la administración del arbitraje consecuente.

La diferencia entre arbitrar y administrar un arbitraje es suficientemente clara, significando el primero la acción de decidir un litigio a través de un laudo dictado por terceras personas, que necesariamente serán personas físicas; en cambio, administrar un arbitraje significa suministrar los medios personales y materiales que sean precisos para que aquella decisión arbitral pueda llegar a pronunciarse. La administración del arbitraje puede ser desempeñada por personas físicas o jurídicas, pudiendo comprender o no la designación de los árbitros, lo cual es lo habitual, siendo frecuente que mediante unas normas reglamentarias se establezca el mecanismo para llevar a cabo la designación referida, así como las normas de procedimiento y de facilitación de los medios precisos para el arbitraje.³²²

La LA tiene previsto que la administración del arbitraje pueda ser desarrollada por corporaciones de derecho público y por asociaciones o entidades sin ánimo de lucro.³²³ Aunque las JAC no encajen propiamente en tales figuras señaladas por la LA, son escasas las diferencias que pueden encontrarse entre los reglamentos arbitrales de éstas y el RDSAC que regula la actuación de aquéllas. No extraña, pues, que se haya sostenido la identificación de las JAC con las entidades y corporaciones que pueden administrar el arbitraje.³²⁴

Las JAC administran el arbitraje realizando numerosas actuaciones regladas en el RDSAC. Muchas de estas actuaciones tienen lugar antes de la iniciación del arbitraje propiamente dicho, el cual sólo se inicia con la designación de los árbitros.³²⁵ Quedan aquí incluidas la recepción de la solicitud de arbitraje del consumidor, su admisión o archivo, el traslado a la otra parte, etc.³²⁶

Estimo que las funciones que le corresponden a la JAC en cuanto a la administración del arbitraje son las que seguidamente se exponen:

1. Decidir sobre la admisión o archivo de la solicitud de arbitraje

Corresponde a la JAC, por medio de su presidente, decidir si admite o no cada una de las solicitudes de arbitraje que le sean presentadas. La opción es siempre la *admi-*

³²² En similares términos BOLDO, "El Arbitraje Institucional", *Perspectiva jurídica del arbitraje de consumo* (obra colectiva), pp. 38 y ss.

³²³ Art. 10.1 LA.

³²⁴ BOLDO, "El Arbitraje Institucional", cit., pp. 40 y 41.

³²⁵ Art. 10.1 RDSAC.

³²⁶ BADENAS CARPIO, "El procedimiento arbitral de consumo", *Perspectiva jurídica del arbitraje de consumo* (obra colectiva), pp. 80 y ss., ha propuesto su denominación de fase "preadministrativa", incluyendo todos los trámites dirigidos a que el reclamado acepte el arbitraje, es decir, a la formalización del convenio arbitral. El nombre propuesto no me parece afortunado, pues por oposición al mismo, la fase subsiguiente se denominará "administrativa", lo que posiblemente colabore a la confusión sobre los Derechos aplicables, no debiendo olvidar que el arbitraje que se está contemplando implica que órganos administrativos —es decir, de la Administración— van a realizar actos de Derecho privado y coadyuvando a la producción de "equivalentes jurisdiccionales". En realidad una fase es arbitral y la que le precede, si acaso precisa de algún nombre, sería pre-arbitral.

sión o el acuerdo de *archivo* de la solicitud.³²⁷ Para poder decidir al respecto es obvio que la primera función que debe realizarse es la de la *recepción* de la citada solicitud.³²⁸ Seguidamente, contemplando a primera vista la cuestión litigiosa que se suscita en la solicitud, teniendo en cuenta la escueta mención que a la misma se efectúa en numerosas ocasiones, dado el escaso espacio que a tal fin dedica el impreso de solicitud al uso, *valorará si es competente* o no para conocer de la misma, considerando el ámbito objetivo que el RDSAC y la LA establecen.³²⁹ Igualmente, si es que hubiere lugar a ello, comprobará si no existe una sumisión a otra JAC por las partes, en cuyo caso facilitará el desarrollo del arbitraje en esta otra sede.

Posteriormente, *vigilará la formalización del convenio arbitral*, sin lo cual igualmente acordará el archivo de la solicitud de arbitraje.³³⁰ Este cometido requiere comprobar si el empresario tiene formulada OPS, en la propia JAC o en otra, así como las limitaciones con que se haya podido prestar. Si la OPS existe y coincide con la solicitud presentada por el consumidor, se acordará la iniciación del arbitraje propiamente dicho, designando a los árbitros. Si no existiese OPS o, existiendo ésta, no coincide con la solicitud de arbitraje, realizará las gestiones pertinentes para celebrar el convenio arbitral. Dependiendo del éxito de estas gestiones, se archivará la solicitud o se pasará a la fase arbitral.

2. Practicar cuantas notificaciones y comunicaciones sean precisas

Son numerosas las ocasiones en que el RDSAC señala que la JAC practicará notificaciones a las partes o a los árbitros. Así, cuando se recibe la solicitud de arbitraje, se debe notificar la misma a la parte reclamada³³¹ y la decisión de archivo de la solicitud a los interesados³³² o al reclamante.³³³

También se deben notificar a los árbitros su designación como tales para un colegio concreto, la citación o emplazamiento para audiencia —según sea verbal o por escrito— que debe hacerse a las partes y a los árbitros —éstos sólo en el primer caso—, la citación a los árbitros y a las partes para la práctica de las pruebas que tenga lugar en día diferente del señalado para la audiencia, notificación a los árbitros de la prórroga del plazo y la notificación, corrección y aclaración del laudo.

Además, no siendo actuaciones expresamente mencionadas en el RDSAC, la JAC efectuará otras notificaciones que sirvan al adecuado desarrollo del procedimiento arbitral, al respeto de los principios que imperan en el arbitraje y al adecuado equilibrio entre las partes. En este sentido, el presidente de la JAC podrá ordenar la notificación a la otra parte de los diferentes escritos que presente una de ellas, o de la interpo-

³²⁷ Arts. 8.1 y 9.2 RDSAC.

³²⁸ Art. 5 RDSAC.

³²⁹ Art. 8.1 RDSAC.

³³⁰ Art. 9.2 RDSAC.

³³¹ Art. 9.1 RDSAC.

³³² Art. 8.2 RDSAC.

³³³ Art. 9.1 RDSAC.

sición de recusación de algún árbitro, y la decisión de éste al respecto, la notificación del perito designado por el colegio arbitral, etc.

Como complemento de esta función, también le corresponde la de recibir todos los escritos que se dirijan a la propia JAC o a las partes o a los árbitros, para a través de ella dirigirlos a su destinatario, quedando la debida constancia.

La práctica de estas importantes actuaciones, que sirven de manera esencial a la eficaz e igual alegación y defensa de las pretensiones e intereses de cada parte, corresponde al secretario de la JAC. El RDSAC sólo le atribuye esta función cuando interviene en el colegio arbitral,³³⁴ pero no tendría sentido que, siéndolo principalmente de la JAC, en ésta no tuviera el cometido que sí le compete en fase arbitral.

En cuanto a la forma en que se deben practicar las notificaciones, lo único que se exige es que la notificación se lleve a cabo de forma fehaciente,³³⁵ lo que no significa que sólo notarialmente se pueda realizar, admitiéndose también aquellas otras que ofrezcan garantía de que han sido efectuadas, como puede serlo el correo certificado con acuse de recibo..., etc. Merecen la pena traer aquí a dos sentencias que han tratado de esta cuestión. En primer lugar, la dictada el 22 de enero de 1993 por la Audiencia Provincial de Cantabria, que establece que ninguna norma impone que las notificaciones y citaciones deban realizarse según la LEC, ni siquiera por escrito, siendo admisible las que se realicen de modo oral, salvo trámites reglados legalmente, entre los que incluye las notificaciones y citaciones para práctica de pruebas; considera que lo único decisivo es salvar el derecho de las partes a ser oídas y a intervenir en la práctica de las pruebas, como exige el art. 26 LA; resulta así perfectamente admisible la citación telefónica, de la que se dejó constancia en las actas de los árbitros y acreditada mediante prueba testifical, “no siendo exigible formalidad alguna en las comunicaciones entre la Corte Arbitral y las partes, salvo en los supuestos en los que la Ley expresamente impone alguna, y habida cuenta del principio de libertad de formas que inspira todo el procedimiento, que puede incluso ser verbal, según queda dicho, es claro que no puede hacerse reproche alguno a esa forma de citación cuando su realización resulta de sobra acreditada, se insiste, no sólo por la prueba testifical, sino por la diligencia extendida por el Sr. árbitro correspondiente en los sucesivos actos”.

Por su parte, la de 1 de enero de 1994, de la AP de Ciudad Real, que, apoyándose en el art. 59 de la Ley 30/92, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJAP), da por buena cualquier notificación, con tal de que deje suficiente constancia de la recepción por el interesado o su representante, de la fecha, identidad y el contenido del acto notificado.³³⁶ No obstante, si una carta con acuse de recibo no acreditara su contenido, por virtud del 58.3 LRJAP, las notificaciones defectuosas surten efecto a partir de la fecha en que el interesado realiza actuaciones que suponen el conocimiento del contenido de la resolución o interpone el recurso procedente: cuando se cumple el laudo o se interpone recurso contra él. “El laudo de consumo no es un acto administrativo, pero es tratado como tal a

³³⁴ Art. 11.4 RDSAC.

³³⁵ Arts. 17.2 RDSAC y 33.2 LA

³³⁶ En esta línea, el art. 9.6.III del Reglamento de la LOTT establece que las notificaciones se efectuarán conforme la normativa de procedimiento administrativo.

los efectos de su notificación. Lo que no causa extrañeza si se repara en el fuerte intervencionismo de la Administración en el arbitraje de consumo y, sobre todo, en que el Secretario de la JAC, que actuará como tal en el colegio arbitral y sobre quien recae la responsabilidad de las notificaciones (11.4 RDSAC), es un funcionario público (3.4 RDSAC) lo que significa que en la práctica operará como si el arbitraje de consumo fuera (aunque no lo es) una actividad administrativa más”.³³⁷

3. Preparación del arbitraje

Una vez admitida la solicitud de arbitraje y comprobada la existencia de convenio arbitral, la JAC podrá designar a los árbitros, función que es abordada más abajo con autonomía respecto de ésta otra administrativa. Sin embargo, no se agotan ahí las actividades que caben realizarse para preparar el arbitraje, antes incluso de la designación de los árbitros. Ciertamente que es preciso resolver alguna cuestión accesoria de la principal, que es la admisión del arbitraje. Me refiero a aspectos tales como la determinación de la clase de arbitraje —de Derecho o de Equidad—, del lugar de constitución del colegio arbitral, del desarrollo del arbitraje y de la emisión del laudo.

Respecto del tipo de arbitraje, si de Derecho o de Equidad, esta labor tiene escasa trascendencia en la práctica del de consumo, pues salvo que las partes hayan acordado otra cosa, lo será de Equidad. No obstante, adviértase que si existe desacuerdo al respecto, no habrá verdadero convenio arbitral.

Las demás circunstancias expresadas están siempre sujetas a la voluntad de las partes o al acuerdo de los árbitros.³³⁸ Sin embargo, principalmente las que se refieren al lugar de desarrollo del arbitraje, es conveniente que este aspecto sea decidido por la JAC, teniendo en cuenta que puede formar parte de las actividades de difusión del SAC y facilitación del acceso a los consumidores que se desarrollen por aquélla. Así, por consideración a las posibilidades económicas de la JAC, el domicilio del consumidor y el del empresario, la proximidad de asociaciones de consumidores y empresarios, el presidente de la JAC puede disponer que el arbitraje se desarrolle en un lugar diferente de la sede de la JAC.

Conectada con la función mediadora que corresponde a la JAC, también puede por el presidente de la misma proveer a la subsanación de determinados defectos que estime que pueden ser un día un escollo para dictar el laudo o que pueden fundar un eventual recurso de anulación. Así, habiéndose llegado a algún tipo de acuerdo parcial sobre la cuestión litigiosa, podrá ser reflejado en un acta, donde se dejarán expresados igualmente los términos de la misma que aún permanecen en liza, se fijarán el domicilio de las partes a efectos de notificaciones, podrán completarse los defectos apreciados en cuanto a la legitimación o capacidad de las partes, dejar expresa constancia del sometimiento a la JAC aunque inicialmente se hubiera hecho la sumisión a otra diferente, etc.

³³⁷ MARÍN LÓPEZ, “El arbitraje...”, o.c., p. 23.

³³⁸ Art. 24.1 LA.

4. Colaboración en las eventuales intervenciones jurisdiccionales

La JAC prestará la colaboración que sea precisa para que pueda llevarse a cabo la intervención jurisdiccional que sea requerida con ocasión del arbitraje de consumo. Así cuando sea precisa para la práctica de pruebas, para solicitar medidas cautelares, para instar la ejecución forzosa o para interponer los recursos de anulación y de revisión.

5. Velar por el cumplimiento de las garantías y normas que rigen el arbitraje de consumo

No está expresamente establecida esta función por el RDSAC. Sin embargo, la responsabilidad que la LA atribuye a las instituciones arbitrales en su art. 16.1 LA es motivo más que suficiente para comprender la facultad de los presidentes de las JAC de vigilancia en el cumplimiento debido de la obligación de laudar que tienen los árbitros, que debe cumplirse con sujeción a unas normas que, siendo mínimas, son inalterables.

Entiendo que, de esta manera, se pueden dirigir escritos a los árbitros instándoles a que dicten el laudo dentro del plazo prescrito, advirtiéndoles de la proximidad del mismo. Igualmente podrá advertir a los árbitros que sean sospechosos de estar incursos en algún motivo de recusación, que de no abstenerse estarán obligados a comunicar tal circunstancia a las partes.³³⁹ No podrán designar árbitros quienes en alguna ocasión hubiesen dictado el laudo fuera del plazo establecido o hubieren incurrido en responsabilidad declarada judicialmente.³⁴⁰

Igualmente, realizarán tareas de formación de los árbitros, procurando también celebrar reuniones con ellos a fin de debatir aspectos dudosos y unificar criterios.

e. *Designación del Colegio Arbitral*

Esta función de designación a los árbitros, puede ser asumida por las JAC por la autorización que, con carácter general, se contiene en los artículos 9.2, 10.1 y 14 LA.³⁴¹ En este último se exige que el nombramiento se efectúe conforme a los reglamentos de la Corporación o Asociación, lugar que aquí corresponde al RDSAC. No obstante, la citada disposición advierte que será preciso que se respeten los requisitos exigidos por la propia LA así como que no podrán serlo quienes hubieran incumplido su obligación de laudar en el plazo que se les concedió ni quienes hubieran sido condenados como responsables por su intervención en algún arbitraje anterior.

³³⁹ Art. 17.3 LA.

³⁴⁰ Art. 14 LA.

³⁴¹ Sobre esta posibilidad advierte ALMAGRO, "La ejecución...", cit., p. 17, que las críticas que se hicieron a la LADP no destacaron debidamente la "función de dogal a que estaban predestinadas las normas relativas a la designación de los árbitros, limitativas de las posibilidades de ser árbitros o de deferir el nombramiento a un tercero, impidiendo el arbitraje institucional". CORTÉS DOMÍNGUEZ dice que esta Ley del 1953 es uno de los más claros ejemplos de las consecuencias jurídicas a que conduce la autarquía como la que se vivió en aquella época de la historia de España (*Derecho Procesal civil internacional*, Madrid, 1981, p. 209).

Esta función corresponde a la JAC, aunque no esté incluida en el artículo 4 RDSAC, donde se hace la enumeración de las que se atribuyen a la misma, porque así cabe deducirlo, principalmente, del art. 11 RDSAC. Esta última disposición merece ser criticada porque deja sembradas numerosas dudas, incluso de su legalidad, como se verá a lo largo de esta exposición. La primera es la de que no establece de modo terminante que sea la JAC quien puede designar el colegio arbitral. A la designación se refieren los arts. 10 y 11 RDSAC, sin que en ellos se establezca expresamente que es la JAC a quien corresponde tal cometido,³⁴² pero así hay que concluir considerando que es a éste órgano a quien se atribuyen las misiones de elaborar y mantener actualizadas las listas de árbitros,³⁴³ que sólo se contempla como excepción que sean las partes quienes pueden hacerlo,³⁴⁴ mientras que aparece como forma ordinaria la “designación de oficio”,³⁴⁵ oficialidad que no puede corresponder a nadie más que a la misma JAC, pues nadie más interviene en el arbitraje, además de las partes.

Otra cuestión que el RDSAC no resuelve nítidamente es la relativa a quién, de entre los componentes de la JAC, es el que efectivamente tiene que designar a los árbitros. Entiendo que es un acierto la solución adoptada por la práctica, donde se atribuye esta misión al Presidente de la JAC, asumiendo el Secretario la fundamental misión de dirigir las tareas administrativas, dejando constancia de las decisiones del primero. Aunque esto se ha dicho más arriba ya, creo oportuno que se recuerde aquí —porque, como se verá, el art. 11 RDSAC contiene algunas previsiones de funcionamiento automático en la designación de los árbitros—, que podría hacer pensar que otro miembro de la JAC, no sólo su Presidente, podría designar los árbitros. No lo estimo así, porque, a pesar del pretendido automatismo, las designaciones exigen siempre un mínimo de control, en cuya virtud se puede hacer saltar el turno establecido; lo que ocurriría en los supuestos de estar incurso en causa de abstención —de esto se tratará más adelante—, ser licenciado en Derecho, haber respetado el plazo para laudar en ocasión anterior, etc.

La designación de los árbitros se debe efectuar de diferente manera, según se trate del Presidente del Colegio o de los Vocales. El Colegio Arbitral se integra también por el Secretario; pero en ocasiones es posible el nombramiento de un “Secretario accidental”. Para comprender mejor la embarullada regulación que se contiene en el art. 11 RDSAC, se van a tratar separadamente los supuestos de designación del Presidente, de los Vocales y del Secretario del Colegio. No obstante, para el cumplimiento de esta función de designación, se impone a la JAC el cometido de mantener actualizadas unas listas, de árbitros y secretarios, a lo que primeramente se hará mención; se trata de una función implícita en la principal de designar a los anteriormente citados.

1. Mantener actualizadas las listas de árbitros y secretarios de colegios arbitrales

Esta función viene establecida por el art. 11.2 RDSAC para los árbitros.³⁴⁶ Aun-

³⁴² Sólo se afirma expresamente respecto del Secretario accidental: art. 11.4 RDSAC.

³⁴³ Art. 11.2 RDSAC.

³⁴⁴ Art. 11.1.a) RDSAC.

³⁴⁵ Art. 11.1.b) y c) RDSAC.

que no se dice igual de claro para los Secretarios, así hay que entenderlo de lo prevenido en el art. 11.4 de dicha norma.³⁴⁷

Si observamos la redacción del art. 11 RDSAC, a la JAC no le compete designar las personas que engrosaran tales listas, sino que recabarán a otros que las designen. Obsérvese que ni el Presidente ni el Secretario deciden quienes las integrarán: la Administración Pública de que dependa la JAC designará a quienes vayan a actuar como Presidentes y Secretarios de Colegios,³⁴⁸ mientras que las Asociaciones y Organizaciones de consumidores y de empresarios harán lo propio con los Vocales.³⁴⁹

En cualquier caso, entiendo que la JAC no debe adoptar una actitud absolutamente pasiva, siendo parte de su cometido el dirigirse a los referidos organismos solicitándoles que les propongan algunos nombres a tal fin. Además, el Presidente de la JAC decidirá si admite o no los árbitros propuestos. Este control se extiende a verificar si los árbitros han aceptado el cargo para el que fueron propuestos, si no se encuentran incurso en algunas de las incompatibilidades del art. 14 LA, si reúnen la cualificación adecuada, etc.

La JAC velará porque las personas propuestas acepten el cargo para el que han sido promovidos, con carácter general. Es frecuente que se elaboren estas listas sin constar dicha aceptación, que sólo es cumplimentada en el momento de constituirse el Colegio arbitral, para el que eventualmente pudiera haber sido designado como árbitro. Estimo que esto es un grave defecto en el funcionamiento de las JAC, pues no podrán ser incorporados a las listas quienes no han manifestado su voluntad de participar como árbitros en el SAC.³⁵⁰ Por otro lado, si el procedimiento arbitral de consumo comienza con la designación del Colegio,³⁵¹ se precisa una previa aceptación del cargo por el árbitro, aunque sea genéricamente hecha, pues de otro modo se contravendría la LA.³⁵² El arbitraje, propiamente dicho, no puede dar comienzo ni, por consiguiente, principiar el cómputo del plazo, si no lo han aceptado todos los sujetos que lo deben protagonizar. Si las partes ya en el convenio arbitral expresaron su voluntad de que así

³⁴⁶ Art. 11.2 RDSAC: “Cada Junta Arbitral de Consumo mantendrá actualizadas las listas de Presidentes de Colegios Arbitrales, así como de los árbitros inscritos por las Asociaciones de Consumidores y Usuarios y las Organizaciones Empresariales que se hayan adherido a la misma”.

³⁴⁷ Art. 11.4 RDSAC: “... En caso necesario, la Junta Arbitral podrá designar Secretario, entre personal al servicio de las Administraciones Públicas previamente nombrados al efecto por la Administración Pública de la que dependa dicha Junta”.

³⁴⁸ En la *Memoria 95-96*, o.c., p. 41, se hace constar que el número de Presidentes de Colegio arbitral en España era de 302, sin que se afirme nada respecto a los Secretarios, de donde cabe pensar que no se está cumpliendo esta previsión del RDSAC. Teniendo en cuenta que en 1996 se dictaron unos 3.684 laudos, los presidentes de colegio debieron intervenir, como media, en unos 12 arbitrajes cada uno.

³⁴⁹ Las asociaciones de consumidores participan en el SAC con 1.082 árbitros; las de empresarios, con 2.284 (*Memoria 95-96*, o.c., pp. 41 y ss.).

³⁵⁰ Recuérdese que la SAP de Valencia, 16.09.95, señala que la excepción que respecto al art. 15 LA constituye el RDSAC tiene valor en cuanto que las partes expresamente se someten a dicho reglamento, de modo que la JAC debe someterse al mismo ajustadamente, pues en otro caso se estaría produciendo un grave incumplimiento de la voluntad de las partes, no consentido por la LA.

³⁵¹ Art. 10.1 RDSAC.

³⁵² Art. 15 LA.

fuera, los árbitros no lo hacen en el momento en que son designados;³⁵³ salvo que previamente, y con carácter general, hubieran expresado su conformidad.³⁵⁴

Para entender adecuadamente esta cuestión debe tenerse presente que el momento de principiar el arbitraje es decisivo fundamentalmente para los árbitros, que son quienes asumen la obligación de laudar en un determinado plazo, que comienza a contar desde un concreto día. Es por esto por lo que creo que se debe ser escrupuloso en el cumplimiento de este requisito.

Respecto a la cualificación de los árbitros y secretarios, lo único que exige el RDSAC es que para ser Presidente de Colegio arbitral se ostente el título de Licenciado en Derecho y estar al servicio de las Administraciones Públicas.³⁵⁵ En cuanto a lo primero, se trata de un requisito fácil de comprobar y que no ofrece duda. Entiendo que se trata de una adecuada exigencia del RDSAC. Alguna duda cabe en cuanto a lo segundo, aunque creo que su solución es la misma que la mencionada respecto del Presidente y Secretario de la JAC,³⁵⁶ de manera que la relación de servicio puede deberse a un vínculo de naturaleza administrativa o laboral, incluso civil, a través de un contrato de arrendamiento de servicios, con la propia Administración soporte de la JAC o con otra cualquiera. Pero al menos sí que ha de verificarse este extremo, pues no podrá ser nunca Presidente de Colegio quien no guarda un mínimo de relación con alguna Administración. En otro caso, la JAC no lo debiera incorporar a la lista de árbitros.

Cuestión importante, a mi juicio, es la relativa a la prohibición para ser árbitro que se establece en el art. 14 LA.³⁵⁷ Obsérvese que ésta prohibición se hace para las Corporaciones y Asociaciones.³⁵⁸ Esto quiere decir que cuando las partes son las que directamente nombran los árbitros, no se ven afectadas por este límite. Es una forma de garantizar que las entidades que se dedican a la administración del arbitraje mantendrán en sus listas de árbitros personas que cumplen adecuadamente sus cometidos, algo que no puede ser conocido *a priori* por quienes acuden a dicha entidad solicitando arbitraje.³⁵⁹ Por consiguiente, es en garantía de los propios consumidores y empresarios que se debe cumplir esta exigencia de la LA. La misión de la JAC aquí será la de no admitir en las listas de árbitros a quienes estuvieran incurso en alguno de estos supuestos.³⁶⁰

³⁵³ Contrariamente a lo que parece que da a entender el art. 10.1 RDSAC, al decir que “el procedimiento arbitral de consumo comenzará con la designación del colegio arbitral...”.

³⁵⁴ Sin perjuicio de que ulteriormente puedan no aceptar el arbitraje concreto para el que han sido designados, pero en ese caso, a mi juicio, sólo cabe la vía de la abstención.

³⁵⁵ Art. 11.1.a) RDSAC: “El Presidente del Colegio Arbitral será designado por la Junta Arbitral, entre personal al servicio de las Administraciones Públicas, licenciados en Derecho, previamente nombrado al efecto por la Administración Pública de la que dependa dicha Junta”.

³⁵⁶ Art. 3.4 RDSAC.

³⁵⁷ Art. 14 LA: “El nombramiento de los árbitros en el supuesto del artículo 10.1 se efectuará conforme a los reglamentos de la Corporación o Asociación, siempre que se respeten los requisitos exigidos en la presente Ley y sin que puedan ser designados árbitros quienes hubieran incumplido su encargo dentro del plazo establecido o su prórroga en responsabilidad declarada judicialmente en el desempeño de anteriores funciones arbitrales”.

³⁵⁸ La exclusión por esta vía de determinados árbitros se puede interpretar también como una especie de “responsabilidad disciplinaria”, razón por la cual luego se tratará, con ocasión de la responsabilidad de los árbitros.

³⁵⁹ Aquí brota la duda de si la condena por responsabilidad o incumplimiento del plazo se verificó en algún arbitraje en el seno del SAC o en otro arbitraje diferente.

³⁶⁰ No se dice en ningún lugar la duración de esta prohibición.

Las listas deben ser actualizadas, como exige la norma,³⁶¹ es decir, reflejándose en ella todas las altas y bajas que se vayan originando. En realidad, sólo tendría sentido confeccionar estas listas si son debidamente publicadas, sea en los diarios oficiales, sea en la prensa, sea expuestas de algún modo al público. Es conveniente que quienes acuden al arbitraje sepan quienes son los que pueden llegar a resolver sus pretensiones; cualquier actitud de ocultismo no me parece que sea beneficiosa para una institución de este tipo. Por otra parte, hay que reconocer que es una auténtica garantía para quien desea ser arbitrado saber que las personas que integran una determinada lista, y no otras, serán las encargadas de resolver su litigio, de manera que el arbitrio no es absoluto, encontrándose limitado a una relación de nombres. Esta función es la que debe cumplir la elaboración de las listas, lo que exige que periódicamente sean publicadas, para su general conocimiento.

Una vez ingresados en las listas correspondientes, sus componentes formarán parte de ellas por tiempo indefinido.³⁶² Salvo que resulten incursos en alguno de los motivos anteriormente expresados, no hay razón, ni legal ni reglamentariamente prevista, para que sean excluidos de aquéllas. No obstante, cuando cese alguna de las condiciones que se dieron para el nombramiento, la JAC habrá de darles de baja. Así, respecto de los Presidentes y Secretarios de Colegios, cuando pierdan su vinculación con alguna administración, cuando la administración que los propuso los revoque, o cuando manifiesten expresamente su voluntad de no continuar participando en el arbitraje. No es motivo, en contra de lo que en alguna ocasión se ha entendido en la práctica, el cambio de destino administrativo. Es lo frecuente que las personas propuestas por la administración soporte de la JAC sean sus propios funcionarios; pues bien, existe la creencia de que cuando dicho funcionario se traslade a otra administración, incluso a otro servicio diferente, no podrá ser más designado para algún Colegio arbitral. Esto es un error, porque sólo si es revocado por quien lo propuso o expresamente manifiesta su deseo de no continuar participando en el SAC, dejará de ser presidente o secretario, para lo cual el Presidente de la JAC lo tachará de la lista, lo que será debidamente publicado.

De manera parecida acontece con quienes integran las listas de árbitros por las organizaciones de consumidores y empresarios, que cesarán cuando sean revocados por quienes los propusieron o cuando manifiesten su deseo de no continuar siendo árbitros del SAC. No es motivo, en cambio, el haber dejado de ser asociado o empleado de la asociación proponente.

Mientras figuren en las listas, los árbitros y secretarios están vinculados con el SAC y mantienen vivos sus compromisos como tales. Vuelvo a insistir en la necesidad de que el contrato de *receptum et datio arbitrii* sea debidamente estudiado por los civilistas, donde figurará, por fuerza, la relación en que se ve inmerso quien acepta figurar en una lista de árbitros.

Prevé el RDSAC que las designaciones de los árbitros sean hechas por sectores

³⁶¹ Art. 11.2 RDSAC.

³⁶² Art. 11.5 RDSAC: "Las designaciones anteriores podrán realizarse por tiempo indefinido...". Para DÍAZ ALABART, "El arbitraje...", cit., p. 185, parece lógico este nombramiento indefinido, porque así se alcanza "una mayor funcionalidad del sistema".

económicos.³⁶³ Sin duda que deben existir, como se ha señalado, listas de árbitros Presidentes de los Colegios, así como de árbitros Vocales por las asociaciones de consumidores y otra por las de empresarios. Pero lo que parece que quiere decir esta previsión del RDSAC es que se pueden formar listas de árbitros “especializados” en algún sector. En la práctica lo que ocurre es que sólo las listas de empresarios se encuentran formadas sectorialmente, no así las de consumidores.³⁶⁴ Realmente tiene algún sentido en cuanto que los consumidores no se agrupan en sectores como lo pueden hacer los empresarios. Sin embargo, no es descabellado pensar en que los árbitros puedan especializarse en temas concretos que aconsejen cierta formación. Así, por ejemplo, en materia de seguros. En este sentido podría ocurrir que ciertas asociaciones de consumidores fueran los únicos que intervinieran de determinados supuestos, como podría ocurrir con las de usuarios de seguros o de clientes de banca, por poner algún ejemplo.

2. Designar el Presidente del Colegio Arbitral o proveer a su designación por las partes

La norma general que rige en esta materia es que el Presidente del Colegio Arbitral será designado por la JAC, de entre los componentes de la lista que al efecto se habrá formado, en los términos más arriba expuestos.³⁶⁵ Esta designación se podrá hacer conjuntamente con la del resto de los miembros del Colegio, como es práctica habitual. También lo es la designación de un suplente.

Pero con carácter excepcional se contempla la posibilidad de que sean las partes quienes designen al Presidente del Colegio. Son dos supuestos los contemplados en la norma.³⁶⁶

a) Por la especialidad del objeto de la reclamación: Para el primer caso dice la norma que ambas partes lo solicitaran de común acuerdo a la JAC, y el Presidente de la misma³⁶⁷ resolverá al respecto. Como se ve, la norma lo único que hace es expresar que esta facultad de las partes tiene que ejercitarse de común acuerdo, pero no vincula a la JAC, cuyo Presidente valorará en qué modo se puede conceder lo que piden. En realidad, no se aprecia ningún criterio que pueda considerarse para resolver en sentido negativo. El único que se señala en la norma es el de que se trate de una reclamación

³⁶³ Art. 11.5 RDSAC: “Las designaciones anteriores podrán realizarse por tiempo indefinido y/o para cuestiones que afecten a sectores económicos y que se presenten ante la Junta Arbitral de Consumo”.

³⁶⁴ Al menos no otra cosa consta oficialmente, como puede comprobarse en la *Memoria 95-96*, o.c., p. 42, donde se advierte que los árbitros de los empresarios representan a los diferentes sectores, pero no se dice nada respecto de los consumidores.

³⁶⁵ Art. 11.a) RDSAC.

³⁶⁶ Art. 11.1.a) RDSAC: “El Presidente del Colegio Arbitral será designado por la Junta Arbitral, entre personal al servicio de las Administraciones Públicas, licenciados en Derecho, previamente nombrado al efecto por la Administración Pública de la que dependa dicha Junta. La facultad de designar al Presidente del Colegio podrá recaer en las partes, cuando éstas lo solicitaran de mutuo acuerdo, atendiendo a la especialidad del objeto de la reclamación. La solicitud será resuelta por el Presidente de la Junta Arbitral”.

“Si la reclamación se dirige contra una entidad pública vinculada a la Administración Pública de la que dependa la Junta Arbitral, las partes podrán elegir de mutuo acuerdo al Presidente del Colegio Arbitral, pudiendo tratarse en este caso de una persona ajena a la Administración Pública”.

³⁶⁷ Es una de las pocas ocasiones en que expresamente atribuye al Presidente de la JAC alguna función, cuando es la realidad que le corresponden la mayoría.

de arbitraje con un especial objeto; correspondería a la JAC valorar si se está o no ante tal especialidad. En la valoración de este requisito, entiendo que se debe ser flexible, pues todo el arbitraje se sustenta en la voluntad de las partes y, si éstas coinciden también en el árbitro, se obtendrá así una mejor satisfacción de las aspiraciones de los contendientes. Más dificultades concurren, a mi modo de ver, en los siguientes aspectos.

A mi juicio, sería de exigir por la JAC que las partes expresen quien es el que desean nombrar como árbitro y su aceptación. La falta de acuerdo sobre tal extremo o la falta de aceptación por el propuesto debiera ser un motivo importante para no admitir esta modalidad de designación. Así pues, o las partes en su solicitud indican quien es el que proponen y adjuntan la aceptación del propuesto, o la JAC sirve de intermediario en la proposición y aceptación de éste; es aconsejable que mientras no se produzca la aceptación del árbitro, el Presidente de la JAC no se pronuncie sobre la petición de las partes. La razón de esto último reside en que si accede a que sean ellas quienes designen al Presidente del Colegio arbitral y luego o no se ponen de acuerdo o el propuesto no acepta, sin encontrar quien asuma esta función, no quedará otra vía para resolver el caso que la intervención jurisdiccional del art. 38 y ss. LA.³⁶⁸ Es pues una razón de índole práctica que hasta que las partes no extiendan su acuerdo sobre la persona que proponen y éste acepte, la JAC no debe pronunciarse al respecto.

Otro motivo de inadmisión de la petición de las partes puede encontrarse en la persona propuesta. Además de su falta de aceptación, como se ha dicho, podría no admitirse si se trata de un no Licenciado en Derecho.³⁶⁹ Si aprecia que se encuentra en alguna de las causas de abstención y recusación, habría de constar expresamente que las partes conocen tal extremo y que no obstante aceptan su arbitraje, pues de ese modo se evita que más tarde alguna de ellas afirme que desconocía la existencia de dicha causa y formule la correspondiente recusación, con lo que podríamos encontrarnos en el punto de partida, pudiendo ocurrir que en esta segunda ocasión las partes ya no lleguen a ningún acuerdo.

Dos dificultades se suscitan, también relativas a las condiciones que debe reunir el Presidente del Colegio. La primera, si ha de ser extraído de la lista de árbitros o puede ser persona ajena a la misma. La segunda, si forzosamente tiene que ser persona vinculada con la administración o no. En cuanto a lo primero, nada parece indicar que las partes se encuentren limitadas a las personas señaladas en la lista, lo que carecería además de fundamento, pues concedida a las partes la posibilidad de acudir a un árbitro “especialista” en la materia objeto del arbitraje, no se entiende por qué habrían de limitarse al ámbito señalado por la JAC.³⁷⁰

³⁶⁸ En contra de que sea aplicable al intervención jurisdiccional DÍAZ ALABART, “El arbitraje...”, cit., p. 183. Se ha señalado que la designación judicial no está pensada para el *arbitraje institucional*, sino para el denominado *arbitraje ad hoc* (LORCA NAVARRETE, *Derecho de arbitraje interno e internacional*, Madrid, 1989, pp. 71 y 73), por lo que no sería aplicable al SAC. No obstante, BADENAS CARPIO, “El procedimiento arbitral...”, cit., p. 90, entiende “si llegara el caso improbable de que no pudieran nombrarse los árbitros por el procedimiento establecido en el proyecto de reglamento (por ejemplo, por boicot de las asociaciones de consumidores o de las organizaciones empresariales), nada impediría utilizar el sistema previsto entre los artículos 38 a 44 de la Ley de Arbitraje”.

³⁶⁹ Entiende DÍAZ ALABART, “El arbitraje...”, cit., pp. 183 y ss., que en estos supuestos no sería preciso que se tratara de un Licenciado en Derecho, en razón de la especialidad del objeto.

³⁷⁰ En contra, dice DÍAZ ALABART, “El arbitraje...”, cit., p. 183 y n. 52 que “si en las listas no apareciera ningún árbitro que satisfaga a ambas partes encuentro dudoso que puedan nombrar un Presidente ajeno a dichas lis-

En cuanto a lo segundo, interpretando *sensu contrario* lo que se previene para el supuesto siguiente, puesto en relación con lo que se afirma en el art. 11.1.a), al principio —y que ya ha sido comentado más arriba, al tratar de las condiciones para ser admitido en la correspondiente lista—, resulta absolutamente necesario que el Presidente propuesto por las partes sea alguna persona vinculada con alguna administración, no necesariamente con la que sustenta la JAC.³⁷¹ El Presidente “especialista” deben ser necesariamente alguien vinculado a alguna administración pública.

Por último, un aspecto a considerar es el económico, pues lo que de ninguna manera puede ocurrir es que las partes designen a alguien que puede ser más gravoso para la JAC que si ella misma hubiera designado uno de los de su lista. También hay que advertir de otra dificultad de tipo burocrático, consistente en que quizás los trámites para satisfacer la intervención de esta persona puedan ser complejos o imposibles, por ejemplo, por no contar con asignación presupuestaria al efecto, etc. Todo ellos serán argumentos que podrían fundamentar la no aceptación de la solicitud de las partes.

b) Por ser el reclamado una entidad pública vinculada a la administración de que dependa la JAC: En este otro supuesto, la norma exige también el mutuo acuerdo de las partes, autorizándose a que en este caso el Presidente sea una persona no vinculada con la propia Administración interesada. A diferencia del caso anterior, parece que aquí la JAC está obligada a pasar por lo que las partes acuerden. Ello es lógico, pues forzar a las partes a que acepten como Presidente del Colegio a un funcionario de la misma administración interesada en el arbitraje, estaría propiciando una ulterior recusación. Numerosas dificultades se suscitan aquí, como seguidamente se verá.

Del mismo modo que en el caso anterior, el Presidente del colegio tendrá que ser Licenciado en Derecho³⁷² y de algún modo vinculado con alguna administración, no necesariamente con la soportante de la JAC, pudiendo ser ajeno a la lista de Presidentes elaborada y publicada por la JAC.

Esta eventualidad está llena de lógica, pues si la parte reclamada fuera alguna entidad dependiente de la administración de la JAC, resultaría que aquélla contaría con dos “representantes” en el colegio arbitral, uno, como vocal de los empresarios, y otro, como Presidente. Pero aquí es preciso hacer alguna precisión. De un lado, resulta que si ambas partes no se ponen de acuerdo, el Presidente será designado del modo habi-

tas, salvo cando junto a tratarse de una reclamación contra una entidad pública vinculada... la especialidad del objeto así lo requiera”, argumentando que “la posibilidad de nombrar presidente a una persona ajena al sistema arbitral es algo claramente excepcional dentro del espíritu del RDSAC. Es evidente que esa posibilidad va en detrimento de algunas características del sistema arbitral de consumo, así la gratuidad o la rapidez. Por tanto parece que si cuando la reclamación dirigida contra la administración pública por la especialidad del objeto requiera la intervención de un presidente especialista simplemente nos encontraremos ante el supuesto contemplado en el art. 11.1.a), segundo párrafo, y si las partes se ponen de acuerdo el presidente de la junta podrá acceder al nombramiento de esa persona”.

³⁷¹ El art. 11.1.a) II RDSAC advierte que cuando la reclamación se dirija contra la propia administración que sustente la JAC, el Presidente del colegio arbitral podrá ser designado por las partes, “pudiendo tratarse de una persona ajena a la administración pública”.

³⁷² Para DÍAZ ALABART, “El arbitraje...”, cit., pp. 183 y ss., a diferencia de lo que opina para el supuesto anterior, si el motivo de la especial forma de nombrar al Presidente del colegio arbitral es la intervención de la Administración, “parece clara la utilidad de que el presidente tenga conocimientos de Derecho, y salvo en el caso excepcional que he tratado más arriba de que las partes de común acuerdo, y en razón de la especialidad del objeto del arbitraje, soliciten ser ellas quienes nombren presidente, éste siempre habrá de ser licenciado en Derecho”.

tual, razón por la cual, conforme a lo que se acaba de decir, al reclamado no le interesa nada llegar a algún acuerdo en este sentido, pues el colegio parece que le será favorable. Parece difícil, pues, que llegue a utilizarse la vía que aquí se contempla. De otro lado, aunque de esto se ha de tratar más abajo, al referirme a los árbitros vocales, puede acontecer que ningún sector y ninguna asociación de empresarios ostenten cierta representación de la administración interesada en el arbitraje. Imaginemos, por ejemplo, una reclamación contra una empresa municipal de transportes o de abastecimiento de aguas. Por más que adopten formas empresariales, no son esos sus comportamientos, y no se encuadran en ninguna asociación empresarial. Previsiblemente el árbitro que represente al sector empresarial no se sienta identificado con los planteamientos de la parte por la que, teóricamente, interviene. Eso hace aún más comprensible que el reclamado se resista a designar un Presidente absolutamente ajeno a la administración. En todo caso, con lo que se acaba de decir queda puesto de relieve que los colegios arbitrales donde la parte pasiva será una entidad vinculada a la administración pública, merecen alguna crítica.³⁷³

De cualquier modo, en la práctica no me consta ningún caso en que se haya acudido a estas vías excepcionales del art. 11.1.a) RDSAC. Pero cuando esta cuestión se suscite, la función de la JAC será la de proveer lo necesario para facilitar el cumplimiento del acuerdo de las partes, velando por las garantías requeridas por la LA. Así, se comprobará que ciertamente existe acuerdo válidamente formado y expresado por ambas partes, que el acuerdo se extiende incluso al nombramiento del árbitro, notificará a éste la petición de las partes, a fin de que igualmente quede constancia en la JAC de su aceptación, y más tarde, le proporcionará los medios precisos para que pueda convocar a los restantes miembros del colegio.

3. Designar los árbitros vocales representantes de los consumidores y empresarios

También se atribuye a la JAC la designación de los árbitros vocales que sean representantes de los consumidores y de los empresarios. No es exactamente igual la forma en que el RDSAC regula el nombramiento de uno y otro, de manera que se hará referencia a ambos separadamente.

³⁷³ En este sentido pude verse BADENAS CARPIO, "El procedimiento arbitral...", cit., pp. 82 y ss., quien primeramente señala que si las partes no se ponen de acuerdo en quien deba ser el Presidente del colegio, "quedará frustrado el arbitraje y no quedará otra salida que acudir al contencioso judicial", advirtiendo que hubiera sido oportuno que se previera un criterio subsidiario para este caso y propone como salida que la presidencia del colegio, en estos casos, corresponda al representante del único sector no implicado directamente en el conflicto. Como no podrían serlo ni el consumidor, ni la administración pública, correspondería el turno al de los empresarios. Sin embargo, se suscita el interrogante de qué empresario, pues resulta complicado determinar a qué sector pertenece la administración: "... un representante de los empresarios y otro de los consumidores, pero esto resulta contrario al principio de igualdad de las partes en el proceso, pues cuando sea elegida como Presidente del Colegio una persona que no dependa de la Administración Pública, en tal caso, si fuere vocal un empresario de cualquier sector privado, la empresa pública quedaría en una situación de desventaja frente al consumidor o usuario que sí que tendría su propio representante en el Colegio arbitral. A mi juicio, nada impide que los empresarios públicos designen a sus propios vocales ante las JAC, como si se tratara de cualquier otro sector de la producción privada, de manera que, en estos casos, actuara como árbitro ante la Junta cualquiera de los miembros de la lista propuesta por dichos empresarios".

a) Designación del árbitro, vocal de los consumidores:³⁷⁴ La misma tendrá lugar extrayendo de la lista, previamente formada, el nombre de alguno de los que la integran. Pero el RDSAC distingue dos casos diferentes. En primer lugar, cuando la solicitud de arbitraje se ha formulado a través de una Organización de consumidores. En este supuesto forzosamente tendrá que ser designado alguno de los que dicha organización hubiera propuesto. Entiendo que además el nombramiento se realizará conforme a las indicaciones que la propia organización le hubiera hecho. Así, por ejemplo, cuando hubiere expresado quien intervendrá como titular y quien como suplente, quien intervendrá en los supuestos relativos a determinadas materias y quien en otros, etc.

En segundo lugar, si la solicitud ha sido directamente presentada ante la JAC, supuesto al que se debe asimilar el de la presentación a través de alguna OMIC u otro organismo público, la JAC podrá designar libremente los árbitros, sin considerar las directrices marcadas por cada organización de consumidores. Sería adecuado que cada JAC adoptara algún acuerdo acerca de cómo se procederá en estos casos, siendo aconsejable, a mi juicio, que se procure turnar a todos los árbitros, con independencia de que hayan sido propuestos como titulares o suplentes. La propuesta de árbitros de las organizaciones hecha en forma condicionada, entiendo que sólo debe vincular a la JAC cuando la solicitud de arbitraje se haya producida en la forma expresada más arriba; en cualquier otro supuesto, la designación puede libremente producirse, procurando beneficiar por igual a todas las organizaciones, así como facilitar la formación de los árbitros, que no tienen por qué ser permanentes suplentes; además de que la participación de numerosos árbitros en el SAC sirve de difusión del mismo.³⁷⁵

Una dificultad, relativa a los supuestos que se contemplan, ha sido advertida ya.³⁷⁶ Me estoy refiriendo a la hipótesis en que el reclamado no sea un empresario sino una asociación de consumidores. No me parece que pueda entenderse que aquí los árbitros de la lista de las asociaciones de consumidores asuman el papel de defensores de los intereses de este sector, como así se ha propuesto.³⁷⁷ Esta solución presenta el inconveniente de que si se entiende que la lista referida defiende los intereses de las asociaciones de consumidores, no encontraremos a dónde acudir para encontrar quienes defiendan los intereses de los consumidores, habida cuenta de que la otra lista que queda es la de los empresarios. Estimo como más acertada la idea de que en estos supuestos las asociaciones de consumidores son asimilables a los empresarios, principalmente a los de algún sector de servicios. De otra parte, no se puede olvidar que estos últimos también intervienen a propuesta de alguna asociación, de manera que tampoco les deja de interesar el tema. En todo caso, el artículo 11 RDSAC no da pie a otra salida que no sea la de designar un vocal extraído de la lista de asociaciones de consumidores, y otro de la lista de asociaciones empresariales.

³⁷⁴ Art. 11.1.b) RDSAC: “La designación de representantes de los consumidores se efectuará de la forma siguiente:

Quando la reclamación se formule a través de una Organización de Consumidores, el representante será el designado por la misma en la Junta Arbitral.

Si la reclamación se presenta directamente en la Junta Arbitral, la designación se hará de oficio entre los representantes propuestos previamente por las Asociaciones de Consumidores y Usuarios”.

³⁷⁵ Por estas razones creo que es mejor turnar a todos los árbitros que no acudir a la vía del sorteo.

³⁷⁶ DÍAZ ALABART, “El arbitraje...”, cit., p. 184.

³⁷⁷ DÍAZ ALABART, loc. ult. cit.

b) Designación del árbitro, vocal de los empresarios:³⁷⁸ De modo parecido, el RDSAC diferencia dos supuestos. Cuando el empresario reclamado pertenece a alguna asociación que se encuentre adherida al SAC, el árbitro será designado de entre los propuestos por dicha asociación. En otro caso, es decir, cuando el empresario no pertenezca a alguna asociación de empresarios o cuando aquélla a la que pertenezca no se hubiera sumado al SAC, se designará como árbitro a alguno de los propuestos por cualquiera de las asociaciones que sí estuvieran adheridas.

Cabe repetir aquí lo que se ha dicho más arriba respecto a los árbitros representantes de las asociaciones de consumidores, en orden al turno para su nombramiento y respecto a la posibilidad de que la reclamada fuera la propia asociación de empresarios.

Sólo una cosa resta por añadir, referente a que las asociaciones de empresarios, no siendo de algún sector concreto de la economía, pueden facilitar la lista de sus árbitros atendiendo a los diferentes sectores. Cuando así ocurra, es conveniente que se designe alguno de entre los pertenecientes al mismo sector que el reclamado, o, al menos, que sea afín.

4. Designar al Secretario del Colegio arbitral

Creo que es un criterio acertado que se exija la presencia de un secretario en el Colegio Arbitral. Esta función, como se ha dicho ya, le es asignada al Secretario de la JAC. No obstante, el RDSAC permite que “en caso necesario” la JAC designe otro.³⁷⁹ Aunque no se especifique a quien corresponde tal facultad, conforme a lo que venimos manteniendo, estimo que debe ser el Presidente de la misma quien la asuma. A él compete valorar si se está o no en presencia de un “caso necesario”, condición respecto de la cual nada dice el RDSAC. Esta necesidad puede tener que ver con la imposibilidad de que el Secretario de la JAC pueda asistir al acto de audiencia o de otro tipo —v.gr., de práctica de alguna prueba— al que se hubiera convocado al Colegio o con una política de actuación territorial que obligaría a continuos desplazamientos al Secretario de la JAC. En cualquier caso, sea cual sea el motivo que se tenga por justificante de la medida, habrá de ser debidamente razonado, caso por caso.

La redacción del artículo no permite suponer que se puedan designar estos Secretarios “accidentales” con carácter de permanentes, sino que habrán de hacerse caso a caso, para cada Colegio Arbitral. Además, la designación puede hacerse para todas las actuaciones del Colegio o sólo para algún caso puntual. Así, podrá actuar el Secretario accidental como tal sólo en el acto de audiencia, sin asumir las labores de notificaciones, convocatorias y citaciones, documentación, etc., que continuarían siendo ejercidas por el que lo sea de la JAC. Al no disponer nada al respecto el RDSAC, el Presidente

³⁷⁸ Art. 11.1.c) RDSAC: “El representante de los sectores empresariales será el designado por éstos en la Junta Arbitral, cuando el reclamado forme parte de una Organización adherida al Sistema Arbitral. En los demás casos lo será el designado de oficio entre los propuestos previamente por las Organizaciones empresariales que se hayan adherido a la misma”.

³⁷⁹ Art. 11.4 RDSAC: “El Secretario de la Junta Arbitral de Consumo actuará como tal en el Colegio Arbitral, con voz pero sin voto, facilitando el oportuno soporte administrativo y siendo el responsable de las notificaciones. En caso necesario, la Junta Arbitral podrá designar Secretario, entre personal al servicio de las Administraciones Públicas previamente nombrados al efecto por la Administración Pública de la que dependa dicha Junta”.

de la JAC podrá adoptar el criterio que estime conveniente, incluso quizás caso a caso. Pero no estaría de más que acordara el modo de proceder con los Presidentes de los Colegios y el Secretario de la JAC, a fin de coordinar los cometidos de cada cual y evitar que inoportunas faltas de coordinación originen algún defecto de funcionamiento. Así, siempre debe quedar bien claro a quien corresponde la misión de notificar y convocar a las partes, etc.

Como ya se ha visto, es preciso que se forme una lista de Secretarios accidentales, a propuesta de la administración de que dependa la JAC, cuyo único requisito será el de estar al servicio de alguna administración pública, aunque sea diferente de la antes referida. Parece oportuno que la designación concreta por la JAC se efectúe por riguroso turno, sin perjuicio de otros razonables criterios, como el del lugar donde se constituirá el Colegio.

E. Responsabilidad de las JAC

La LA contiene una disposición de sumo interés, relativa a la responsabilidad de quienes intervienen en el arbitraje,³⁸⁰ que alcanza también a la institución arbitral, en el presente caso, a la JAC.³⁸¹ Además de que hacer responsable a las instituciones arbitrales es criterio de justicia, la asunción de su responsabilidad aumenta el prestigio de la institución,³⁸² de modo que me parece un acierto en todos los casos y, especialmente, en el que nos interesa del SAC, en el que se ha establecido como misión la protección de los consumidores.

No existiendo ninguna previsión específica en el RDSAC, es preciso realizar una aplicación de lo prevenido en el art. 16.1 LA al sistema arbitral que nos ocupa. A la vista de lo que dicha disposición establece, resulta que no son coincidentes las responsabilidades en que incurren las instituciones arbitrales y las que corresponden a los árbitros, pues las mismas derivan del fiel cumplimiento de su encargo, y son diferentes los encargos que a cada cual se hacen: A los árbitros, laudar; a las instituciones arbitrales, designar los árbitros y administrar el arbitraje.³⁸³ El nacimiento de la obligación de arbitrar y la de administrar el arbitraje nace, en todo caso, con la aceptación por los árbitros,³⁸⁴ en el primer caso, y con la aceptación de la institución, en el segundo.³⁸⁵

³⁸⁰ Art. 16.1 LA: "La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la Corporación o Asociación, a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa. En los arbitrajes encomendados a una Corporación o Asociación el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros".

³⁸¹ Señala ROCA, *Arbitraje e instituciones*, o.c., p. 223, siguiendo a FOUCHARD, "Les institutions...", o.c., pp. 228 y ss., que existe un doble control en el arbitraje: sobre los presupuestos y requisitos del arbitraje, y sobre la actuación de la institución y sus decisiones en el desarrollo del arbitraje. En este último se encuadra la exigencia de responsabilidades del art. 16.1 LA.

³⁸² ROCA, *Arbitraje e instituciones...*, o.c., p. 223.

³⁸³ MONTERO, *Comentario breve...*, p. 95.

³⁸⁴ Art. 16.1 LA: "La aceptación obliga a los árbitros [...] a cumplir fielmente su encargo...".

³⁸⁵ Art. 10.3 LA: "La Corporación o Asociación quedará obligada, desde su aceptación, a la administración del arbitraje". También el art. 16.1 LA: "La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la Corporación o Asociación, a cumplir fielmente su encargo...". No obstante, parece que una interpretación conjunta de ambas disposi-

A la vista de la norma contenida en el art. 16.1 LA, citado, la responsabilidad de la institución arbitral puede dimanar de la no aceptación del encargo, del incumplimiento del que se le hubiera hecho y hubiera aceptado, y de la actuación de los árbitros.³⁸⁶ A las tres se hará seguidamente referencia, procurando no perder de vista que aquí interesa lo relativo a la responsabilidad de las Juntas Arbitrales de Consumo.

a. *Por no aceptar el arbitraje*

Se trata aquí del supuesto en que un consumidor solicite el arbitraje de una determinada JAC y ésta lo rechace, indebidamente. La pregunta que cabe es la de si existe obligación en las instituciones arbitrales de aceptar el arbitraje. En sentido afirmativo se ha argumentado que “la existencia misma de la corte o tribunal, su salida a la vida pública, su oferta como institución arbitral, la propuesta de un modelo de convenio o cláusula arbitral para introducir en los contratos, vincula a la propia corporación o asociación, que luego no podrá rechazar la administración de un arbitraje concreto que se sometiere o cumpliera a todos los requisitos del reglamento”.³⁸⁷ Si esto se afirma respecto de cualquier institución arbitral, mucho más debe hacerse cuando se trata del SAC, que es instaurado por la administración pública, cumpliendo un mandato legal, en beneficio de un sector de la ciudadanía.

Sin duda que la JAC puede rechazar las solicitudes de arbitraje cuando aprecien que concurren algunas de las circunstancias que la LA establece como excluyentes del arbitraje: la ausencia de convenio arbitral, la falta de disponibilidad del objeto arbitrable, etc. Incluso, cuando la sumisión al arbitraje se hace imponiendo una serie de condiciones que no son aceptables por la institución arbitral. Esto último ocurriría si las partes acuerdan someterse al SAC, pero, por ejemplo, establecen un plazo inferior al reglamentariamente establecido, o que los árbitros sean directamente designados por ellas, etc.

Cuestión diferente sería que la institución, por medio de su reglamento, se reservara la facultad de admitir o rechazar discrecionalmente las solicitudes de arbitraje, pero que no es aquí de interés, pues no es el caso del SAC.³⁸⁸

b. *Por incumplimiento del encargo*

Una vez que la institución arbitral acepta el encargo, éste ha de ser cumplido fiel-

ciones conduce a concluir que, sin duda, la aceptación de la Corporación le obliga a la administración del arbitraje, pero que esta obligación queda en suspenso hasta que los árbitros acepten el arbitraje. A esta interpretación coadyuva el que el arbitraje, en la LA, no comienza hasta la aceptación de los árbitros —art. 22 LA—, de manera que hasta entonces no hay nada que administrar.

³⁸⁶ Vid. ROCA, *Arbitraje e instituciones...*, o.c., pp. 224 y ss., MONTERO, *Comentario breve...*, o.c., pp. 96 y ss.

³⁸⁷ MONTERO, *Comentario breve...*, o.c., p. 97.

³⁸⁸ Se trataría de una especie de *reserva reglamentaria de la aceptación discrecional*, posibilidad que es rechazada por MONTERO, *Comentario breve...*, o.c., pp. 95 y 97, pues la simple negativa ya causa un perjuicio para los confiantes en la oferta pública hecha por la institución arbitral, además del consiguiente perjuicio para la seguridad jurídica. En contra, vid. ROCA, *Arbitraje e instituciones...*, o.c., p. 225, afirmando que “... a la hora de establecer dicho ámbito, es decir, al determinar las causas por las que la institución pueda rechazar la administración de un concreto arbitraje, no existe ningún tipo de limitaciones, por el contrario, podrá ésta reservarse el derecho de aceptar o rechazar discrecionalmente los encargos que se le presenten”

mente.³⁸⁹ En el caso del SAC, una vez aceptada la solicitud de arbitraje, la JAC habrá de realizar todas las actuaciones pertinentes. Aunque el arbitraje propiamente dicho no comienza hasta que sean designados los árbitros, la JAC que admite una solicitud de arbitraje asume también el compromiso de realizar todas las actuaciones que sean precisas para mediar entre las partes,³⁹⁰ para favorecer la formalización del convenio arbitral,³⁹¹ notificando a la parte reclamada la solicitud del consumidor,³⁹² notificando la no aceptación del arbitraje por el empresario reclamado³⁹³ y para facilitar el inicio del procedimiento arbitral, designando el colegio arbitral.³⁹⁴

Hecha la designación del colegio arbitral, da comienzo el procedimiento arbitral,³⁹⁵ en el que el protagonismo lo asume el colegio de árbitros, limitándose la labor de la JAC a la administración del arbitraje, comprensiva del deber de practicar las notificaciones y el oportuno soporte administrativo,³⁹⁶ que es confiado al secretario del colegio.

La responsabilidad de la JAC nace desde el instante en que es aceptado el arbitraje, mediante la admisión de la solicitud que le haya sido presentada por el consumidor. Y aquélla se extiende sobre los daños y perjuicios que sean ocasionados por su incumplimiento o cumplimiento defectuoso, por dolo o culpa, de las referidas funciones.

c. *Por las actuaciones de los árbitros*

Es aplicable también al SAC la previsión de la LA según la cual “en los arbitrajes encomendados a una Corporación o Asociación el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros”.³⁹⁷

Son dos las acciones que se reconocen en la disposición transcrita, respondiendo a diferente fundamentación.³⁹⁸ Una, la acción directa por los daños y perjuicios que hayan ocasionado los árbitros en el cumplimiento de sus funciones;³⁹⁹ otra, de resarci-

³⁸⁹ Art. 16.1 LA.

³⁹⁰ Art. 4.b) RDSAC.

³⁹¹ Art. 4.a) RDSAC.

³⁹² Art. 9.1 RDSAC.

³⁹³ Art. 8.2 RDSAC.

³⁹⁴ Arts. 10 y 11 RDSAC.

³⁹⁵ Art. 10.1 RDSAC.

³⁹⁶ Art. 11.4 RDSAC.

³⁹⁷ Art. 16.1 *in fine* RDSAC.

³⁹⁸ En este sentido conviene recordar a CREMADES, “El arbitraje en el siglo XXI”, *La Ley*, 1990, 4, p. 1.189, cuando distingue entre “mera culpa *in eligendo* en que puede incurrir la entidad designadora y la culpa *in vigilando* de una institución verdaderamente tutelar del procedimiento”.

³⁹⁹ MONTERO, *Comentario breve...*, o.c., p. 98, afirma que, en cuanto legitimación pasiva extraordinaria, en la acción directa “la parte perjudicada no podrá afirmar que la entidad sea la titular de la obligación, dado que ella no ha sido la que ha actuado con dolo o culpa causando el daño y/o perjuicio, pero la ley legitima pasivamente a la entidad para ser demandada y condenada. Esta norma es evidentemente procesal y permite que, partiendo de una relación jurídica entre las partes y el árbitro, aquélla dirija la petición de tutela jurídica, no ya contra el árbitro, sino contra la corporación o asociación, la cual queda legitimada, no por la titularidad de la relación jurídica, sino por la ley”.

miento en favor de la institución arbitral, que nacerá de la sentencia donde ésta haya sido condenada en virtud de aquélla acción directa.⁴⁰⁰

Los autores se vienen planteando la duda sobre si la acción directa procede en todos los supuestos o no. Y la discordia nace por consideración a quien fue el responsable de la designación de los árbitros. Así, mientras alguno entiende que si es la misma institución —la JAC en nuestro caso— quien los designó,⁴⁰¹ para otros, es intrascendente tal diferencia, pues la LA no la considera, no estando nosotros autorizados a hacer distinciones donde la ley no las hace:⁴⁰² “es lógico que responda de la actuación de éstos, por cuanto la relación de confianza sobre la que descansa el arbitraje ha sido trasladada (por voluntad de las partes) de los árbitros a la Institución; responde, en definitiva, por su propia actividad, ya que el nombramiento habrá de hacerse con las máximas garantías de eficacia. Cuando la designación de los árbitros sea hecha sin intervención de la Institución arbitral, el fundamento de la responsabilidad de éstas ya no puede ser la relación de confianza y la profesionalidad en la elección, por cuanto no son ellas quienes la llevan a cabo; tampoco estará en las propias funciones que desempeñan las Instituciones (organización, administración y control) ya que, si bien es verdad que deben controlar el desarrollo del procedimiento arbitral y responden de su correcto desenvolvimiento, tal responsabilidad tiene fundamento en su actuación dolosa o culposa y no deriva de la actuación de los árbitros, por lo que cuando actúen diligentemente, sin negligencia alguna, no debieran responder. Sin embargo, la Ley establece tal responsabilidad y con ello establece un nuevo supuesto de responsabilidad por hechos ajenos, posibilitando que la Institución que repara el daño o perjuicio causado por los árbitros repita de éstos lo que hubiese satisfecho”.⁴⁰³

Si se es partidario de hacer depender la acción directa de quien realizó la designación de los árbitros, la cuestión se complicará en aquéllos casos en los que el Presidente del colegio arbitral haya sido designado por las partes y no por la JAC.⁴⁰⁴ No obstante, en este caso no puede olvidarse que la posible designación de uno de los tres árbitros por las partes está expresamente reconocida por la normativa reglamentaria del SAC, de manera que es un riesgo que se asume por el propio sistema, que permite que los árbitros designados por la JAC compartan responsabilidades con un tercero.

En cualquier caso, tratándose la JAC de un órgano administrativo, estimo que es de aplicación aquí también lo prevenido en el art. 145.1 LRJAP, según el cual “los particulares exigirán directamente a la administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su ser-

⁴⁰⁰ MONTERO, *Comentario breve...*, o.c., p. 98, dice que “naturalmente, después del primer proceso de responsabilidad civil, la entidad podrá repetir contra el árbitro, pero eso es algo en lo que la parte perjudicada ya no entra”.

⁴⁰¹ MONTERO, *Comentario breve...*, o.c., p. 98.

⁴⁰² Así ROCA, loc. ult. cit., p. 227.

⁴⁰³ ROCA, *Arbitraje e instituciones...*, pp. 227 y ss.

⁴⁰⁴ “... si aprovechando las posibilidades que ofrece el art. 11.1.a) del RDAC, se hubiera nombrado un presidente del Colegio Arbitral a propuesta de las partes, la responsabilidad dimanante de su falta de cumplimiento fiel del encargo le sería directamente exigible a él mismo, y no existiría, por lo que a su actuación negligente, acción directa contra la Administración” (DÍAZ ALABART, “El arbitraje...”, cit., n. 57).

vicio”. De manera que la acción directa tiene aún más sentido en el ámbito del arbitraje de consumo que en otros arbitrajes institucionalizados.⁴⁰⁵

d. *Vía de reclamación de estos daños y perjuicios*

La reclamación por los daños y perjuicios causados conforme a los apartados recién citados, sólo podrá ser ejercitada por quien fue parte en el arbitraje y, eventualmente, en el recurso de anulación.⁴⁰⁶ No existe ninguna previsión legal sobre la vía adecuada para exigir esta responsabilidad, por lo que parece que sería pertinente acudir al procedimiento ordinario que por razón de la cuantía corresponda.⁴⁰⁷ Pero, habida cuenta de que estamos ante un órgano administrativo, habremos de aplicar las normas sobre responsabilidad de la administración.⁴⁰⁸

La responsabilidad se extiende sobre los daños y perjuicios causados por la actuación dolosa o culposa, lo que requiere la demostración de que aquéllos efectivamente se han producidos, de que ésta también ha concurrido y la relación causal entre ambos.

2. LOS COLEGIOS ARBITRALES

El segundo órgano que es contemplado en el RDSAC es el Colegio Arbitral (en lo sucesivo CAC). Se trata de un órgano que es designado para cada ocasión por la JAC, compuesto por tres personas que, una vez asumen su condición de árbitros, conducirán el arbitraje hasta pronunciar el laudo.

Está integrado por tres árbitros que habrán de ajustarse a las normas generales de la LA y a las particulares del RDSAC en cuanto a las condiciones para poder ser designado, así como en lo relativo a la forma en que se lleva a cabo la designación, causas de abstención y recusación y responsabilidad.

De todo ello se trata en las páginas que siguen. Antes creo que es necesario advertir que los CAC no son órganos fijos o estables, como ocurre con las JAC. Por el contrario, para cada arbitraje se designa uno nuevo, aunque en ocasiones puedan coincidir sus miembros. Existe la tendencia en alguna JAC a establecer colegios de ámbito territorial —provincial, comarcal o municipal—, con el propósito de acercar el arbitraje al conflicto o al consumidor, o con una intención funcional.⁴⁰⁹ Entiendo, por el contrario,

⁴⁰⁵ La correlativa acción de resarcimiento de la administración se establece también en el art. 145.2 LRJAP.

⁴⁰⁶ Vid. MONTERO, *Comentario breve...*, o.c., p. 98. No me imagino una responsabilidad que se pueda exigir si previamente no se ha anulado el laudo, salvo la dimanante de la no admisión de la solicitud de arbitraje, precisamente.

⁴⁰⁷ Así ROCA, *Arbitraje e instituciones...*, o.c., p. 227, quien advierte, además, que las instituciones arbitrales pueden establecer, mediante los reglamentos arbitrales, unos mecanismos ágiles para tal exigencia.

⁴⁰⁸ Vid. arts. 139 y ss. LRJAP.

⁴⁰⁹ Contrariamente DÍAZ ALABART, “El arbitraje...”, cit., p. 182, n. 44, para quien mediante la existencia de varios CAC lo que se pretende es dotar de una mayor operatividad a las Juntas Arbitrales, solventando un mayor número de reclamaciones. Argumenta también que se pretende perfeccionar el sistema creando Colegios especializados en sectores determinados del consumo, “pues en muchas ocasiones el buen conocimiento del sector de que se trate facilita la solución de la controversia, y hace innecesarias algunas pruebas periciales”. Mi experiencia en este caso no es ésta, pues la prueba se pide para justificar la decisión ante las partes, que son “colegas”.

que no cabe hablar del CAC número X, o de tal ciudad, porque, si se observa cual es el funcionamiento real de las JAC, para cada ocasión se designa un colegio. Las JAC cuentan con listas de presidentes, de vocales por los consumidores y de vocales por los empresarios, como más atrás se ha explicado, de entre los que se eligen los árbitros para cada ocasión. Naturalmente, en un lugar donde la JAC sea muy pequeña y sólo existan una asociación de consumidores y otra de empresarios adheridas al SAC, las cuales, a su vez, sólo han propuesto un árbitro cada una, el colegio arbitral será siempre integrado por las mismas personas. Pero ni en este caso podemos hablar del colegio arbitral como órgano fijo. En definitiva, el CAC se constituye⁴¹⁰ después de que el presidente de la JAC lo designa y se disuelve una vez dictado el laudo.

Lo anterior se afirma también en el caso de que alguna JAC opte por la formación de colegios de un ámbito territorial concreto, para un mejor funcionamiento del SAC —como podría ser aconsejable en las JAC de los archipiélagos o de comunidades autónomas muy extensas y carentes de JAC inferiores a la autonómica— o de un ámbito objetivo determinado, para favorecer la especialización. Aún en estos casos, en los que sería preciso elaborar unas listas de presidentes y árbitros afectos a un territorio o a un objeto litigioso concretos, el CAC sólo existe desde que es designado por la JAC, y para un caso suscitado; dictado el laudo, el CAC se disuelve.⁴¹¹

Aún siendo cierto lo que acabo de afirmar, también lo es que en la práctica alguna JAC tiene a los Colegios arbitrales como órganos estables, designándolos por el nombre de alguna población o isla, sobre cuyo territorio extiende su competencia, aunque sólo se reúna cuando exista un arbitraje. Esta práctica es inevitable. Tampoco tiene mayor importancia esta forma de funcionar, aunque no sea totalmente correcta desde un punto de vista técnico, por lo que más arriba se ha dicho. A mi juicio lo importante es que los miembros del colegio no se acaben por considerar colegas frente a las partes. No conviene generar un cierto sentimiento de compañerismo o *cuasi-gremial*, que acabaría por hacer perder el significado que tiene la diferente extracción que se hace de cada miembro.

A. Composición

Como ya se ha venido diciendo, el CAC se compone de tres árbitros,⁴¹² a los que asiste un Secretario, que será el mismo de la JAC salvo que expresamente sea designado otro. El número de árbitros que componen el CAC respeta la exigencia de la LA, que requiere que sea siempre non, en cierta correspondencia con los órganos judiciales, haciendo más dificultoso que se produzcan situaciones de empate. Incluso sigue a la norma supletoria de la propia LA, que impone tres cuando las partes nada hayan acordado.⁴¹³

⁴¹⁰ Vid. art. 12 RDSAC.

⁴¹¹ Aunque considero que el CAC debe existir durante el plazo dentro del cual se le pueden pedir aclaraciones del laudo por las partes (art. 17.2 RDSAC en relación con el art. 36.1 LA).

⁴¹² ATC 20/06/93: los árbitros “no pueden ser calificados como jueces en la acepción que a tal figura se adscribe en la Ley suprema y en las demás del ramo”.

⁴¹³ Aplaudida por MONTERO, *Comentario breve...*, o.c., p. 82.

El colegio no tiene una oficina propia, de manera que todas las labores de índole administrativa deben ser realizadas desde la JAC, para dejar constancia de las mismas. Igualmente, el archivo de todas sus actuaciones documentadas se hará en la sede de la JAC, con independencia de donde se celebraran aquéllas. Hay que tener presente que en caso de ejecución del laudo o recurso de anulación, sólo la certificación del Secretario de la JAC será útil, no la del CAC que, dictado el laudo ya no existe, ni la de su secretario, coincida o no con el de la Junta.

Uno de los árbitros será el Presidente del Colegio, a quien compete dirigir las sesiones y debates del mismo. No estando prevista la figura del ponente, es frecuente en la práctica que esta función también sea asumida por el Presidente del CAC. En cualquier decisión, integre o no el laudo, goza de voto de calidad. Pocas veces hará uso de él, pues para eso es preciso que se de un triple empate, de manera que cada árbitro defienda una postura diferente; si sólo hubiera dos posibles soluciones, el voto del presidente daría la mayoría a una de las dos, pero no sería voto de calidad.

Los vocales son dos, uno extraído de los propuestos por las asociaciones de consumidores, otro de entre los señalados por las de empresarios. Puesto que el Presidente será siempre Licenciado en Derecho, la especialización del colegio sólo puede lograrse a través del recurso a vocales que las asociaciones hayan propuesto vinculándolos a algún sector. No obstante, el INC organiza con cierta frecuencia cursos sobre determinadas materias —seguros, telecomunicaciones, agencias de viajes, etc.— a los que pueden asistir los presidentes y vocales de colegios arbitrales, con el fin de mejorar su preparación y, así, contribuir a una especialización.

B. Requisitos de los árbitros

El art. 12 LA exige que se trate de personas naturales, es decir, de personas físicas. De este modo resultan excluidas las personas jurídicas, lo que es comprensible si se tiene en cuenta que cuando se encomienda a éstas el arbitraje, lo que se está haciendo realmente es concederles la facultad de designar las personas físicas que serán quienes realmente dicten el laudo —o de que lo hagan los representantes de la persona jurídica—. ⁴¹⁴

Basta con que se trate de personas con capacidad plena en el ejercicio de sus derechos civiles, lo que significa una remisión al CC. Tal capacidad debe poseerse en el momento de la aceptación del árbitro, pero se debe mantener, naturalmente, durante todo el tiempo de duración del arbitraje. No importa que se pueda tratar de extranjeros, lo que no afecta a la nacionalidad del laudo, aunque en este caso su capacidad se rige por las de su propia ley nacional. Ya no se requiere, a diferencia de lo que ocurría con la LADP derogada, que sepan leer y escribir. ⁴¹⁵

En el supuesto de que se tratara de *arbitraje de derecho*, requiere la LA ⁴¹⁶ que los

⁴¹⁴ MONTERO, *Comentario breve...*, o.c., p. 75.

⁴¹⁵ Para MONTERO, *Comentario breve...*, o.c., p. 76, no hubiera costado nada mantener esta exigencia, que no le parece baladí, por cuanto será preciso saber leer el convenio y firmar el laudo, cuando menos, por muy de equidad que pueda ser el arbitraje, sin hacer mención a su necesidad en caso de prueba documental.

⁴¹⁶ Art. 12.2 LA.

árbitros sean “abogados en ejercicio”.⁴¹⁷ Sin embargo, el RDSAC⁴¹⁸ exige de tal exigencia a los Presidentes de CAC, aunque no a los otros dos miembros. Tengo mis dudas sobre la legalidad de esta disposición, pues constituye una flagrante derogación por un RD de lo prevenido por la LA.⁴¹⁹ No obstante, cuando el Presidente sea designado por las partes, haciendo uso de la facultad que el RDSAC les atribuye, aquél también será abogado en ejercicio.⁴²⁰

Junto a la exigencia de capacidad, a que se ha hecho mención, los árbitros deben respetar una serie de condiciones que impone la Ley. Algunas de ellas constituyen auténticas prohibiciones absolutas; otras, en cambio, tienen carácter relativo, son las causas de abstención y recusación. Ambas se contienen en el artículo 12 LA:

“3. 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, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17.2.”

“4. Tampoco podrán actuar como árbitros los Jueces, Magistrados y Fiscales en activo, ni quienes ejerzan funciones públicas retribuidas por arancel”.

Junto a las anteriores se ha de hacer referencia también a la prohibición que se contiene en el art. 14 LA, que más adelante se tratará como una especie de responsabilidad “disciplinaria”.

a. *Prohibiciones absolutas*

Las exclusiones de los jueces y magistrados⁴²¹ y fiscales⁴²² en activo ya se encontraban incluidas en sus respectivos estatutos;⁴²³ pero no se aprecia cual es la razón de

⁴¹⁷ MONTERO, *Comentario breve...*, o.c., p. 77, entiende que se trata de un pleonismo, pues sólo se es abogado si se está en el ejercicio de la profesión. Posiblemente lo que el legislador ha pretendido es excluir a los que se encuentran colegiados como no ejercientes. Advierte también que se echa en falta la referencia a algún lugar, entendiendo que para ser árbitro se debe estar colegiado en la provincia del lugar del arbitraje. Yo no lo entiendo así, pues lo que la LA parece exigir es una cierta condición de profesionalidad, con independencia del lugar donde uno la desarrolle. Si se interpretara del modo propuesto por MONTERO, resultarían excluidos los abogados extranjeros, entre otros. Bastantes críticas se han vertido ya sobre lo inadecuado de esta exigencia como para que sea objeto de una interpretación que la hace aún más restrictiva.

De otra parte, este requisito debe reunirse en el preciso momento de la aceptación del cargo, siscitándose dudas sobre si es preciso que durante toda la tramitación del arbitraje debe persistir el árbitro en su condición de abogado ejerciente. Vid. la SAP de Madrid, 17.10.95.

⁴¹⁸ Art. 11.3 RDSAC.

⁴¹⁹ En este sentido también MARÍN LÓPEZ, “El arbitraje...”, o.c., p. 20, quien, no obstante, señala que “únicamente es salvable si se estima que el requisito impuesto a los árbitros por el art. 12.2 LA no reviste la suficiente importancia como para desplazar el principio de supletoriedad que rige la LA y el RD 636/93 y sustituirlo por el de jerarquía”.

⁴²⁰ Vid. art. 11.3 en relación con el 11.1.a) RDSAC.

⁴²¹ Art. 389.1 LOPJ: “El cargo de Juez o Magistrado es incompatible: 1.º Con el ejercicio de cualquier otra jurisdicción ajena a la del Poder Judicial”.

⁴²² Art. 57.2 Ley 50/1981 (Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal): “El ejercicio de cargos fiscales es incompatible: [...] 2. Con el de cualquier otra jurisdicción”.

⁴²³ Su fundamento posiblemente pueda encontrarse en el carácter de exclusividad que se atribuye a la jurisdicción.

ser de la exclusión de quienes ejercen funciones retribuidas por arancel, sector en el que se incluyen a los notarios, registradores y corredores de comercio.⁴²⁴ Esta prohibición tiene carácter absoluto, impidiendo que quien se encuentre en esta situación pueda intervenir como árbitro. Aunque no se contiene en la norma cual es la consecuencia que derivaría de incumplimiento, entiendo que afectaría a la nulidad del laudo que se dictara, no sólo porque implica que en el nombramiento de los árbitros no se han respetado las formalidades y principios esenciales —art. 45.2 LA—, sino porque en la prohibición subyace cierta razón de orden público —quizás no tanto cuando se trate de profesionales retribuidos por arancel—, lo que afecta al art. 45.5. LA.

Además de las anteriores cabe incluir aquí otra prohibición contemplada por la LA,⁴²⁵ según la cual no pueden ser designados como árbitros quienes hubieran incumplido su encargo de laudar dentro de un determinado plazo o hubieran incurrido en responsabilidad judicialmente declarada, como consecuencia de alguna precedente actuación arbitral. La prohibición se hace a las instituciones arbitrales, es decir, a toda aquella organización que administra el arbitraje y designa los árbitros. Indudablemente, como se ve, se extiende también al SAC, concretamente a sus JAC, que no podrán designar como árbitros a nadie que se encuentre incurso en alguno de los supuestos expresados. Sobre esto ya se ha tratado más atrás, al estudiar la función de la JAC de designar CAC y elaborar las listas de candidatos a árbitros.

b. *Prohibiciones relativas: abstención y recusación*

El límite del art. 12.3 LA⁴²⁶ es, sin duda, relativo, porque su existencia depende de las circunstancias concretas de cada litigio, es decir, del vínculo que los árbitros puedan tener con el determinado conflicto y sus sujetos; incluso, en último extremo, existiendo tal vínculo, el parecer de las partes es determinante de que este límite entre en juego o no. No estamos ante un requisito para ser árbitro, pues las personas incursas en uno de los motivos de abstención y recusación, pueden ser árbitros en cualquier caso, a diferencia de lo que acontece en los supuestos de los jueces y fiscales. Aquí de lo que se trata es de que los árbitros, en relación con el conflicto concreto que se les plantea, sean imparciales. Este es el fundamento de esta exigencia, la imparcialidad que a los árbitros cabe requerir.⁴²⁷

⁴²⁴ MONTERO, *Comentario breve...*, o.c., p. 79.

⁴²⁵ Art. 14: “El nombramiento de los árbitros en el supuesto del artículo 10.1 se efectuará conforme a los reglamentos de la Corporación o Asociación, siempre que se respeten los requisitos exigidos en la presente Ley y sin que puedan ser designados árbitros quienes hubieran incumplido su encargo dentro del plazo establecido o su prórroga o incurrido en responsabilidad declarada judicialmente en el desempeño de anteriores funciones arbitrales”.

⁴²⁶ En este punto el RDSAC se remite expresamente a la LA: Art. 11.6: “La abstención y recusación de los árbitros se regirá por lo dispuesto en la vigente Ley de Arbitraje”.

⁴²⁷ La imparcialidad del Juez es un derecho fundamental del art. 24 CE y su vulneración en el arbitraje tiene su hueco a través del art. 45.2 LA, no por vulneración del orden público: “... olvida la parte que lo que se pretende con las normas que regulan la abstención y recusación de jueces y magistrados es garantizar su imparcialidad objetiva, la cual se pone en duda en el caso de que concurra alguna causa de abstención y recusación, con independencia de que quien desempeña la función de Juez o, en el caso de autos, de árbitro, sea subjetivamente imparcial [...]. Y ello porque el derecho constitucional a la imparcialidad del sentenciador presenta una doble faceta de idoneidad subjetiva e imparcialidad. El instituto de la recusación responde a la necesidad de asegurar la imparcialidad de la resolución y el prestigio de la Administración de Justicia no excluyéndose al Juez porque sea parcial sino porque,

La remisión a los motivos de abstención y recusación de los jueces, trae aquí al art. 219 LOPJ, según el cual “*son causas de abstención y, en su caso, de recusación: 1.º “El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con cualquiera de los expresados en el artículo anterior”. 2.º “El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con el letrado y el procurador de cualquiera de las partes que intervenga en el pleito o causa”. 3.º “Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de éstas”. 4.º “Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta”. 5.º “Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como letrado o intervenido en él como fiscal, perito o testigo”. 6.º “Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes”. 7.º “Tener pleito pendiente con alguna de éstas”. 8.º “Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de los expresados en el artículo anterior”. 9.º “Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa”. 10.º “Haber actuado como instructor de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia”. 11.º “Ser una de las partes subordinado del juez que deba resolver la contienda litigiosa”.*”

Ahora bien, no todas las causas expresadas pueden aplicarse al arbitraje del mismo modo,⁴²⁸ pues mientras algunas tienen que ver con las relaciones del árbitro con las partes,⁴²⁹ otras interesan a la controversia,⁴³⁰ mientras que alguna otra no es aplicable en ningún caso.⁴³¹ Alguna aclaración hay que hacer, no obstante, sobre esta última. Ciertamente que no parece aplicable aquí la que considera como recusable a quien actuó como instructor de la causa penal, pues no estamos ante la jurisdicción penal. Sin embargo, sí que me parece de interés considerar el espíritu que subyace en este motivo, y es el del llamado “juez contaminado”, que no sólo debe ser de aplicación al proceso penal. En el caso que nos ocupa, una adecuada interpretación de este precepto —el art. 219.10 LOPJ— conduce a que no puede admitirse como árbitro a quien hubiera realizado labores de mediación en el conflicto.⁴³² Y ésto debe concluirse no sólo por la razón expuesta, relativa al prejuicio que puede formarse el mediador, sino porque la amenaza de una decisión ulterior en sentido desfavorable a la parte, puede servir para coaccionar a ésta a que consienta en la mediación previa. Por esta consideración entiendo que los Presidentes de JAC no debieran formar parte de los CAC.⁴³³

en virtud de relaciones extraprocesales taxativamente enumeradas puede temerse que lo sea —*iudex suspectus*—” (SAP Baleares, 4.02.1997).

⁴²⁸ Así lo advierte MONTERO, *Comentario breve...*, o.c., p. 79.

⁴²⁹ Son los supuestos comprendidos en los números 1, 3, 4, 6, 7, 8 y 11 del citado art. 219 LOPJ.

⁴³⁰ Arts. 219.5 y 9 LOPJ.

⁴³¹ Art. 219.10 LOPJ.

⁴³² En este sentido también NAVARRO LORENTE, o.c., p. 48.

⁴³³ La SAP de Madrid, de 1.07.94 ha señalado que no es motivo de recusación el que el vocal haya intervenido en la Subdirección General de Inspecciones, no a título personal o como representante de una empresa interesada y afectada por el arbitraje, sino como Secretario General de la Federación de Agencias de Transportes, cargo por el que precisamente es designado vocal del Colegio Arbitral. La misma Audiencia Provincial, en sentencia de 24.11.93 abordó la recusación de un árbitro que como Letrado había intervenido anteriormente realizando un dictamen sobre el caso.

Alguna duda se suscita respecto de la causa que atiende a las relaciones del juez —el árbitro, en el caso que nos interesa— con el letrado de cualquiera de las partes en el pleito,⁴³⁴ y consiste en la misma que existe en el ámbito jurisdiccional, derivada de que mientras la LOPJ obliga al juzgador a abstenerse, el Estatuto General de la Abogacía obliga al abogado a no aceptar la defensa en estos casos,⁴³⁵ resultando de esta forma imposible que ambas disposiciones se cumplan.⁴³⁶

También es de aplicación al arbitraje la norma del art. 220 LOPJ, según la cual *“será también causa de abstención y, en su caso, de recusación en los procesos en que sea parte la Administración Pública, encontrarse el Juez o Magistrado con la autoridad o funcionario que hubiese dictado el acto informado respecto del mismo o realizado el hecho por razón de los cuales se sigue el proceso, en alguna de las circunstancias mencionadas en los números 1 al 8 y 11 del artículo anterior”*. Como se aprecia, es de consideración el precepto expresado cuando sea parte alguna entidad pública vinculada a la propia administración soporte de la JAC. En este caso la abstención y recusación son pertinentes, pudiendo afectar al Presidente del CAC. Cuando así ocurra, el Presidente de la JAC designará otro en su lugar, sin que necesariamente entre en juego la opción del art. 11.1.a) II RDSAC, salvo que las partes hubieran acordado otra cosa.

Precisa también de algún comentario la duda que puede suscitarse respecto a si los árbitros vocales, provenientes de una asociación de consumidores o empresarios, se encuentran incursos en alguno de los supuestos de recusación aludidos. Ciertamente que podría aducirse que quien interviene por el lado de los consumidores o de los empresarios, tiene algún interés en el pleito, de manera directa o indirecta.⁴³⁷

Es claro que los vocales de las asociaciones de consumidores y de empresario no podrán intervenir como árbitros cuando tengan un directo interés en el litigio. La duda reside en el interés indirecto, pues son representantes de los intereses de los consumidores y de los empresarios.⁴³⁸ No intervienen, eso está claro, como representantes de las partes, sino como auténticos árbitros, de manera que su representación no es proce-

⁴³⁴ Art. 219.2 LOPJ.

⁴³⁵ Art. 29.3 EGA.

⁴³⁶ MONTERO, *Comentario breve...*, o.c., pp. 79 y ss., entiende que debe ser el abogado quien no asuma la defensa.

⁴³⁷ Art. 219.9 LOPJ. “Entre las observaciones al Anteproyecto del INC la CEOE y la Confederación Española de Comercio manifiestan su temor a que el presidente del Colegio Arbitral, por su forma de designación, no resulte lo bastante imparcial e independiente y tienda exclusivamente a proteger a los consumidores” (DÍAZ ALABART, “El arbitraje...”, cit., n. 48).

⁴³⁸ “Lo que en realidad ocurre es que en el ámbito del arbitraje de consumo, o, más en general, del arbitraje en el que se resuelven controversias afectantes a los intereses de consumidores y usuarios en cualquier sector (incluidos por tanto los que cuentan con régimen específico: transportes, seguros...), la causa de recusación referida al ‘interés directo o indirecto’ de los árbitros, recogida en el art. 219.9.º LOPJ, ha de ser reinterpretada y reconducida a sus justos términos. En particular, hay que considerar que no es causa de recusación que pueda hacer valer el consumidor o usuario el solo hecho de que uno de los árbitros sea ‘representante’ de los intereses del sector empresarial, del mismo modo que no es causa de recusación esgrimible por el empresario el solo hecho de que uno de los árbitros sea portador de los intereses de la asociación de consumidores y usuarios que lo designó como tal. Si la petición de arbitraje es realizada a través de una asociación de consumidores (art. 5 del RDSAC), tampoco es causa de recusación la circunstancia de que el árbitro representante de los intereses de los consumidores pertenezca a la misma asociación de la que el consumidor o usuario se valió para plantear su solicitud” (MARÍN LÓPEZ, “El arbitraje...”, o.c., p. 17).

No puede olvidarse que este método arbitral por colegios tripartitos, con representantes de los sectores afec-

sal, sino “institucional”, para constituir los órganos arbitrales,⁴³⁹ y su actuación debe ser absolutamente imparcial, sin ofrecer la más mínima sospecha, pues en el cuidado de éste entra en juego la propia credibilidad del SAC.⁴⁴⁰

El colegio está compuesto de tal manera que el interés que uno y otro tengan queda compensado. La imparcialidad se obtiene por vía de compensar el interés genérico que un árbitro pueda tener por la defensa de los consumidores, mediante la presencia del valedor del de los empresarios. Las parcialidades genéricas de estos árbitros se compensan, siendo finalmente la voluntad de un tercero la que se impone. Y esa imparcialidad se cumple por más que el vocal pueda tener un interés general en la protección de los consumidores o de los empresarios.⁴⁴¹

En relación con este debate es oportuno destacar que una de las posibilidades que cabe en la designación de los árbitros es que cada parte nombre uno y el tercero sea nombrado por las partes, de común acuerdo, por los propios árbitros o por alguna institución arbitral, sin que nadie haya puesto jamás en duda la imparcialidad del colegio arbitral así constituido. Es más, esta posibilidad ha sido recogida en la mayoría de los reglamentos de las instituciones arbitrales.⁴⁴²

Sobre el *procedimiento de la abstención y de la recusación*, la persona a quien corresponde la decisión y sobre los efectos que producen una y otra, apenas dice nada la LA, siendo necesario acudir con frecuencia a las disposiciones de los reglamentos de las instituciones arbitrales, que no siguen una indicación mayoritaria.⁴⁴³

tados, es frecuentemente utilizado por el legislador (transportes, deportes, telecomunicaciones...) y recomendado específicamente por la UE (vid. capítulo I.5 del presente trabajo).

⁴³⁹ Los vocales de los empresarios y consumidores que actúan en los Colegios Arbitrales, “no lo hacen en calidad de representantes procesales de las partes, sino en la condición de verdaderos jueces del litigio, esto es, en la de árbitros... no son defensores procesales de los litigantes, sino árbitros decisores del pleito. La representación que ostentan no es una representación procesal, sino institucional, dirigida a constituir los órganos arbitrales” (BADENAS CARPIO, “El procedimiento arbitral...”, cit., p. 85).

⁴⁴⁰ “La obligación de la Administración pública de proteger a los consumidores, en modo alguno implica fallar a su favor cuando la razón no está de su parte. Presidente y vocales de un Colegio Arbitral han de ser equitativamente imparciales, y además parecerlo, pues la más mínima sospecha de que no lo fueran dará al traste con todo el sistema, que —no lo olvidemos— se basa absolutamente en la voluntad de las partes. Obviamente ningún empresario aceptaría someterse a un arbitraje de consumo, o haría una oferta pública para utilizar ese sistema, si sospechara que no se le iba a tratar con toda imparcialidad. Así pues, ese temor parece infundado” (DÍAZ ALABART, “El arbitraje...”, cit., n. 48).

⁴⁴¹ Dice MARÍN LÓPEZ, “El arbitraje...”, o.c., p. 18, que se trata de una “parcialidad admitida”, presumiéndose la tendencia del árbitro de cada sector a “favorecer los intereses que representa”, lo que se tolera para el buen funcionamiento del sistema. Y concluye diciendo que “sería contradictorio con el diseño del colegio arbitral que la norma lleva a cabo admitir una interpretación tal del art. 219.9.º LOPJ que hiciera inviable la puesta en marcha del sistema, como si se entendiera incondicionalmente que el árbitro representante de la asociación de consumidores tiene ‘interés indirecto’ o incluso ‘directo’ en que el arbitraje sea decidido en todo caso en favor del consumidor. Puede que así ocurra, pero la norma estima que no por la sola circunstancia de que el árbitro haya sido designado por una asociación de consumidores y usuarios”.

⁴⁴² Así, señala MONTERO, *Comentario breve...*, o.c., p. 86, que “es de alabar que todos los reglamentos hayan optado por la posibilidad primera de que cada parte nombre un árbitro, procediéndose sólo en su defecto al nombramiento completo del colegio arbitral por la corporación o asociación, la cual designará normalmente al presidente de aquél. Se abre así paso a que cada parte nombre a un árbitro de su confianza, no sometiéndose a un colegio nombrado sin criterios objetivos preestablecidos en los reglamentos; en ese colegio de entrada cada parte tendrá una confianza parcial, por lo menos”.

⁴⁴³ MONTERO, *Comentario breve*, cit., pp. 100 y ss.

1. Abstención de los árbitros

Respecto de la *abstención*, la carencia de normas que la regulen es notable, pues salvo la mención que se le hace en el art. 12.3 LA, no se encuentra ninguna más. Sin embargo, no parece que expresamente se imponga a los árbitros su obligación de abstenerse. Incluso parece que prefiere que no lo hagan, si se contempla el art. 17.3 LA. A la vista de esta última disposición, a lo que verdaderamente está obligado el árbitro es a declarar que se encuentra incurso en alguna causa de abstención, para que sean las partes quienes valoren si, a pesar de ello, lo consideran o no suficientemente imparcial como para arbitrar. Así pues, podríamos concluir que los árbitros no tienen el deber de abstenerse, sino el derecho de hacerlo, pero sí que están obligados a informar a las partes de su situación, por si éstas optan por formular recusación.

Esto encuentro que tiene su lógica, pues si el arbitraje parte de la autonomía de la voluntad de las partes, el que un árbitro se encuentre incurso en una causa de *abstención* no le obliga a apartarse del arbitraje si las partes, que son quienes lo nombran y han depositado su confianza en él, dada su autoridad, no lo recusan. Se entiende que si el árbitro que sabe que está incurso en una de las causas señaladas no se abstiene, es porque cree que se encuentra en condiciones de actuar con equidad, sin que pese sobre él la razón que justifica el motivo de abstención, sin perjuicio de que si las partes no piensan igual, puedan recusarle.

A lo sumo hay que entender que la *abstención* juega como una facultad que se concede al árbitro para que, una vez que se produzca la causa de abstención o llegue a su conocimiento, pueda abstenerse, estimando que él mismo no se encuentra en situación de imparcialidad. De este modo se le autoriza a salir del arbitraje, pero no incondicionalmente, sino en virtud de una razón justificada, que será la que le exima de una eventual responsabilidad por incumplir su obligación principal, que es la de laudar.

Por tanto, el art. 12.3 LA contiene, de un lado, el reconocimiento de una vía que justifica la salida del árbitro del arbitraje sin constituir incumplimiento de su obligación, sino justamente lo contrario; de otro, que está obligado a admitir la recusación si se verifica que se encuentra incurso en alguno de los motivos más arriba expuestos, pues en caso contrario le será exigible la correspondiente responsabilidad.

2. Recusación de los árbitros

Las causas más arriba expresadas no pueden ser utilizadas por las partes como fundamento de alguna recusación sino en función de ciertas condiciones establecidas por la LA, que obligan a poner en relación el instante en que es conocida aquélla con la fecha y la forma de designación del árbitro:⁴⁴⁴

a) Si el árbitro fue directamente nombrado por las partes, no puede ser recusado por éstas, aunque el mismo estuviera incurso en alguna de las causas que dan derecho a

⁴⁴⁴ Art. 17 LA: “2. Los árbitros sólo son recusables por causas que hayan sobrevenido después de su designación. También podrán serlo por causas anteriores cuando no hubieren sido nombrados directamente por las partes o cuando aquéllas fueren conocidas con posterioridad. 3. Las personas designadas árbitros están obligadas a poner de manifiesto las circunstancias que puedan determinar su recusación tan pronto como las conozcan”.

ello.⁴⁴⁵ La justificación de esta previsión se encuentra en la consideración del fundamento de esta facultad de designar, que se estriba en la autonomía de la voluntad,⁴⁴⁶ así como en que aquí no se protege una apariencia de imparcialidad, sino la autoridad y confianza de la parte sobre la justicia del árbitro. No obstante, se contempla una excepción por la LA, para el caso en que se pueda acreditar que la causa de recusación que se alega o no existía o no era conocida en el momento en que se produjo el nombramiento, concurriendo o persistiendo en el instante en que se formula la recusación. En el arbitraje de consumo esta eventualidad sólo es posible cuando se activen alguno de los mecanismos contemplados en el art. 11.1.a) RDSAC, relativos a la designación del Presidente del Colegio, porque en los demás casos la designación se hace siempre por la JAC.

b) Si el árbitro fue designado por un tercero, por una institución arbitral o por el juez de primera instancia, la causa de recusación podrá ser aducida por las partes en cualquier momento.

Ante la carencia normativa de la LA y del RDSAC sobre la *tramitación de la recusación*, habrá de estarse a la voluntad de las partes o a los acuerdos del colegio. Pero lo normal es que ni las partes ni los árbitros hayan previsto nada antes de que alguna de aquéllas, escrito u oralmente, haya formulado ya la recusación o, al menos, su deseo de hacerlo. Sólo a partir de ese instante se podrá decidir qué trámite dar a la recusación, y entiendo que debe ser aquel que menos obstaculice al procedimiento arbitral, pero que debe dar ocasión de alegar y probar los elementos que integran el motivo que se aduzca.

De cualquier modo, la recusación se debe formular inmediatamente que se tenga noticia de la causa que la funda, pues si las partes no lo hacen así, se produce una especie de “conformidad tácita” con el árbitro, que equivaldría a la designación que hubiera sido hecha por las partes aún sabiendo que se encuentra incurso en algún motivo de recusación.⁴⁴⁷ Existe una disposición que facilita la posibilidad de que los litigantes puedan formular su recusación o, en otro caso, tenerlas por conformes. Me refiero al art. 17.3 LA, que impone la obligación de quien ha sido designado como árbitro de poner de manifiesto las circunstancias que puedan determinar su recusación tan pronto como las conozcan. Esta vía es de suma utilidad para los árbitros que consideren que pueden ser recusados en algún momento, pues si dan a conocer a las partes la existencia de los hechos que pueden fundar la recusación y las invitan a que la formulen, de

⁴⁴⁵ MONTERO AROCA, “Comentario”, en *Comentario breve*, cit., p. 101, se refiere al hipotético caso en que cada una de las partes hubiera designado a un árbitro, pues aquí ninguna de las dos podrá recusarlo por causas preexistentes y conocidas antes de la designación. En cambio, si la causa es sobrevenida o es conocida con posterioridad al nombramiento, la parte que lo hizo podrá recusarlo. La razón es que se trata de árbitros de confianza de la parte que lo designa, aunque no tenga la confianza de la contraria. Por eso cuando dicha confianza se pierde, por la existencia o el conocimiento del motivo de recusación, éste podrá ser utilizado sólo por quien dispensó tal confianza. En cambio, la parte contraria, que no tiene que sentir dicha confianza, sino lo contrario, no puede utilizar el motivo de recusación cuando es nombrado el árbitro, pero tampoco posteriormente.

⁴⁴⁶ MONTERO, *Comentario breve*, cit., p. 101.

⁴⁴⁷ Estimo que es aplicable al caso lo prevenido en el art. 223.1 LOPJ: “La recusación deberá proponerse tan luego como se tenga conocimiento de la causa en que se funde. Si dicho conocimiento fuere anterior al pleito, habrá de proponerse al inicio del mismo, pues en otro caso no se admitirá a trámite”. No obstante, la AP de Valencia, en su sentencia de 16.09.95 tiene dicho que no constituye infracción de ningún tipo la no concesión de plazo para tomar referencia de los árbitros y recusarlos, cuando las partes, compareciendo en el acto de audiencia ante la JAC no manifestaron nada contra su composición.

no hacerlo inmediatamente quedará entendida su conformidad con la composición del colegio, quedando eliminada toda posible recusación ulterior, incluso en eventual recurso de anulación.

En este sentido, cuando el Presidente de la JAC o del CAC tengan alguna duda sobre la situación de uno de los árbitros, por no tener certeza sobre si es socio de uno de los litigantes, o pariente, o empleado, etc., pueden exigir al árbitro presuntamente incurso en la causa de recusación, que la ponga de manifiesto a las partes, bajo apercibimiento de que si no lo hacen puede ser responsable único si el laudo se anulara por dicho motivo. A su vez, se evita cualquier maniobra posterior y dilatoria de las partes, incluso un eventual recurso de anulación, donde alegaría, quizás, que se le ocultó la concurrencia de aquel motivo de recusación.

Formulada la recusación, la LA dispone que el árbitro recusado será quien decida si la acepta o no. No corresponde esta decisión ni al CAC ni a la JAC, siendo rotunda la norma de la Ley: “si el árbitro recusado acepta la recusación [...]. si no la aceptare, el interesado podrá, en su caso, hacer valer la recusación al solicitar la anulación del laudo”.⁴⁴⁸ No me parecen muy acordes con la LA los reglamentos de algunas instituciones arbitrales que atribuyen la decisión, en caso de que el árbitro recusado no la acepte, al Colegio arbitral⁴⁴⁹ o a otro órgano diferente —como podría ser en nuestro caso la JAC—. ⁴⁵⁰ De cualquier modo, no existiendo ninguna previsión específica para el SAC unido a la remisión que se hace expresamente en este punto a la LA, parece claro que la decisión de la recusación corresponde al propio árbitro.⁴⁵¹

Un problema más es el que tiene que ver con la suspensión o no del procedimiento arbitral entre tanto se resuelve la recusación. Aunque pueden darse argumentos en un sentido y en otro, sin que exista una clara opción, parece aconsejable la suspensión, porque los males que pueden ocasionar unos actos que se realizan ante quien luego resultará que no podía ser árbitro, serán peores que el retraso en dictar el laudo, que ocasionaría la suspensión.⁴⁵²

C. Designación de los Árbitros

Como ya sabemos, la designación de los árbitros se realiza por la JAC, y no por las partes, al estar en presencia de un arbitraje institucional, conforme a lo prevenido en el RDSAC, y que ya fue objeto de comentario más arriba, al tratar de las funciones de las JAC.

Pero es imprescindible para que la designación de los árbitros sea eficaz, que éstos hayan sido notificados fehacientemente de su nombramiento,⁴⁵³ función que corres-

⁴⁴⁸ Art. 18 LA.

⁴⁴⁹ Así el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, en su art. 20.

⁴⁵⁰ Como en el caso del art. 22 del Reglamento del Tribunal Arbitral de Comercio de Bilbao, que le atribuye tal cometido a la Comisión Permanente.

⁴⁵¹ No obstante, vid. SAP Madrid, Sección 21.ª, 24.11.93, que anula un laudo por no haber resuelto el colegio arbitral la recusación formulada en el acto de audiencia.

⁴⁵² En este sentido también MONTERO, *Comentario breve*, cit., p. 108.

⁴⁵³ Art. 15.1 LA: “La designación se comunicará fehacientemente a cada uno de los árbitros para su aceptación”.

ponde a la JAC.⁴⁵⁴ La notificación se hará a las personas concretamente propuestas. El requisito de la fehaciencia no es exclusivamente el cauce notarial,⁴⁵⁵ pues se puede entender por tal “aquella que por sí misma, por los rastros documentales que deja, es bastante para acreditar la realización de un acto consistente en poner en conocimiento de una persona la existencia de un hecho o acto jurídico, con la consecuencia de que no ofrece duda razonable alguna la realización del acto mismo de comunicación. Por tanto, es calificable de fehaciente como acto de comunicación el telegrama con acuse de recibo o la firma de la copia por la persona notificada”.⁴⁵⁶

La notificación debe contener suficiente información de la cuestión litigiosa que se le somete al árbitro, así como la advertencia de que se hace a los únicos efectos de que manifieste su aceptación, dentro del plazo que se le señala, con expresión de las consecuencias de ello.⁴⁵⁷ Aunque no se exige este contenido por la LA, es obvio que nadie puede asumir una obligación si primero no conoce el alcance de la misma.

La reglamentación que se ha indicado es aplicable del mismo modo al arbitraje institucional,⁴⁵⁸ aunque la normativa de la Corporación o Asociación puede contener sus propias normas, como ocurre con el SAC. Así, a mi modo de ver, el plazo de quince días señalado por la LA puede ser ampliado, incluso preverse la posibilidad de una segunda notificación,⁴⁵⁹ etc. En el caso que aquí nos interesa encontramos que el RDSAC no contiene una regulación expresa de esta materia, pero hay que deducirla de varias de sus disposiciones, que implican cierta modificación del art. 15 LA.

⁴⁵⁴ Esta notificación será efectuada por las partes (en lo casos de que ellas directamente los nombren o hayan deferido el nombramiento a un tercero), por el Juzgado (si se trató de formalización judicial), o por la institución arbitral (en los casos de arbitraje institucional, tanto si el nombramiento lo han hecho las partes como si ha sido la institución, pues ésta ha asumido la administración del arbitraje).

⁴⁵⁵ Para CORDÓN, *El arbitraje...*, o.c., p. 99, la forma de la notificación será la prevista por las partes o por el reglamento de la corporación o, en su defecto, por los árbitros, pero que tiene el problema de cómo los árbitros van a decir cómo se les notifica su nombramiento, cuando sólo a partir de entonces son árbitros: recuérdese la SAP de Cantabria, de 22.01.93, ya citada más arriba, según la cual “ninguna norma impone que las notificaciones y citaciones a las partes deban realizarse del modo previsto en las leyes procesales civiles, ni siquiera por escrito, por lo que, como pone de relieve la doctrina, es incluso perfectamente admisible el procedimiento oral”.

⁴⁵⁶ MONTERO, *Comentario breve...*, o.c., p. 91. Señala este autor que “los posibles problemas surgirán cuando la notificación la realicen las partes (mejor, una parte), pero no cuando lo haga el juzgado, o la corte o el tribunal arbitral; en el primer caso la falta de comunicación debe ser motivo de anulación por la vía del núm. 2.º del art. 45”. En esto último no puedo estar conforme, pues la notificación se hace para facilitar la aceptación del árbitro, pero si el arbitraje se desarrolla y llega a dictarse el laudo, es evidente la aceptación tácita del árbitro, aunque no se hubiera producido expresamente de modo previo a la iniciación del arbitraje.

⁴⁵⁷ Art. 15.2 LA: “Si los árbitros no hubiesen aceptado por escrito ante quienes los designó en el plazo de quince días naturales a contar desde el siguiente a su notificación, se entenderá que no aceptan el nombramiento”.

⁴⁵⁸ Art. 15.3 LA: “En la misma forma y con los mismos efectos se procederá en los casos en que la designación se hiciera por medio de una Corporación o Asociación en el caso del art. 9.2”. Sostiene MONTERO, *Comentario breve...*, o.c., pp. 93 y ss., que la notificación de la aceptación se debe realizar de diferente manera según quien haya hecho la propuesta al árbitro, y que en caso de arbitraje institucional, como no han sido las partes quienes notificaron la designación, la respuesta se dirigirá a dicha institución arbitral, la que, a su vez, se lo comunicará a las partes, y sólo en ese momento dará comienzo el arbitraje. Por esa razón estima que es un error lo que dispone el 15.3 LA, ya que la designación y la comunicación la hacen sujetos diferentes según se trate de nombramiento deferido a un tercero o de arbitraje administrado.

⁴⁵⁹ Aunque MONTERO, *Comentario breve...*, o.c., p. 93, señala que el vencimiento del plazo sin respuesta es una prescripción insubsanable.

El RDSAC no contempla la notificación del árbitro ni el plazo que se le concede para aceptar el arbitraje, ni la posibilidad de que éste lo acepte o lo rechace. Sin embargo, a diferencia del régimen de la LA, según el cual el arbitraje da comienzo cuando los árbitros aceptan su nombramiento,⁴⁶⁰ el arbitraje de consumo principia por la designación del colegio arbitral,⁴⁶¹ sin que en ningún caso se haga mención a la notificación de la misma a los árbitros ni a su necesaria aceptación.

Estas dos novedades, respecto del régimen de la LA, sólo se explican por que en el SAC los árbitros han aceptado previamente y con carácter general su nombramiento, en el instante en que pasaron a formar parte de las listas correspondientes. Ello se entiende sin perjuicio de que puedan abstenerse, una vez conozcan la concreta controversia que se les presenta. De este modo se explica que el inicio del procedimiento arbitral y el plazo para dictar el laudo se cuenten desde el instante en que el colegio es designado, y no desde la aceptación de los árbitros, pues dicha aceptación ya se había producido. Nuevamente se aprecia la conveniencia de un estudio sobre las relaciones jurídicas que se suscitan entre las partes y los árbitros, y entre éstos y la institución arbitral, que forzosamente explicaría los efectos de la aceptación del árbitro para engrosar la lista de que puede disponer la Corporación o Asociación arbitral.

Lo que acontece ordinariamente es que la JAC notifica al Presidente del CAC la designación de éste, así como se le da traslado del expediente, para que ordene al Secretario la citación a las partes y a los árbitros. La comparecencia de los árbitros al acto de constitución del colegio y a la posterior audiencia, confirman su aceptación genérica. Sin embargo, nada impide que alguno de los árbitros se niegue a formar parte de ese concreto colegio. No existe ningún medio claro para compelerle a ello. De cualquier modo, la eficacia con se pretende caracterizar el SAC exige que inmediatamente sea sustituido por otro, sin perjuicio de que el Presidente de la JAC, una vez tenga noticia de tal circunstancia, proceda a dar de baja al árbitro de la lista correspondiente.

D. Sustitución de los Árbitros

Hay ocasiones en que alguno de los árbitros no puede continuar formando parte del colegio, por causas más o menos imputables a su voluntad. Así se pueden citar, supuestos de enfermedad, fallecimiento, incapacidad, abstención o recusación, pérdida de la condición de abogado en ejercicio en los arbitrajes de Derecho, asunción de la condición de juez, magistrado o fiscal en activo, o de profesión remunerada por arancel, etc.

En estos supuestos es preciso llevar a cabo la designación de un sustituto. En el caso del SAC esto es algo que se encuentra previsto y resuelto con facilidad por la práctica de las JAC, pues cuando el presidente de la JAC designa el colegio, también nombra un suplente para cada uno de los árbitros titulares. De ese modo se produce automáticamente la sustitución. En la hipótesis de que el suplente designado inicialmente tampoco pudiera entrar a formar parte del colegio, es función de la JAC la designación del suplente.⁴⁶² Aunque el RDSAC no lo disponga así —tampoco dispone

⁴⁶⁰ Art. 22.1 LA.

⁴⁶¹ Art. 10.1 RDSAC.

⁴⁶² SAP Madrid, 24.11.93.

que se deba notificar los árbitros que son inicialmente nombrados para el CAC—, es sumamente conveniente que el Presidente de la JAC notifique a las partes la nueva composición del colegio.

Se ha señalado en alguna ocasión que la sustitución y el motivo de la misma deben serle notificadas a las partes oportunamente, pues en otro caso el laudo será anulable conforme al art. 45.2 LA.⁴⁶³ Discrepo de esta consecuencia, pues no se encuentra previsto tal trámite en la LA como para encajarlo automáticamente en los motivos de anulación del laudo. Será preciso que de la consideración de las circunstancias del caso se llegue a concluir que se produjo un perjuicio en su posición y se causó algún tipo de indefensión a alguna de las partes para que pueda prosperar esta anulación.⁴⁶⁴ No obstante, como la sustitución interesa a las partes y puede conllevar una prórroga forzosa del plazo, las partes deben ser inmediatamente informadas de tal evento,⁴⁶⁵ tanto para poder valorar si cabe formular recusación contra el nuevo árbitro, así como si cabe reclamar daños y perjuicios contra el cesante, que quizás no estuviera amparado por una causa justificada. No se olvide que los árbitros asumen respecto de las partes la obligación de laudar y de hacerlo en un plazo determinado. El abandono de la función arbitral, puede situar a las partes en condición de exigirle a quien lo hace las correspondientes indemnizaciones.

Me parece trascendente considerar que la única disposición que existe sobre la sustitución es la relativa a la práctica de las pruebas⁴⁶⁶ y al plazo para dictar el lau-

⁴⁶³ SAP Madrid, 24.11.93. No obstante, recogiendo la doctrina sentada por el TC, entre otras por la sentencia 230/92, la AP de Valladolid, en sentencia de 28.04.95 ha afirmado que “en todo caso, conviene precisar, que aunque parece lógico que constituye una elemental garantía el conocimiento por las partes de los árbitros designados, el RD 636/93 regulador del sistema arbitral de consumo nada dice respecto a la necesidad de notificar a las partes el nombramiento de los árbitros inicialmente designados y tampoco la LA se refiere explícitamente a esa necesidad que sin embargo parece exigible cuando no son las propias partes las que designan los árbitros sino que admiten la designación efectuada por un tercero (art. 9.2 LA) o por una entidad encargada de administrar el arbitraje (art. 10.1 y 14 LA)”, añadiendo que “la impugnación del laudo con base en el art. 45.2 LA debería formularse invocando no el mero hecho de que la sustitución del árbitro no haya sido notificada, sino que en el árbitro sustituto concurre una causa de recusación que el interesado no pudo hacer valer en su momento oportuno al no serle notificada la modificación del colegio arbitral, de tal forma que se hubiera privado a la parte del ejercicio del derecho a recusar lo que implica vulneración de una de las garantías esenciales del proceso, forma ésta en que la garantía de imparcialidad de los árbitros no quedaría menoscabada”.

⁴⁶⁴ Es preciso recordar aquí la STC 230/92, donde se dice que la falta de notificación a las partes de la sustitución de uno de los miembros de un Tribunal Jurisdiccional no conlleva por sí la quiebra de ninguna garantía, siempre y cuando la parte hubiera tenido oportunidad de de ejercitar el derecho a recusarlo. En consecuencia, la notificación de la sustitución es de interés, tanto en vía jurisdiccional como en vía arbitral, para facilitar a las partes la posibilidad de la recusación; de este modo, si las partes no van a poder conocer ya al árbitro, pues no se va a celebrar ninguna nueva audiencia, por ejemplo, la notificación es indispensable. En este sentido vid. también MARÍN LÓPEZ, “El arbitraje...”, o.c., p. 21, para quien la garantía de imparcialidad de los árbitros no quedaría menoscabada por la mera falta de notificación de la sustitución, “ya que la parte interesada podría impugnar el laudo, con base en el art. 45.2 LA, invocando no el mero hecho de que la sustitución del árbitro no le haya sido notificada, sino que en el árbitro sustituto concurre una causa de recusación que el interesado no pudo hacer valer a lo largo del procedimiento porque la modificación del colegio arbitral no le fue notificada antes”.

⁴⁶⁵ Comenta MARÍN LÓPEZ, “El arbitraje...”, o.c., p. 20, que lo relevante es la falta de notificación del cambio, no que se dejara de expresar la causa de la sustitución, pues, dice, es “algo que a las partes resulta en principio indiferente (dejando siempre a salvo la posibilidad de que emprendan una acción de indemnización contra el árbitro que renunció injustificadamente al cargo: art. 16.1 LA”.

⁴⁶⁶ Art. 28 LA: “Si en el curso del arbitraje se incorpora un nuevo árbitro en sustitución de otro anterior, se volverán a practicar todas las pruebas que se hubieran realizado con anterioridad, salvo si el árbitro se considerara suficientemente informado por la lectura de las actuaciones”.

do.⁴⁶⁷ Sin embargo, no podemos olvidar que el árbitro que es sustituido ha asumido una obligación con las partes y que su salida del CAC implica un incumplimiento de sus obligaciones. Si es sustituido por otro se produce una subrogación que habrá de algún modo ser consentida por el acreedor, en este caso las partes, máxime cuando conlleva un alargamiento legal del plazo para dictar el laudo, que puede abocar a las partes a desistir del arbitraje. Por otro lado, la repetición de las pruebas pueden conllevar un nuevo gravamen para los contendientes.

El problema de la sustitución reside en el valor de los actos celebrados antes de que el sustituto se incorpore al colegio, siendo norma general para los de prueba la de que se habrán de repetir, excepto si el árbitro se considera suficientemente instruido mediante la lectura de las actuaciones. El principio de inmediación aconseja que se repitan las actuaciones que se hayan desarrollado de modo oral, pues los documentos no precisan más que su lectura. Incluso las alegaciones, a las que no se refiere la la pueden estar precisadas de alguna repetición, si se formularon de manera oral, como acontece preferentemente en el arbitraje de consumo. Pero la la reserva esta decisión al nuevo árbitro, sin que las partes ni los demás árbitros cuenten para nada. No obstante, una elemental prudencia aconseja que, concluido el período probatorio, se celebre una nueva audiencia donde las partes viertan sus conclusiones, lo que permitirá subsanar todo defecto que la sustitución pueda haber generado y dará la oportunidad a las partes para que el árbitro sustituto también las oiga.

E. Responsabilidad de los Árbitros

Del mismo modo que con la consideración de la responsabilidad de la JAC, hay que partir aquí de la idea de que nos encontramos en una relación que vincula a las partes contendientes con los miembros del colegio arbitral. Estos últimos asumen como obligación principal la de laudar,⁴⁶⁸ no estándoles permitido una resolución de *non liquet*.⁴⁶⁹ Ciertamente que cabe un incumplimiento de la obligación, pero eso es algo que acontece con todas las obligaciones. Podríamos estar ante un tipo de obligación a realizar una prestación consistente en un hacer personalísimo, cuyo incumplimiento es sancionado por una obligación de indemnizar los daños y perjuicios originados, que consiste en una verdadera sanción.⁴⁷⁰ A este aspecto privatista de la obligación de laudar de los árbitros hay que añadir cierta consideración de función pública, que se

⁴⁶⁷ Art. 30.1 LA: “Si las partes no hubieran dispuesto otra cosa, los árbitros deberán dictar su laudo en el plazo de seis meses, contados desde la fecha en que hubieran aceptado la resolución de la controversia o desde el día en que fuera sustituido el último de los componentes del colegio arbitral”.

⁴⁶⁸ Su contrapartida será el derecho al cobro de unos honorarios. En el SAC los árbitros cobran unas dietas, cuya cuantía depende de lo que en cada administración sustentadora de la JAC acuerde.

⁴⁶⁹ Para RIVERO, o.c., p. 483, nos encontramos ante un contrato que permite el incumplimiento, sin que le sea aplicable el art. 11.3 LOPJ

⁴⁷⁰ El deber de indemnizar los daños y perjuicios producidos es un “instrumento coactivo de compulsión al exacto cumplimiento, que entra en juego cuando éste no se produce, como medida de aseguramiento y garantía del acreedor, y que desincentiva (o debe hacerlo) el incumplimiento por parte del deudor” (CAPILLA RINCERO, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Jerez de la Frontera, 1987, p. 9). Para una aplicación de la obligación de reparar al ámbito de las obligaciones procesales, vid. ÁLVAREZ ALARCÓN, *Las diligencias preliminares en el proceso civil*, Barcelona, 1997, pp. 187 y ss.

advierte cuando el código penal sanciona los supuestos de cohecho⁴⁷¹ o de negociaciones y actividades prohibidos o abuso en el ejercicio de su función.⁴⁷²

Por fin, podría denominarse responsabilidad disciplinaria a la que se contempla en el art. 14 LA, que prohíbe la designación como tal de quien no dictó el laudo dentro del plazo correspondiente o fue condenado como responsable por daños y perjuicios ocasionados en alguna precedente actuación arbitral. Veremos seguidamente cada una de estas tres especies de responsabilidad.

a. *Responsabilidad civil*⁴⁷³

Los árbitros están obligados a cumplir fielmente su encargo, siendo responsables de los daños y perjuicios que causen si así no lo cumplen, concurriendo dolo o culpa. Su obligación o “encargo” consiste en arbitrar, lo que implica realizar todos los actos precisos hasta producir el laudo. En el cumplimiento de tal obligación deben actuar con “fidelidad”, según exige la LA.

La responsabilidad y el alcance de la misma deben ser establecidos mediante el proceso declarativo correspondiente por la cuantía, que, en todo caso, requiere que previamente se haya anulado el laudo, salvo que éste no se hubiere llegado a dictar.⁴⁷⁴ La sentencia que declare la responsabilidad civil no producirá efectos sobre el laudo.

Para poder ser exigida al árbitro, es preciso que éste haya aceptado el arbitraje o, en el caso de que se tratara de un árbitro integrante de una lista de una institución, que hubiera intervenido como tal.⁴⁷⁵ Así, en el SAC, la mera designación del CAC no hace responsables a sus integrantes, si a ellos no ha llegado la designación efectiva y para un caso concreto. hasta entonces no han asumido obligación arbitral alguna.

La responsabilidad se extiende a todos los integrantes del CAC, salvo que alguno hiciera expresamente constar su voto discrepante en el laudo⁴⁷⁶ o hubiera votado en contra y lo hubiera hecho constar así expresamente,⁴⁷⁷ o hubiera advertido el defecto en la tramitación sin que los demás vocales lo hubieran estimado, etc. en relación con esto último, el árbitro disidente debe mantener su actitud durante todo el tiempo que dure el arbitraje hasta reflejarlo en el laudo. Así, por ejemplo, cuando considere que no se cumple el principio de contradicción, que lo advertirá no sólo en el instante en que así ocurra, sino también a la hora de dictar el laudo, o cuando considere que la materia no es objeto de arbitraje, no basta con que lo sostenga en el instante inicial del procedimiento, cuando alguna de las partes manifieste su oposición a aquél, sino que también

⁴⁷¹ Art. 422 CP.

⁴⁷² Art. 440 CP.

⁴⁷³ Art. 16.1 LA: “La aceptación obliga a los árbitros [...] a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa”.

⁴⁷⁴ En este sentido también MONTERO, *Comentario breve...*, o.c., p. 89, quien añade que no existe plazo de prescripción, no siendo de aplicación aquí lo prevenido para exigir responsabilidad civil a jueces y magistrados —especialmente el art. 905 LEC—.

⁴⁷⁵ Así, MONTERO, *Comentario breve...*, o.c., p. 95.

⁴⁷⁶ Art. 33.1 LA.

⁴⁷⁷ Art. 34 LA.

lo debe sostener en el laudo, no participando en la decisión sobre el fondo que, sin embargo, los demás colegiados sí adopten.

Al considerar que en materia de arbitraje de consumo se asumen cada vez mayores riesgos, ante los que los árbitros están desprotegidos, se ha propuesto asegurar “no a las personas, sino los actos de arbitraje, calculando la media anual de éstos y haciendo beneficiarios del seguro a quien en cada ocasión concreta hayan intervenido en ese acto, siempre que se demostrase que estaban debidamente acreditados, con todas las formalidades exigibles en estos supuestos”.⁴⁷⁸

b. Responsabilidad penal

Serán reos del delito de *cohecho* los árbitros que, en provecho propio o de un tercero, solicitaren o recibieren, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptaren ofrecimiento o promesa para, en el ejercicio de su cargo: 1) realizar una acción u omisión constitutiva de delito; 2) ejecutar un acto injusto que no constituya delito; 3) abstenerse de un acto que debiera practicar. La pena que se atribuye será de prisión —entre 1 y 6 años—, multa —de hasta el triple de la dádiva o promesa— e inhabilitación especial para empleo o cargo público —de 1 a 12 años— (sin perjuicio de la responsabilidad civil en que se incurra, así como de la pena que corresponda por el delito cometido, en el primer supuesto indicado).⁴⁷⁹

Los árbitros que se aprovechen de su intervención en un concreto arbitraje, para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, respecto de los bienes o cosas en los que intervenga, será castigado con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, guarda, tutela o curatela, según los casos, por tiempo de tres a seis años.⁴⁸⁰

c. Responsabilidad disciplinaria⁴⁸¹

De esta modalidad de responsabilidad ya se ha tratado antes. Constituye una especie de “inhabilitación” para ser árbitro, a través de alguna institución arbitral, pues no se impide a las partes que lo puedan nombrar directamente. Ni tampoco afecta al arbi-

⁴⁷⁸ RODRÍGUEZ CAMPO, “Cobertura de riesgos por actuaciones de los árbitros de las Juntas Arbitrales de Consumo en el desarrollo de sus funciones”, en *Perspectiva jurídica del arbitraje de consumo* (obra colectiva), p. 107. Considera este autor que también se encuentran desprotegidos los árbitros respecto de los desplazamientos del colegio arbitral a las localidades de la provincia, para realizar arbitrajes *in situ*, para lo que propone la suscripción de un seguro de accidentes, valorando la media anual de desplazamientos.

⁴⁷⁹ Art. 422 CP en relación con los arts. 419 a 421 CP.

⁴⁸⁰ Art. 440 CP.

⁴⁸¹ “No cabe hablar respecto de los árbitros de una verdadera responsabilidad disciplinaria. Cuando el o los árbitros han sido designados por las partes, o por un tercero o por el juez de primera instancia, porque no existe, ni puede existir, un órgano que asuma la potestad disciplinaria. Cuando se trata del arbitraje institucional, porque el órgano competente de la corporación o asociación lo que puede hacer es borrar de su lista de árbitros a la persona que actuó deficientemente en un arbitraje concreto, pero no ha lugar a la imposición de sanciones” (MONTERO, *Comentario breve...*, p. 88).

traje deferido a un tercero⁴⁸² que no sea ni asociación ni corporación, contemplada en el art. 10.1 LA. Como la LA no hace distingos, parece que es indiferente que el supuesto causante de la “inhabilitación” haya tenido lugar en el seno del SAC o en otro tipo de arbitraje, incluso aunque haya intervenido como árbitro directamente designado por los contendientes.

Que no hayan incumplido un encargo arbitral anterior por no dictar el laudo dentro del plazo establecido o de su prórroga. Basta con que el laudo no se haya dictado en su plazo, no siendo preciso ni que se haya dejado absolutamente de dictar, ni que se haya dictado extemporáneamente, ni que las partes no lo hayan recurrido, ni que la Audiencia Provincial lo haya anulado. Hace referencia a un incumplimiento de la obligación de laudar y por eso yo entiendo que también incumple quien se abstiene, debiendo ser excluido por la institución arbitral.

Aunque aparentemente la norma es nítida, pues parece que no precisa de declaración alguna, operando automáticamente, sin embargo su viabilidad en la práctica es escasa, pues será difícil que las JAC lleguen a tener conocimiento de tales circunstancias cuando se hayan producido fuera del ámbito del SAC. Tampoco señala nada la LA relativo a los efectos que el incumplimiento de esta norma tendría respecto del laudo, ni sobre la duración de la inhabilitación, o prohibición, no siendo de consideración la sanción penal, que implicaría inhabilitación para todo cargo público, lo que es más grave que la inhabilitación para ser árbitro.

⁴⁸² Art. 9.2 LA.

El Convenio Arbitral de Consumo

1. CONCEPTO Y CARACTERES

El convenio arbitral es la base sobre la que se construye todo el arbitraje.⁴⁸³ Siendo el mismo una vía de solución de los conflictos que se sustenta sobre la autonomía de la voluntad de las partes —unida al cumplimiento de ciertas exigencias legales— es el convenio arbitral el punto donde confluyen tales voluntades y, consecuentemente, constituye el marco generatriz del arbitraje. No definido en la LA, la exposición de motivos de la misma proporciona la idea que el legislador tiene sobre el convenio arbitral cuando dice que es el “instrumento en que se plasma el derecho de las personas a solucionar las cuestiones litigiosas de su libre disposición”.

Contrariamente a lo que se ha dicho, la definición que se contiene en el art. 1 LA no tiene por qué originar confusión alguna,⁴⁸⁴ ya que es cierto que mediante el arbitraje, que requiere previo convenio, las personas naturales o jurídicas someten a la decisión de los árbitros las cuestiones litigiosas que se produzcan en materias de su libre disposición. Sólo cuando las partes del convenio arbitral acuden a los árbitros instando una solución a su conflicto, se podrá producir el arbitraje. Hasta entonces, sólo existe un convenio entre las partes, que podrá o no ser cumplido.

Concebido el arbitraje como una institución comprensiva de tres elementos esenciales (convenio arbitral, contrato de dación y recepción del arbitraje o *receptum arbitrii* y procedimiento arbitral) el convenio arbitral constituye el primer elemento de los tres citados, fundamento y base de todo lo demás porque en él se recoge la voluntad de las partes que eluden la solución judicial en favor de otra privada y equivalente. El resto de los elementos del arbitraje-institución se desarrollarán conforme a lo prevenido en el convenio.

⁴⁸³ Excepción hecha del denominado *arbitraje testamentario*, del art. 7 LA.

⁴⁸⁴ Art. 1 LA: “Mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo, convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir en materias de su libre disposición”.

Existen ya importantes trabajos relativos al convenio arbitral, no siendo necesario abordar nuevamente su estudio; lo que aquí se pretende es trasladar la normativa general que lo regula al ámbito del arbitraje de consumo, donde se advierten interesantes particularidades dimanantes de su régimen específico —establecido en el RDSAC— y de la normativa especial de protección de los consumidores.

En cualquier caso, existe acuerdo en que el convenio arbitral es siempre un *contrato*, pacto o acuerdo consensual: un acto de autonomía privada de la voluntad, que adopta la forma de contrato. Sus especiales caracteres derivan de la circunstancia de que por su virtud se cubren funciones que traspasan el ámbito privado —quedando fuera del ámbito de los particulares la posibilidad de su modificación: efectos *ex lege*— y de presentar “una especial tipificación estrictamente encuadrada en el ámbito contractual”.⁴⁸⁵

Aunque la LA haya preferido el término *convenio* en lugar del más apropiado de *contrato* no cabe encontrar aquí un argumento en favor de tesis partidarias de la exclusiva naturaleza procesal del arbitraje, habiéndose afirmado que en realidad con el uso de la expresión *convenio* lo que se persigue es resaltar el aspecto de acuerdo, de consentimiento, más que el resto de las notas que integran todo contrato.⁴⁸⁶ Su naturaleza contractual se aprecia en la *eficacia obligatoria* que tiene sobre las partes, que se recoge expresamente en arts. 5.1 *in fine* y 11.1 principio LA, que no son sino manifestaciones concretas de las genéricas previsiones de los artículos 1254 y 1258 CC.

El empleo de la expresión convenio en lugar de contrato se puede haber hecho pensando que el convenio arbitral puede adoptar tanto la formalización separada como su formulación como cláusula incorporada al contrato principal. También puede ser manifestación del propósito de no destacar (“recordar”) al Derecho civil, para no olvidar su utilizabilidad en el tráfico mercantil e internacional, incluso en el ámbito laboral, etc.⁴⁸⁷ Naturalmente, no por llamarle convenio deja de ser contrato, argumentándose que ello se puede así deducir de su eficacia obligatoria⁴⁸⁸ y de la regulación que del mismo hace la LA.⁴⁸⁹

Como contrato ha sido definido por uno de los máximos estudiosos de esta figura, al decir que el convenio arbitral es un “contrato por el cual las partes acuerdan someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las cuestiones litigiosas que surjan o puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales”.⁴⁹⁰

La vigente legislación puso final al sistema de duplicidad de convenios, siguiendo las orientaciones de la Convención de Nueva York —10.07.58— sobre reconoci-

⁴⁸⁵ GETE-ALONSO, “La caracterización...”, o.c., p. 1.032.

⁴⁸⁶ GETE-ALONSO, “La caracterización...”, o.c., p. 1.033.

⁴⁸⁷ GETE-ALONSO, “La caracterización...”, o.c., p. 1.034.

⁴⁸⁸ Arts. 1254 y 1258 CC.

⁴⁸⁹ Arts. 5 y 11 LA.

⁴⁹⁰ REGLERO, *El arbitraje...*, o.c., p. 71. En el mismo sentido se pueden ver DÍEZ PICAZO, “El pacto...”, o.c., p. 1.160; CORDÓN, *El arbitraje...*, o.c., p. 57. Incluso el art. 7.º 1 CNUDMI, al definir *el acuerdo de arbitraje* como aquél “por el que las partes acuerdan someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”.

miento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras y el Convenio de Ginebra — 21.04.61— sobre arbitraje comercial internacional. La LA suprime la distinción entre *contrato preliminar de arbitraje* y *compromiso arbitral*, para obviar los problemas que planteaba la existencia de aquél y para clarificar y resaltar el instrumento que fundamenta el arbitraje, que es el convenio arbitral.⁴⁹¹

Es necesario destacar aquí algunos de los caracteres del contrato o convenio arbitral, principalmente los que sirven para deslindar este contrato de la relación jurídica principal, a la que sirven, la cual puede, a su vez, ser fruto de otro contrato; incluso el arbitral puede ser una cláusula de éste, como luego se verá.

A. Carácter dependiente

Teniendo en cuenta que mediante el arbitraje se pretende la resolución de controversias que existen en torno a una relación jurídica concreta, posiblemente nacida de un contrato, y que la forma que adopte puede ser incluso la de una cláusula de éste, se ha señalado el carácter accesorio del convenio arbitral respecto del principal. Sin embargo, la LA dispone una vida separada para uno y otro.⁴⁹²

En este sentido la AP de Vizcaya⁴⁹³ ha señalado que “es tema pacíficamente admitido por la doctrina entender que el arbitraje, aún cuando aparezca como cláusula de un contrato, no está en relación de accesoriedad a éste con los efectos que ello comporta (accesorio sigue a principal y, en el caso de la novación, operatividad del artículo 1207 del Código Civil); el arbitraje es un contrato independiente y sustantivo distinto de aquél al que, formalmente, aparece unido, de suerte que estamos en presencia tan sólo de una documentación única para dos contratos, que gozan de propia autonomía, aun cuando exista entre ellos una estrecha relación”. Por eso se afirma que la novación del contrato no afecta a la del convenio arbitral y la nulidad de aquél no impide la conservación de la cláusula.⁴⁹⁴

Se ha matizado la anterior doctrina señalando que una cosa es que ambos sean contratos diferentes, a los que afectaran de manera diversa las causas de nulidad o anulabilidad, no siendo comunicables entre sí, y otra es generalizar que la nulidad del contrato principal no afecta al convenio arbitral, cuando éste se ha establecido mediante una cláusula del primero, pues puede haber causas que afecten al contrato en su conjunto, incluso a la cláusula arbitral —vicios del consentimiento y las causas determinantes de la nulidad de pleno derecho—: “en este último caso, por ejemplo, dudo de que, interpuesta la acción de nulidad por un tercero, pueda excluirse del contenido de

⁴⁹¹ “La supresión de la distinción entre el contrato preliminar de arbitraje y el contrato de compromiso tiene, en la nueva regulación, un alcance mayor del que pudiera parecer a primera vista”, porque conlleva una nueva tipificación del convenio arbitral, como contrato, aún participando de los caracteres ya conocidos, recogidos en la normativa anterior, que no son totalmente coincidentes, de manera que “la nueva regulación comporta, realmente, un contrato diferente del anterior” (GETE-ALONSO, “La caracterización...”, o.c., p. 1.032).

⁴⁹² Art. 8 LA: “La nulidad de un contrato no llevará consigo de modo necesario la del convenio arbitral accesorio”.

⁴⁹³ SAP Vizcaya, 11.03.1993.

⁴⁹⁴ SAP Cantabria, 9.09.1993.

la misma, por vía de excepción, el pacto arbitral y, con base en el mismo, intentar las partes someter la controversia a un arbitraje".⁴⁹⁵

Por eso ha sido preferida la caracterización del convenio arbitral como negocio dependiente y no inicial respecto del principal. No es un negocio accesorio, porque si lo fuera no se comprendería la razón de la excepción que se contiene en el art. 8 LA citado, de modo que se ha preferido denominar como *negocio de segundo grado*, porque siempre es dependiente de otro al que toma por objeto. A este carácter de negocio de segundo grado no afecta su eventual unión al contrato principal en el documento. La eficacia de este tipo de negocios está referida a una relación jurídica determinada.⁴⁹⁶

B. Carácter autónomo

Por las razones anteriores, se concluye que el convenio arbitral tiene carácter autónomo. El pacto arbitral y el contrato principal tienen fundamentos y finalidades distintas, emanando de voluntades diferentes. Uno y otro tienen vidas separadas, de manera que la cesión del contrato principal no conlleva la del pacto arbitral, salvo que expresamente así sea aceptado por el cesionario.⁴⁹⁷

La autonomía se aprecia también en la diferente normativa que se aplica a uno y otro tipo de contrato, principalmente cuando se trata de arbitraje internacional, pero también vale para el arbitraje nacional español —interno—; así resulta que, por ejemplo, la forma de uno y otro se sujetan a normas diferentes, de manera que puede ocurrir que el principal no valga, por no revestir la solemnidad exigida por ley, mientras que su cláusula arbitral, si es escrita, sí que vale.⁴⁹⁸

Incluso se ha llegado a afirmar que la autonomía del convenio arbitral se ha originado para salvar el pacto arbitral de manera que el arbitraje pueda servir para juzgar la validez o no del contrato principal.⁴⁹⁹

Esta autonomía hay que enmarcarla en el principio de separabilidad del que la exposición de motivos de la LA habla, y que se aprecia en varias de las disposiciones de la misma. Así, el art. 5.2, que contempla un convenio arbitral incluido como una cláusula general de un contrato de adhesión; o el art. 6, que establece el principio de

⁴⁹⁵ CORDÓN, *El arbitraje...*, o.c., p. 58. Para ALBALADEJO GARCÍA, "El arbitraje testamentario", *Actualidad Civil*, 1990, 6, p. 87, el principio de separabilidad no desliga totalmente el contrato principal y el arbitral, pues si se llega a dictar la nulidad del principal, el de arbitraje, aún siendo válido, resultará inútil o inoperante (En este sentido también CORDÓN, *El arbitraje...*, o.c., p. 59). Sin embargo, no hay que olvidar que el arbitraje puede ser útil para la misma declaración de nulidad del contrato principal, o para determinar las consecuencias derivadas del contrato que, siendo nulo, puede haberse cumplido parcialmente, haberse producido un enriquecimiento injusto, etc.

⁴⁹⁶ GETE-ALONSO, o.c., pp. 1.033 y ss.

⁴⁹⁷ CORDÓN, *El arbitraje...*, o.c., p. 59.

⁴⁹⁸ CORDÓN, *El arbitraje...*, o.c., pp. 59 y ss., citando a GONZÁLEZ CAMPOS, "Sobre el convenio...", p. 7.

⁴⁹⁹ Así se rompe el círculo vicioso en que se incurriría si cuando se pretende la nulidad del principal se esgrime la sumisión al arbitraje, pero cuando se intenta esta otra vía se argumenta la nulidad del contrato. Vid. ALBALADEJO GARCÍA, "El artículo 8 de la nueva Ley de Arbitraje", *Actualidad Civil*, 1990, 7, pp. 93 y ss.; también CORDÓN, *El arbitraje...*, o.c., p. 60.

separabilidad formal o documental; o el tan traído art. 8, que mantiene la validez del convenio arbitral a pesar de la nulidad del contrato principal.⁵⁰⁰

C. Principio de rigidez

Se ha señalado que en contraste con la regla general de la flexibilidad de los contratos, rige aquí un *principio de rigidez*, pues el art. 3.1 exige que el convenio arbitral se ajuste a las prescripciones de la LA (lo que ya así se ordenaba con casi identidad literal en el art. 3.I LADP), aunque el art. 3.2 reconoce su validez y eficacia por aplicación de las reglas generales de los contratos.

El fundamento se sitúa en que los árbitros cumplen una función sustitutiva de la decisión judicial, alcanzando su voluntad la eficacia cualificada de la cosa juzgada (37 LA), por atribución de la LA. Eso autoriza a que la LA establezca una limitación al principio de autonomía privada. La eficacia de cosa juzgada es una eficacia legal, que se traduce en que impide el conocimiento de los jueces y tribunales, originando la excepción dilatoria 533.8 LEC. Si el convenio arbitral no se ajusta a la LA, tendrá mera eficacia contractual, pero nunca podrá esgrimirse como excepción dilatoria, ni los terceros —no árbitros— decidirán con efecto de cosa juzgada, ni se podrá ejecutar..., etc.⁵⁰¹

2. EL CONVENIO ARBITRAL DE CONSUMO

El convenio arbitral en materia de consumo puede celebrarse de diferentes maneras. Tres son las formas que la LA prevé de celebración del convenio arbitral:⁵⁰² como un contrato separado reflejado en un sólo acto y documento, como contrato separado pero resultante del intercambio de documentos diversos, o como una cláusula dentro de un contrato principal. El RDSAC contempla dos posibilidades propias, como dos variantes del convenio por intercambio de documentos. La primera, mediante una oferta pública del empresario, seguida de una solicitud de arbitraje por el consumidor. La segunda, cuando la solicitud de arbitraje del consumidor es aceptada por el empresario. Por consiguiente, todas estas vías de celebración del contrato arbitral pueden ocurrir en el arbitraje de consumo, y a todas ellas se va a hacer seguidamente oportuna referencia.

A. Convenio arbitral en contrato separado

Poco probable en la práctica es el supuesto que aquí cito, pero no por ello debe dejarse de mencionar. Me refiero ahora a la hipótesis de que ambas partes consientan en acudir al SAC como vía de solución de un determinado conflicto ya nacido,

⁵⁰⁰ GETE ALONSO, o.c., p. 1.034.

⁵⁰¹ GETE-ALONSO, “La caracterización...”, o.c., p. 1.035.

⁵⁰² Art. 6 LA: “1. El convenio arbitral deberá formalizarse por escrito y podrá concertarse como cláusula incorporada a un contrato principal o por acuerdo independiente del mismo.

“2. Se entenderá que el acuerdo se ha formalizado por escrito no sólo cuando esté consignado en un único documento suscrito por las partes, sino también, cuando resulte de intercambio de cartas, o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje”.

mediante la fórmula de un convenio arbitral en documento separado donde se haga constar tal sometimiento al SAC, seguido de una solicitud del consumidor, o la de acudir ambas partes, mediante un común escrito, fuera de todo formulario, a alguna JAC, con tal de que se reúnan las condiciones que aquí se están comentando.

Previsiblemente se trataría de controversias ya nacidas y es preciso que las partes acuerden someterse expresamente al arbitraje de consumo. Aún más difícil es imaginar que las partes de una relación jurídica material, respecto de la que aún no existe controversia, pacten el sometimiento, de aquéllas que en un futuro nazcan, al arbitraje que estudiamos. Naturalmente que la dificultad a que hago referencia no es jurídica, sino sociológica.

B. Cláusula contractual incorporada en un contrato principal

Me refiero aquí al supuesto, perfectamente reflejado por la LA,⁵⁰³ consistente en que las partes acuerdan someterse al arbitraje de consumo. Este supuesto es el que puede tener lugar en todos aquéllos contratos de consumo que adopten forma escrita, tales como los que se realizan en el de los seguros, de servicios de telefonía, de suministro eléctrico, de gas, de arrendamientos, etc.

Mediante este tipo de convenio, queda ya fijada por las partes la relación jurídica de referencia, que será la nacida del contrato en que se incluye la cláusula. En cambio, la cuestión litigiosa no podrá haber sido determinada, como es natural, pues a esa altura de la vida de la relación principal no suelen suscitarse las controversias. Se pacta la vía arbitral para cuestiones litigiosas futuras.

A esta forma de contratación⁵⁰⁴ se refieren varias disposiciones, que son preciso traer y comentar aquí, contenidas en la LGDCU, en la redacción dada por la reciente LCGC.

En primer lugar tenemos el artículo 10.4 LGDCU, donde se disponen dos cuestiones diferentes:

- a) “Los convenios arbitrales establecidos en la contratación a que se refiere este

⁵⁰³ Art. 6.1 LA.

⁵⁰⁴ Para REGLERO, *El arbitraje...*, o.c., p. 200, en la LA “no hallamos, antes al contrario, los necesarios mecanismos de defensa del consumidor, dirigidos a impedir situaciones abusivas”. Y añade que llama la atención la forma en que la LA pretende proteger a los consumidores “para mí es claro que el derecho de exigir la celebración del ‘contrato principal’ aunque se niegue a someterse al convenio arbitral es o una ingenuidad o una burla al consumidor”: (1) porque el consumidor nunca lee el contrato de adhesión cuando lo firma; (2) porque cuando lo lee normalmente no advierte el alcance jurídico de la cláusula; (3) porque será difícil que llegue a adquirir el bien si no es a través del contrato, a pesar del art. 10.1 LGDCU. Por eso dice PANTALEÓN, “Notas...”, o.c., p. 122, que si realmente quiere protegerse a consumidores y usuarios debiera haberse dispuesto que no se admiten otros arbitrajes a través de condiciones generales de la contratación que los del artículo 31 LGDCU, con la advertencia de que se trata de una norma del orden público internacional español, para evitar la fuga al arbitraje extranjero y su ejecución como laudo extranjero bajo la cobertura del Convenio de Nueva York. Insiste REGLERO, “*El arbitraje...*”, o.c., p. 203, en que la previsión del art. 5.2 LA es “extemporánea” y “carente de sentido” que ocupe el lugar que ocupa, porque si lo que se pretende realmente es, en materia de consumo, proporcionar a las partes —y sobre todo a la que está en inferioridad—, en un contrato de adhesión, un *mecanismo jurisdiccional extraestatal* para la solución de los conflictos, debería desarrollarse el SAC del 31 LGDCU —aún no se había dictado el RDSAC— de modo “obligatorio, y no meramente aconsejable”, en lugar de incluirlo en la previsión del 5.2 de la LA.

artículo será eficaces si, además de reunir los requisitos que para su validez exigen las leyes, resultan claros y explícitos”.

Este precepto permite que en materia de consumo se pacte el sometimiento a cualquier tipo de arbitraje. Lo que no tiene mucho sentido es que imponga como requisito para su validez que, además de los requisitos generales sobre los convenios arbitrales, se exige claridad y explicitud. Si se tiene en cuenta que eso ya es una exigencia general para cualquier convenio arbitral.⁵⁰⁶

Menos se entiende que el pretendido plus de exigencia se circunscriba a la contratación a que se refiere el artículo 10 LGDCU, es decir, a “las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes”. La realidad es que los requisitos de que el convenio arbitral sea claro y expreso deben exigirse *en todo caso*, tanto por efecto de la LA como por la necesaria defensa de los consumidores, y no únicamente en los supuestos contemplados en el precepto que se comenta: condiciones generales y cláusulas no negociadas.

Esta norma sólo se puede comprender si se acude a un propósito del legislador de insistir en la necesidad de claridad en la cláusula arbitral. Precisamente es este principio tuitivo del consumidor el que justifica que la normativa dictada para los contratos tipo o de adhesión, en lo tocante a las cláusulas de sumisión expresa, no es aplicable en favor del empresario o productor, sobretudo si fue éste quien supuestamente incluyó la cláusula arbitral en el contrato principal.⁵⁰⁴

b) “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”.

Aquí se refleja una vez más el carácter autónomo que tienen ambos contratos, aunque esta sea una norma de sentido contrario a la que más atrás se comentó de la LA.⁵⁰⁷ Mediante esta norma se pretende evitar que el empresario pueda llegar a imponer una solución arbitral al consumidor, en detrimento de su derecho a la tutela judicial efectiva. No obstante, estima el legislador que la sumisión al SAC goza de las debidas garantías y es suficientemente ventajoso para el consumidor como para que si el arbitraje a que el contrato se remite es aquél, el contrato arbitral sí gozará de validez.

Pero si este es el espíritu que parece subyacer en la norma, su redacción es bien defectuosa. En primer lugar, no resulta claro cual es la eficacia de la negativa del consumidor a someterse al arbitraje “impuesto” en el contrato. Una primera interpretación

⁵⁰⁵ Art. 5.1 LA.

⁵⁰⁶ SAP Jaén, 12.12.96.

⁵⁰⁷ Art. 8 LA. “Es tema pacíficamente admitido por la doctrina entender que el arbitraje, aún cuando aparezca como *cláusula de un contrato*, no está en relación de accesoriadad a éste con los efectos que ello comporta (accesorio sigue a principal y, en el caso de la novación, operatividad del art. 1207 del CC); el arbitraje es un contrato independiente y sustantivo, distinto de aquel al que, formalmente, aparece unido, de suerte que estamos en presencia tan sólo de una documentación única para dos distintos contratos, que gozan de propia autonomía aún cuando exista entre ellos una estrecha relación. Así resulta del art. 6º. 1º de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado [...] y art. 8 de la misma Ley” (SAP de Vizcaya, 11.03.93).

posible sugiere que la negativa ha de formularse con anterioridad a la celebración del contrato, con lo que resultaría que si en ese instante previo no se opone al convenio arbitral, resultará obligado. Pero, además, si se niega a ello, no se entiende bien cómo logrará que el contrato principal llegue a celebrarse, en caso de que el empresario no lo acepte sin la cláusula arbitral. Esta redacción parece abocar a un desenlace judicial o a la no celebración del contrato principal.⁵⁰⁸

Una interpretación alternativa parece preferible aquí, consistente en estimar que la negativa del consumidor se puede producir una vez celebrado el contrato principal, en cuyo caso, éste continuará en vigor, sin perjuicio de la nulidad del convenio arbitral. Aquí la dificultad se estriba en cómo hacer práctica esta nulidad, ya que —dejando a un lado la irreal, por improbable, posibilidad de un proceso declarativo sólo con tal pretensión de nulidad— el consumidor sólo podrá negarse a ese arbitraje mediante su oposición al mismo, una vez iniciado por el empresario, o combatiendo la excepción que éste formule si el consumidor es quien toma la iniciativa, acudiendo al ámbito judicial.

Un segundo precepto tiene que ser considerado aquí: la Disposición Adicional 1.^a de la LGDCU,⁵⁰⁹ en cuya regla 26 califica como cláusula abusiva “la sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitrajes institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico”.

Un paso más ha sido dado por el legislador al conceptuar como cláusula abusiva toda aquélla que establezca cualquier sumisión a arbitraje. Por consiguiente, “serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”.⁵¹⁰ Pues bien, si este tipo de convenio arbitral se considera como cláusula abusiva, no se entiende que en la norma antes criticada se prevea el alambicado y disipado mecanismo de protección al consumidor, para ahora acabar aplicando otro más contundente y claro.

El arbitraje que expresamente se contempla es el del SAC, que estamos estudiando. No obstante, la referencia a órganos de arbitrajes institucionales para sectores específicos deja abierta la vía de otros ya existentes, como el previsto para los transportes, o que en un futuro se puedan crear. La clara preferencia de la LGDCU por el SAC no me parece totalmente acertada, porque el efecto que tiene el convenio arbitral de consumo así concluido es que el empresario podrá acudir únicamente ante el juez para formular sus pretensiones, mientras que el consumidor sólo podrá acudir a la vía arbitral. Si optara por presentar una demanda ante el juez, el empresario demandado podrá esgrimir la excepción de sumisión al arbitraje: al consumidor sólo le queda la opción del SAC.⁵¹¹ Efectivamente, la combinación de las normas citadas con las del RDSAC producen un efecto que acaba siendo perjudicial para el consumidor, contrariamente a

⁵⁰⁸ “Habrá de convenirse, cuando menos, que el sistema que forman los artículos 5.2 LA y 10.1 *in fine* LGDC (en relación con su art. 10.2) es un modelo de confusión, que yo creo no fortuita, en nada favorable a la eficaz protección de los consumidores y usuarios. No debe olvidarse, en fin, que no sólo éstos, sino también los pequeños empresarios españoles precisan protección en materia de condiciones generales frente a las grandes multinacionales, cuyo poder de influencia sobre las instituciones permanentes de arbitraje no cabe ignorar” (PANTALEON, “Notas...”, p. 122).

⁵⁰⁹ En la redacción dada por la LCGC.

⁵¹⁰ Art. 10.bis LGDCU.

⁵¹¹ Art. 533.8 LEC.

lo pretendido por la Ley, de manera que en virtud de una cláusula arbitral del tipo que comentamos, resulta que mientras que el empresario no asume ningún compromiso, pues el SAC es unidireccional, el consumidor queda constreñido a la vía arbitral, sino poder acudir ya a la jurisdiccional.

Consecuentemente, sería comprensible que el consumidor no fuera tampoco partidario de someterse al mismo, por más que la LGDCU y el empresario con quien contrata le animen a ello.

C. Oferta pública de sometimiento al arbitraje de consumo (OPS) seguida de solicitud de arbitraje del consumidor

Es esta la forma más característica de celebrar el convenio arbitral en el ámbito del SAC. Se trata de una modalidad regulada en los artículos 6 y 7 RDSAC. Inicialmente cabe decir que se trata de una manifestación de la posibilidad contemplada por la LA, consistente en que las partes manifiesten sus respectivas y coincidentes voluntades de someterse al arbitraje mediante diferentes documentos escritos.⁵¹² Pero la novedad está en que la voluntad del empresario se ha manifestado mediante una oferta pública, sujeta a ciertas condiciones.⁵¹³

Lo que se prevé en la norma es que el empresario que lo desee podrá dirigir a la JAC,⁵¹⁴ mediante escrito o cualquier otro medio de comunicación,⁵¹⁵ su declaración de voluntad en el sentido de que se somete al arbitraje del SAC. La declaración así remitida tiene el carácter de oferta pública a cuya publicidad queda obligada la JAC, quien lo plasmará en el Diario Oficial que corresponda a dicha Junta.⁵¹⁶ Ésta también resulta obligada a registrar la empresa en un libro que al respecto debe crear⁵¹⁷ y hacerle entrega del Distintivo Oficial que se ha creado a tal fin en el propio RDSAC.⁵¹⁸

La empresa que de este modo se haya adherido al SAC, adquiere el derecho al uso del Distintivo referido. Resulta llamativo que tal derecho sólo sea citado en el RDSAC para señalar que se pierde con la renuncia de la oferta,⁵¹⁹ pero nada sobre cuando se adquiere y en qué condiciones se puede usar y qué alcance tiene este uso, lo que es fuente de no pocos problemas. De cualquier modo, parece que quien ha formulado la oferta referida, tendrá el derecho de hacer uso del distintivo que se le concede, pero no sólo de la “pegatina” que concretamente se le entrega, sino de reproducir el emblema en su publicidad, incluso en los documentos que utilice, publicitarios o contractuales. Como veremos, la eficacia de la oferta tendrá que ser diferente según se contemple el uso del distintivo por el empresario o la publicación de aquélla en los diarios oficiales.

⁵¹² Art. 6.2.LA.

⁵¹³ Sobre la oferta para contratar vid. CORRAL GARCÍA, Eduardo, *La oferta de contrato al público*, Tesis doctoral inédita, Jerez de la Frontera, 1999.

⁵¹⁴ Art. 6.2 RDSAC.

⁵¹⁵ Los medios de comunicación que se admiten en el SAC son cualquiera que garantice su autenticidad, pudiendo ser escritos, electrónicos, informáticos o telemáticos (art. 5 RDSAC).

⁵¹⁶ Art. 7.4 RDSAC.

⁵¹⁷ Art. 7.2 RDSAC.

⁵¹⁸ Art. 7.1 RDSAC.

⁵¹⁹ Art. 7.3 RDSAC.

Se exige que en el escrito donde el empresario formule su OPS se contenga expresamente su sometimiento al RDSAC así como su compromiso de cumplimiento del laudo.⁵²⁰ Ambas exigencias responden a las correlativas de la LA,⁵²¹ a las que más adelante se aludirán. Pero también se exige el *ámbito y el plazo* de validez de la oferta que, por defecto, se entiende indefinido.⁵²² Quiere esto decir que el SAC consiente que las empresas puedan establecer limitaciones a los convenios arbitrales por los que queden sometidos a aquél. Al menos esto ocurre en lo que a una *limitación temporal* se refiere. Sin duda parece que pueden establecer la que estimen oportuna. Si hubiera quedado establecida alguna, no será precisa otra cosa que el transcurso del tiempo para que pierda su eficacia, si bien, así lo entiendo, la JAC está obligada a publicar en los diarios oficiales y anotar en el libro de registro, la baja de la OPS.

Cuando no se hubiera fijado ningún plazo, se entiende por tiempo indefinido el alcance de la OPS, sin perjuicio de la eventual “renuncia” —es más adecuada la expresión “revocación”— por parte del empresario, que también tendrá el efecto indicado en cuanto a su publicación y registro.⁵²³ Sin embargo, el modelo oficial de OPS⁵²⁴ que se usa en el SAC establece que el “compromiso es de carácter indefinido, salvo denuncia expresa por alguna de las partes con seis meses de antelación”.⁵²⁵ Esta cláusula implica que al menos la adhesión tendrá un vigor de seis meses y que, una vez hecha la revocación, ésta no podrá producir efectos antes de dichos seis meses.

No es infrecuente que algunas empresas señalen un plazo de duración de su oferta, llegado el cual, si no han hecho expresa denuncia de su oferta, disponen que se entienda prorrogada por otro tanto o indefinidamente. Aquí hay que señalar que aquella denuncia no tiene por qué respetar el plazo de seis meses de anticipación señalado por el RDSAC, pues éste es el que procede cuando el plazo es indefinido, no como en el caso que se contempla, en que sí lo está. Vencido dicho plazo sin que la denuncia se haya efectuado, si la prórroga es por tiempo definido, estaremos ante el mismo caso; en cambio, si la prórroga es por tiempo indefinido, entra en juego la previsión antes referida, de modo que necesariamente la revocación tendrá que producirse con la antelación de seis meses señalada.

Más complicación presenta la mención al *ámbito de la oferta*. Son dos las ocasiones en que el RDSAC se refiere a ello, pero en ninguna de las dos nos explica ni nos da la más mínima pista de su significado.⁵²⁶ La interpretación del INC lo ha identificado

⁵²⁰ Art. 6.2.b) y c) RDSAC.

⁵²¹ Art. 5.1 LA.

⁵²² Art. 6.2.a) y d) RDSAC.

⁵²³ Art. 7.3 y 4 RDSAC.

⁵²⁴ INC, *Sistema Arbitral de Consumo*, o.c., p. 86.

⁵²⁵ Obsérvese cómo en el texto transcrito se usa la referencia a las “partes”, cuando estamos ante un acto unilateral, donde no hay otra parte que el empresario, estando indefinido el consumidor que constituirá la contraria, que, en todo caso, sólo podría “renunciar” al convenio concreto con él suscrito, sabiendo además que el arbitraje de consumo tiene una duración inferior a cuatro meses, lo que no cuadra con los seis meses a que hace referencia la OPS. Sólo puede entenderse el texto de referencia si lo contemplamos desde la perspectiva del contrato de dación y recepción del arbitraje, es decir, de la relación que nace entre el empresario y la JAC. Por tanto, parece que la denuncia puede ser hecha por la JAC también (¿o es prerrogativa exclusiva del INC?).

⁵²⁶ Arts. 6.1 y 6.3.a) RDSAC.

con ámbito territorial.⁵²⁷ Sin embargo, también es cierto que en numerosas adhesiones empresariales se han consentido abundantes limitaciones de otra índole. Así, la adhesión de la compañía Telefónica impone una condición de índole procedimental, consistente en que previamente el consumidor haya formulado reclamación antes sus propias oficinas. Las compañías de seguros que últimamente se han incorporado al SAC han establecido límites sobre la cuantía o la rama del seguro que se somete al arbitraje, o sobre el sujeto que puede formular la reclamación.⁵²⁸

Ciertamente que nos movemos en el ámbito de los derechos disponibles, como ya sabemos, de manera que no hay ningún obstáculo a que las empresas delimiten el alcance de su sumisión al arbitraje. Sin embargo, el SAC es libre de aceptar o no las limitaciones citadas. Esto no quiere decir que lo sean las JAC, que están obligadas a actuar con idénticos criterios que no son otros que los expresados en el RDSAC, donde, hoy por hoy, no se establece ningún impedimento a las sumisiones limitadas. Considero que en este punto el INC debe promover una modificación del RDSAC o una normativa complementaria, donde se establezcan criterios concretos y uniformes, pero, en todo caso, es necesario que se establezca alguna reforma. La razón por la que así lo creo reside en la inseguridad que para el consumidor puede llegar a producir el SAC. Es cierto que las JAC cumplen sus compromisos publicando las adhesiones de las empresas en los diarios oficiales, donde se pueden hacer constar las limitaciones que aquéllas hayan estimado oportunas; pero esto no basta porque, es cosa sabida, los consumidores no son lectores habituales de los diarios oficiales,⁵²⁹ ni tampoco le aclara gran cosa el uso del distintivo oficial por las empresas. De este modo, quien contrata con una compañía de seguros o con una suministradora de gas butano, v.gr., que en su publicidad incorporan el emblema del SAC, no pueden saber que sólo se han sometido a él para cuestiones de una determinada cuantía o especie. Estaríamos ante un fraude.

Quizás convenga señalar ahora que el distinto oficial consiste en una “pegatina”, que reproduce una determinada figura en combinación de colores concretos, la cual es exhibida en los escaparates y otros lugares de los establecimientos mercantiles por las empresas, sin perjuicio de que sea reproducido, por iniciativa del propio empresario

⁵²⁷ Así se deduce de los formularios oficiales de compromiso de adhesión de empresas y profesionales, en cuya primera manifestación se dice que el empresario “se incorpora al Sistema Arbitral de Consumo, realizando la correspondiente oferta pública de sometimiento al arbitraje [...] expresando su adhesión voluntaria a todas las Juntas Arbitrales de Consumo constituidas y que en el futuro se constituyan, cuyo ámbito de actuación territorial coincida con el propio de la empresa, esto es, en el ámbito de [...]” (INC, *Sistema Arbitral de Consumo*, o.c., pp. 86 y 87).

⁵²⁸ Precisamente en materia de seguros se han producido numerosas limitaciones y de muy variada índole, de manera que podemos decir que, lejos de lo que hasta ahora ha venido ocurriendo con la mayoría de los empresarios, que se han adherido al SAC según el formulario tipo, las aseguradoras lo han hecho “a la carta”. Posiblemente ha facilitado esto el INC guiado por el loable propósito de fomentar la incorporación de este sector, casi virgen en el SAC. Prácticamente todas las aseguradoras han señalado como motivo de exclusión del SAC el hecho de que el reclamante dirija una reclamación a la Dirección General de Seguros, con carácter previo, simultáneo o sucesivo a la solicitud de arbitraje. Alguna, como por ejemplo, ACUNSA (Aseguradora de la Clínica Universitaria de Navarra), señala además como otros límites que el ámbito territorial sea el del “territorio donde opera la entidad”, que la cuantía litigiosa no exceda de 5.000.000 de pesetas, que la cuestión litigiosa sea relativa al sector y una duración de 2 años, renovables tácitamente. AZUR Seguros, se somete a la Junta Arbitral de la comunidad autónoma, con una cuantía máxima de 500.000 pesetas, para los ramos de vida y automóviles, con una duración de un año, renovables automáticamente por iguales periodos, y sólo para las solicitudes presentadas por los tomadores, asegurados y beneficiarios, lo que significa que excluye a los terceros perjudicados.

⁵²⁹ Esta realidad es de todos conocida, sin perjuicio del art. 6.º 1 CC (“La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento”), por lo que una adecuada tutela del consumidor debe partir de esta evidencia.

—es su derecho—⁵³⁰ en los documentos que estime convenientes. La “pegatina” oficial no deja lugar para insertar en ella cualquier tipo de limitación, que acerque al consumidor la información necesaria sobre el alcance de la sumisión del comerciante al SAC.⁵³¹

La inseguridad y confusión que se puede producir en el consumidor es evidente, además del posible fraude que se facilita a los empresarios quienes con una eventual sumisión limitadísima tienen el mismo derecho a usar el distintivo oficial que quienes la formulan plenamente.

Comunicada la OPS a la JAC, ésta tiene el deber de otorgarle el distintivo, de registrarlo en el libro correspondiente y de disponer su publicación en el diario oficial.⁵³² Pero antes debe aceptar la oferta o rechazarla. Sobre la *aceptación de la OPS* nada se ha dispuesto en el RDSAC. Sin embargo, es obvio que a la JAC le compete un control sobre la legalidad de la misma, de manera que no podrá aceptar, por ejemplo, las que sean hechas por quienes no son empresarios, o las que se refieran a materias no susceptibles de arbitraje, etc. Tengamos presente que la aceptación de la JAC es lo que vincula a ésta a tramitar el arbitraje cuando le sea solicitado. Pero la aceptación no puede ser otra cosa que un control de esa legalidad, sin que quepa un rechazo arbitrario de la solicitud del empresario.

Una vez que la aceptación se ha producido, el empresario queda vinculado al arbitraje de consumo, con independencia de que aún no haya tenido lugar su publicación en el diario oficial. Desde ese instante ya puede hacer uso del distintivo y también, en contrapartida, podrá ser demandado por algún consumidor.

El convenio arbitral no se formaliza hasta que el consumidor presenta la *solicitud de arbitraje* en la JAC.⁵³³ Es en ese instante cuando ambas voluntades coinciden. No obstante, la JAC habrá de comprobar que OPS y solicitud son coincidentes en cuanto a los sujetos y al objeto, es decir, que el reclamado es realmente quien formuló la OPS y que la cuestión litigiosa que se suscita mediante la solicitud de arbitraje se enmarca en el ámbito objetivo señalado en aquélla.

Y aquí surge una dificultad importante, relativa a la *eficacia temporal* de la OPS. El problema consiste en dilucidar qué cuestiones litigiosas referidas a qué relaciones jurídicas pueden ser suscitadas ante el arbitraje de consumo, considerando que la OPS tiene una vigencia temporal. A mi entender, cuando un empresario publica su oferta de sumisión al arbitraje la extiende a toda cuestión litigiosa que se pueda plantear desde ese instante, aunque se trate de contratos celebrados con anterioridad a la fecha de emisión de aquélla.

Más complicado es el caso en que la cuestión litigiosa se plantee después de vencida la OPS, pero relativa a relaciones jurídicas nacidas bajo su vigencia. Si la OPS se había formulado por un plazo determinado, el cual ha debido gozar, lógicamente, de

⁵³⁰ Art. 7.3 RDSAC.

⁵³¹ El distintivo se describe en el Anexo del RDSAC y se puede ver una reproducción del mismo en p. 55 de INC, *Sistema Arbitral de Consumo*, o.c.

⁵³² Art. 7.1, 2 y 4 RDSAC.

⁵³³ Art. 6.1 RDSAC, en relación con el 6.2 LA.

igual publicidad, la cuestión litigiosa posterior al vencimiento de aquélla no podrá llevarse al SAC;⁵³⁴ en cambio, si no se fijó un plazo de duración de la OPS y su autor la revoca, no parece que pueda extenderse los efectos de la revocación a todos los contratos celebrados bajo su imperio. La OPS habría de considerarse como una cláusula de un contrato principal por el que una parte ofrece a otra la posibilidad de celebrar otro contrato. No habiendo fijado un plazo de duración de esta oferta, rige durante la vida del contrato principal.

Es preciso también hacer mención a otra dificultad que en la práctica se ha planteado, por más que a primera vista pueda parecer un planteamiento de laboratorio. Me refiero al supuesto en que el empresario continúa haciendo uso del distintivo oficial a pesar de que la OPS ya no rige, sea porque la revocó, sea porque finalizó el plazo de vigencia de la misma. A mi juicio, la oferta sigue estando vigente. Para la resolución de esta duda cabe acudir al art. 8 LGDCU, donde se señala que las condiciones y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores o usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.⁵³⁵ En esta disposición —considerando particularmente lo que reza el párrafo segundo— queda consagrado el carácter vinculante de la publicidad, pero en un sentido claramente favorable para el consumidor, recogiendo así una consagrada línea jurisprudencial.⁵³⁶ Sin dudarlo, es más favorable la sumisión del empresario al SAC que lo contrario.

Cabe también acudir a una aplicación analógica del art. 9 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante LOCM), que obliga a vender a quien efectúa una oferta de venta.⁵³⁷ En el caso que nos ocupa, se trataría de una obligación de someterse al arbitraje por quien mantiene la OPS.⁵³⁸

Evidentemente, el empresario que se beneficia por el uso del distintivo, que comporta una ventaja sobre sus competidores y otorga una cierta confianza hacia los consumidores, debe responder de su significado. En otro caso habría obtenido un beneficio en el mercado falseando una información.

Sin duda que la dificultad que aquí se encuentra es que el convenio arbitral es un contrato con una especial cualificación, habida cuenta de los efectos que produce en

⁵³⁴ Salvo nuevo convenio arbitral.

⁵³⁵ Art. 8 LGDCU: “1. La oferta, promoción y publicidad de los productos y servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido”.

“2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad”.

⁵³⁶ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a Paz, *La protección del comprador de inmuebles*, inédita.

⁵³⁷ Art. 9.1 LOCM: “La oferta pública de venta o la exposición de artículos en establecimientos comerciales constituye a su titular en la obligación de proceder a su venta a favor de los demandantes que cumplan las condiciones de adquisición, atendiendo, en el segundo caso, al orden temporal de las solicitudes. Quedan exceptuados de esta obligación los objetos sobre los que se advierta, expresamente, que no se encuentran a la venta o que, claramente, formen parte de la instalación o decorado”.

⁵³⁸ Sobre los diferentes sentidos que al término “oferta” se concede en el ámbito del Derecho privado, particularmente del referido al de los consumidores, vid. SÁNCHEZ, loc. ult. cit., nota 19.

cuanto a la limitación del acceso a la vía jurisdiccional. Por eso la LA establece la necesidad de un expreso sometimiento al arbitraje y manifestación de la obligación de cumplir el laudo, de lo que más abajo se tratará. Obviamente esas precisiones no se contienen en el distintivo, de manera que podría aducirse que el mero uso del mismo no vincula a quien lo hace a someterse al SAC, salvo que expresamente se hubiera sometido al mismo suscribiendo una OPS. Por tanto, si se siguiera esa opinión, el distintivo no respaldado por una OPS no compromete al empresario.

Sin embargo, la regulación que se hace de la OPS transforma al distintivo en un anuncio expreso de la voluntad del empresario de someterse al arbitraje de consumo. Quien ostenta tal distintivo sabe perfectamente el alcance del símbolo, de manera que esgrimir que en el mismo no se contiene expresamente la sumisión al arbitraje es un retórico argumento de exquisitez jurídica que sólo sirve para beneficiar al empresario desleal en perjuicio del consumidor, principalmente. La manifestación expresa del sometimiento arbitral no tiene por qué producirse únicamente por palabras, pues éstas no son sino una forma más de expresión de la voluntad de las personas. Quien usa el distintivo del SAC está manifestando públicamente su expreso sometimiento y, consecuentemente, debe quedar vinculado al mismo.

En todo caso, lo que el empresario puede establecer es el ámbito y modalidad de las relaciones jurídicas que se sujetarán al arbitraje de consumo, pero siempre será un compromiso sobre relaciones jurídicas futuras, sin ninguna determinación sobre la cuestión litigiosa. La plena identificación de ésta la realizará el consumidor, el cual, mediante la *solicitud de arbitraje* concretará la relación que concretamente se llevará al arbitraje de consumo. No obstante, la cuestión litigiosa será definida por ambas partes, mediante la solicitud de arbitraje del consumidor y la contestación del empresario, sin perjuicio de posteriores peticiones en el acto de audiencia.

Recuérdese aquí que expresamente señala el artículo 6.1 RDSAC que el convenio arbitral, en los supuestos en que el empresario hubiera realizado la OPS, sólo quedará formalizado cuando el consumidor presente la solicitud de arbitraje y en la medida en que OPS y solicitud coincidan en sus ámbitos. Esta disposición debe tenerse presente también respecto del problema de la duración de la OPS. Ciertamente, el artículo 6.2.d RDSAC establece la posibilidad de que el empresario fije un plazo de validez de la oferta, y el artículo 7.3, del mismo texto, prevé la renuncia de la misma. La duda consiste en si el arbitraje de consumo se extiende sobre las cuestiones litigiosas de relaciones jurídicas nacidas bajo la vigencia de la OPS, y debe ser resuelta en sentido negativo pues, como claramente dice el expresado artículo 6.1, sólo la presentación de la solicitud formaliza el convenio arbitral. Realmente, si la solicitud de arbitraje, que contiene la manifestación de voluntad del consumidor, se presenta cuando ya no está vigente la oferta del empresario, las voluntades no llegan a coincidir en el tiempo, no perfeccionándose el contrato de arbitraje. No obstante lo anterior, hay que reconocer que en ocasiones la publicidad realizada por el empresario, si incluye de alguna manera la oferta de arbitraje de consumo, así como la eventual aceptación escrita por el consumidor en el momento de la contratación, incluso después, pueden llegar a ser, en algún caso concreto, vinculantes para el empresario. De cualquier modo se trata de un supuesto poco probable en la práctica y que sólo la coincidencia de numerosos factores inclinarían la interpretación en tal sentido.

D. Solicitud de arbitraje del consumidor seguida de aceptación del empresario

Una forma muy común de convenio arbitral de consumo en la práctica, que encuentra también apoyo legal en el artículo 6.2 LA, es la que ocurre como consecuencia de la actividad de mediación de las JAC, que reciben la solicitud de arbitraje del consumidor y la trasladan al profesional que posteriormente, en su contestación, acepta la sumisión al arbitraje —artículo 9.1 RDSAC—. En este caso es el consumidor quien determina la relación jurídica de referencia desde el principio, indicando la cuestión litigiosa que plantea. Naturalmente, sólo cuando el empresario “demandado” o “reclamado” conteste, aceptando el arbitraje, queda formalizado el convenio y, al hacerlo, podrá introducir una nueva cuestión litigiosa. En relación con esto último cabe plantear alguna duda: ¿puede el empresario introducir nuevas cuestiones litigiosas en su contestación, a modo de *reconvención*, con independencia de la relación jurídica indicada por el consumidor-actor?

Propiamente, el convenio arbitral sólo se produce cuando ambas partes han manifestado sus voluntades⁵³⁹ y sólo respecto de aquello que son coincidentes, razón por la que no parece que pueda admitirse la cuestión litigiosa promovida por el empresario-demandado, pues sobre ella no ha admitido el arbitraje el consumidor-actor. Sin embargo, como más adelante habrá ocasión de argumentar con más detenimiento, admitido el arbitraje para una relación concreta, no sería justo que sólo se abordaran en él las cuestiones litigiosas que suscite el consumidor y no las planteadas por el empresario.

Caso diferente es que el empresario formule una cuestión litigiosa nueva, pero relativa a una relación jurídica nueva o distinta de la referida por el consumidor. En otros sistemas arbitrales, como el portugués, ello sí sería posible, pero el carácter unidireccional del SAC español no lo permite, abogándose por los círculos empresariales, no si cierta razón, por la modificación de este punto. El convenio arbitral sólo se extiende sobre una relación jurídica determinada y para todas las cuestiones litigiosas nacidas y que sean formuladas por las partes. No parece que pueda extenderse a cuestiones presentes y no mencionadas por las partes en sus respectivas solicitud y contestación, ni a las cuestiones que en un futuro nazcan. He de decir que, sin embargo, en la práctica las partes y los árbitros vienen admitiendo todas las cuestiones que durante la tramitación del procedimiento arbitral nacen y son oportunamente alegadas, dando una gran flexibilidad a los períodos de alegaciones, con cierta merma del principio de preclusión. Estimo que la oposición de una de las partes a someter al arbitraje una cuestión que no se incorporó ni por el escrito de solicitud ni por el de contestación al procedimiento arbitral, tendría éxito y no debiera ser tenida resuelta en el laudo, salvo que los árbitros, dentro de las facultades que más adelante se tratarán, puedan entender que la nueva cuestión se encuentra en íntima conexión con la inicialmente puesta en debate. El principio dispositivo es el rector principal del arbitraje.

⁵³⁹ Así dispone el artículo 6.1 RDSAC que “cuando el reclamado hubiese realizado oferta pública de sometimiento al Sistema Arbitral de Consumo, [...], el convenio arbitral quedará formalizado con la presentación de la solicitud de arbitraje por el reclamante, siempre que dicha solicitud coincida con el ámbito de la oferta”.

En todo caso, el convenio arbitral que por esta vía (solicitud-aceptación) se forma-se, cuenta con una relación jurídica determinada y con una cuestión litigiosa igualmente definida, sin que, en principio, se integre en él ninguna otra cuestión, aunque sea referida a la misma relación.

3. CONTENIDO DEL CONVENIO ARBITRAL DE CONSUMO

Considerando la reglamentación que la LA contiene del convenio arbitral, puede hablarse de un contenido mínimo o necesario y de un contenido optativo o facultativo. Mientras el primero es indispensable para que el convenio arbitral pueda producir su eficacia plena, el segundo se refiere a aquellas circunstancias que las partes pueden fijar o no en el texto del convenio, incluso pueden hacerlo más tarde, existiendo en ocasiones en la propia LA alguna disposición supletoria del acuerdo de las partes o de los árbitros.⁵⁴⁰ Como contenido necesario se ha de contemplar la voluntad inequívoca de sometimiento al arbitraje, la expresión de la voluntad de cumplir la decisión arbitral y la determinación de la relación jurídica de referencia. Como contenido optativo cabe citar la opción entre arbitraje de Derecho y de Equidad, la designación de los árbitros, delimitación de la cuestión litigiosa, las reglas del procedimiento arbitral, etc.

A. Voluntad inequívoca de sometimiento al arbitraje

El convenio arbitral debe recoger de manera *expresa la voluntad inequívoca* de las partes de someter al arbitraje la solución de todas o de algunas de las cuestiones litigiosas.⁵⁴¹ Este requisito es también exigible en el arbitraje de consumo, por más que sólo se haya especificado respecto de la OPS.⁵⁴²

Esta exigencia de la LA lo que plantea en realidad, puesto que todos los convenios arbitrales se forman por la voluntad clara o inequívoca de las partes, es si la manifestación de la misma ha de ser expresa o puede ser tácita, dominando entre los autores⁵⁴³ la idea de que sólo la forma expresa es admisible, sea por el carácter de negocio de segundo grado que se atribuye al convenio arbitral, cuyo objeto es una realidad jurídica, estando en presencia de un tipo contractual rígido,⁵⁴⁴ sea porque a través de él se renuncia a un fundamental derecho, de rango constitucional, el de la tutela judicial efectiva,⁵⁴⁵ sea porque se exige que el convenio adopte una forma que garantice la “constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje”, lo que difícilmente admite un consentimiento tácito.⁵⁴⁶

⁵⁴⁰ En este sentido vid. REGLERO, *El arbitraje...*, o.c., pp. 83 a 124.

⁵⁴¹ Art. 5.1 LA.

⁵⁴² Art. 6.2.b) RDSA: “Sometimiento expreso al presente Real Decreto del Sistema Arbitral de Consumo”.

⁵⁴³ No es una excepción CORDÓN que en *El arbitraje...*, cit., p. 62, rectifica su opinión contraria, que había sostenido en *Comentario breve...*, cit., p. 47

⁵⁴⁴ GETE-ALONSO, “La caracterización...”, cit., p. 1.037.

⁵⁴⁵ REGLERO, *El arbitraje...*, p. 83.

⁵⁴⁶ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE M., *La anulación del laudo arbitral. El proceso arbitral y su impugnación*, Granada, 1996, p. 168. También CORDÓN, *El arbitraje...*, cit., p. 62.

En el SAC encontramos que rigen las mismas prescripciones que, con carácter general, establece la LA. Consecuentemente ambas partes deben dejar reflejada de manera expresa y por escrito su voluntad de someter al arbitraje de consumo la cuestión litigiosa. Como se ha visto, son varios los modos de realizar el convenio arbitral de consumo.

Si el medio utilizado es un convenio independiente del principal o una cláusula incorporada a éste, la JAC debe velar porque en tales instrumentos se cumpla la exigencia que se contempla, donde expresamente se debe hacer sumisión al SAC.⁵⁴⁷

En cambio, cuando el convenio se forma mediante una OPS del empresario seguida de una posterior solicitud de arbitraje del consumidor, prácticamente se encuentra garantizado el respeto de la exigencia que se comenta, debido a que tanto la OPS como la solicitud de arbitraje se plasman en unos concretos formularios elaborados por el INC y distribuidos por todas las JAC, en los que se ha puesto especial cuidado en cumplimentarla.⁵⁴⁸

Si el empresario no hubiera suscrito ninguna OPS, el convenio arbitral sólo se logra si a la solicitud de arbitraje del consumidor le sigue una contestación de aquél, comprensiva de la expresa aceptación del SAC. A tal fin las JAC cuentan con unos formularios donde igualmente se cumple con el requisito en cuestión.⁵⁴⁹

B. Expresión de la obligación de cumplir la decisión arbitral

La frase final del artículo 5.1 LA —“así como expresar la obligación de cumplir tal decisión”— no figuraba en el Proyecto de Ley de Arbitraje, pero fue introducida merced a una propuesta del Grupo Parlamentario Minoría Catalana,⁵⁵⁰ que se justificó aduciendo su utilidad para “dejar perfectamente claro el carácter de convenir el compromiso arbitral sobre cuestiones futuras y el de la obligación del cumplimiento del laudo que resulte”.

Con independencia de que la expresión sea merecedora de las críticas que se le han destinado, hay que reconocer que en ella se aprecia una sutileza que no siempre se tiene presente. El convenio arbitral, como contrato que es, genera una obligación entre las partes, la de no acudir a los tribunales para resolver su conflicto, sino a unos árbitros; pero también obliga a asumir la decisión de éstos, de manera que será el laudo el determinante de la obligación. La inclusión de la referida frase en el convenio arbitral sirve para que las partes no tengan ninguna duda del alcance del compromiso que están asumiendo, evitándose así cualquier efecto no querido o cualquier confusión. Frecuentemente las partes entienden que el arbitraje es una mediación. De hecho, la mayoría de las instituciones arbitrales asumen una función mediadora. En el SAC ésta es noto-

⁵⁴⁷ La cláusula arbitral de sometimiento al SAC implica que ya existe convenio arbitral, de modo que ya consta inequívocamente la voluntad requerida, máxime cuando más tarde el empresario ha presentado una OPS (SAP de Jaén, 12.12.96).

⁵⁴⁸ Vid. pp. 86, 87 y 94 a 96 de INC, *Sistema Arbitral de Consumo*, cit.

⁵⁴⁹ Vid. pp. 99 y 100 de INC, *Sistema Arbitral de Consumo*, cit.

⁵⁵⁰ Enmienda 153.

ria, desembocando unas veces en la formalización de un convenio arbitral, otras en un acuerdo entre los contendientes,⁵⁵¹ otras en un laudo “conciliatorio”.⁵⁵²

Desde una perspectiva meramente técnica, es obvio que la frase en cuestión es ociosa, pues la suscripción del convenio arbitral ya implica el cumplimiento de la resolución arbitral, porque es el Estado quien atribuye una ejecutoriedad incondicional del laudo;⁵⁵³ lo que obliga es el laudo, equiparable a la sentencia, no la voluntad del convenio arbitral, y ello por virtud de la Ley, que le otorga carácter ejecutivo y de cosa juzgada;⁵⁵⁴ la eficacia del convenio siempre es producir una obligación, que, como todas, siempre nace para ser cumplida, de manera que la referencia al cumplimiento es superflua, en cuanto que si la eficacia del convenio es la producción de una obligación, lo es para que sea cumplida, no cabe lo contrario.⁵⁵⁵

Se aprecia cierta reiteración al contemplar la frase que se comenta y lo prevenido en otras disposiciones de la LA, reiterativas del carácter obligatorio y vinculante.⁵⁵⁶ Para el SAC existe una norma similar en el artículo 2.c) del RDSAC, según la cual la oferta pública de sometimiento al Sistema contendrá, entre otros requisitos, “compromiso de cumplimiento del laudo arbitral”. En realidad no es sino la traslación de la frase final del art. 5.1 LA, que ahora estamos comentando, al arbitraje de consumo, para que se tenga especial cuidado, en los convenios arbitrales que se formalicen mediante la referida OPS, en cumplir la citada exigencia de la LA. Estamos ante una nueva e innecesaria reiteración innecesaria, al menos para los técnicos en Derecho aunque quizás no sea tan inútil para los usuarios de este arbitraje, que no tienen por qué ser avisados en cuestiones jurídicas, por más que el art. 6.1 CC disponga que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.

Es posible que el fundamento de esta norma no sea tanto preocuparse por la eficacia del convenio arbitral, que ya está sobradamente establecido por otras disposiciones, sin necesidad de que las partes expresamente manifiesten su voluntad de someterse al laudo, como que los intervinientes conozcan el real alcance de sus declaraciones de voluntad, que afectan al derecho a la tutela judicial efectiva.⁵⁵⁷

⁵⁵¹ Art. 4.a) y b) RDSAC.

⁵⁵² Art. 12.4 RDSAC.

⁵⁵³ FONT SERRA, “La nueva configuración...”, cit., p. 351.

⁵⁵⁴ REGLERO, *El arbitraje*, cit., p. 90.

⁵⁵⁵ GETE-ALONSO, “La caracterización...”, cit., p. 1.036. De expresión superflua la califica también CORDÓN, en *Comentario breve*, cit., p. 50, señalando que “la imposición del acatamiento previo por las partes de la decisión de los árbitros es consustancial al arbitraje; forma parte del concepto y, por tanto, no precisa ser regulado. Tal acatamiento previo constituye una de las diferencias sustanciales con el llamado ‘arbitraje informal’ del artículo 3.2, el cual no es verdadero arbitraje, ya que en él, hasta el momento de la aceptación, sólo hay una mediación que no es vinculante”.

⁵⁵⁶ En este sentido vid. los artículos 11.1 LA —“El convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado”—, 17.1 RDSAC —“El laudo arbitral tendrá carácter vinculante y producirá efectos idénticos a la cosa juzgada”—, 37 LA —“El laudo arbitral produce efectos idénticos a la cosa juzgada”—, que resultan innecesarios si se atiende a lo prevenido con carácter general en el 1258 CC —“Los contratos [...] obligan al cumplimiento de lo expresamente pactado”— y en el 1091 CC —“Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos”—.

⁵⁵⁷ Así GETE-ALONSO, “La caracterización...”, cit., p. 1.037. Para esta autora se puede encontrar cierta explicación a la disposición del art. 5.1 in fine de la LA en que puede ser un lastre histórico producido por la dero-

Lo que aquí interesa ahora es el *alcance de esta exigencia* en cuanto a la validez del convenio arbitral. Más concretamente, si la ausencia de esta expresa manifestación de la voluntad de cumplir el laudo integra o no uno de los casos de anulación del laudo. En concreto, si el convenio arbitral devendría nulo —art. 45.1 LA—. La combinación de lo prevenido en los artículos 3.1 y 5.1 LA así parecen indicarlo. Ante esta posibilidad se comprende que la mayoría de los reglamentos de las instituciones arbitrales españolas así lo exijan, diferentemente de lo que es dispuesto en los textos internacionales.⁵⁵⁸ Una interpretación exageradamente formalista de los preceptos indicados es comprensible en los reglamentos de las diferentes cortes arbitrales españolas,⁵⁵⁹ que no pueden correr el riesgo de ver anulado un laudo pronunciado en su seno, por resultar nulo el convenio arbitral carente de la frase en cuestión, no sólo por el desprestigio que la institución arbitral concreta y el arbitraje en general pueden sufrir, sino también por la responsabilidad que las partes puedan exigirle.

En esta misma línea, últimamente citada, hay que situar lo prevenido en el RDSAC,⁵⁶⁰ para que pueda ser debidamente comprendida la exigencia de que la oferta pública de sometimiento contenga el “compromiso de cumplimiento del laudo”. A ello debe añadirse que la difusión que desde el INC y las administraciones soportes de las distintas JAC, incitando a numerosas empresas y consumidores a que acudan al mismo, hace aconsejable que se haga lo posible porque las partes conozcan realmente el alcance de sus actos: una actividad que pretende ser tuitiva de los consumidores y usuarios debe contener una precisa información, máxime cuando la eficacia del acto se extiende al abandono de la vía jurisdiccional como solución de los conflictos. Las preocupaciones de las instituciones arbitrales privadas y del SAC son, en este punto, diferentes.

Se han dado razones contrarias a una interpretación exageradamente formalista y literal de los preceptos expresados, abogando por una más amplia, como la de que la mención a la obligación de cumplir el laudo queda subsumida en la más amplia expresión de la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de la controversia a los árbitros; que los artículos 6.2 —relativo a la formación del convenio arbitral mediante el intercambio de documentos— y 42.1 LA —sobre formalización judicial

gada LADP, especialmente de su artículo 18, pues en ella se diferenciaba entre contrato preliminar de arbitraje y compromiso arbitral (ídem, p. 1.036).

⁵⁵⁸ Así en el modelo de cláusula arbitral de la Corte de Arbitraje de Madrid, en el art. 1.III del Reglamento del Tribunal Arbitral de Barcelona y en su modelo de cláusula arbitral, en el modelo de convenio arbitral de la Corte de Arbitraje de Valencia; en cambio, no se incluye tal especificación en la cláusula tipo de la Corte Española de Arbitraje ni de la Cámara de Comercio Internacional, ni en la referencia al convenio arbitral del art. II del Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones arbitrales extranjeras, ni el artículo IV del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial, de 1961. Sobre esta cuestión puede verse VULLIEMIN, “La Ley de Arbitraje y la especificidad del arbitraje comercial internacional”, *La Ley*, 17.08.1990, pp. 2 y 4.

⁵⁵⁹ En la doctrina puede citarse como partidario de igual interpretación a GARCÍA SOLE, “La nueva Ley de Arbitraje”, *RGD*, 1989, p. 4.424. Vid. también REGLERO, *El arbitraje...*, cit., p. 94, para quien, a la vista de los artículos 5.1 y 3.1 LA, “para ser válido, el arbitraje deberá ajustarse a las prescripciones de la Ley, habrá de concluirse forzosamente que el convenio arbitral que no recoja expresamente aquella previsión será nulo. De esta forma, y habida cuenta del claro tenor literal de la Ley, no creemos posible que la voluntad de las partes de cumplir lo dispuesto en el laudo se entienda implícita en el propio convenio, sino que, para que éste pueda considerarse como válido, será necesario su mención expresa. Pienso que este resultado no ha sido el querido por el legislador, pero es el único que puede extraerse de la lectura del precepto que comentamos”.

⁵⁶⁰ Art. 6.2.a) RDSAC.

del arbitraje— requieren que de modo inequívoca conste la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, pero no se exige que conste la de cumplimiento del laudo; y que la práctica nacional e internacional no lo exigen.⁵⁶¹ Incluso se ha afirmado que una pretendida nulidad por la falta de la tan traída expresión, “sería ir contra el ordenamiento, pues los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.⁵⁶²

La jurisprudencia de las audiencias se inclina por una interpretación lógica y sistemática, antes que literal y gramatical, del precepto que se comenta, con un resultado menos rígido y formalista, “que lleva a la conclusión de que tal exigencia (se refiere a la de que conste la obligación de cumplir el laudo) no es sino una precisión redundante que nada añade a la voluntad indubitada de las partes de someterse al arbitraje”, argumentándose:

a) Que “la obligación de cumplir la decisión arbitral constituye la esencia misma del arbitraje, dado que las partes se comprometen a acatar el laudo y, al concluirse el convenio arbitral, optan por la ejecución forzosa del laudo en caso de incumplimiento voluntario”.

b) Que “el art. 6.2 LA entiende que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito cuando exista constancia documental de la voluntad de someterse al arbitraje, y el art. 42.1 de dicha Ley autoriza al Juez a rechazar la formalización del arbitraje sólo cuando considere que no consta documentalmente de manera inequívoca la voluntad de las partes; en ninguno de los dos preceptos reseñados se exige que expresamente conste, además, la obligación de cumplir el laudo”.

c) Que “la interpretación de las normas jurídicas persigue indagar el alcance y significado de la *voluntas legis*, abstracción hecha de la *voluntas legislatoris*”.⁵⁶³

Los formularios con que las JAC administran el arbitraje van dirigidos, no obstante, a salvar los laudos de cualquier anulación por el motivo que se comenta.⁵⁶⁴ Así puede comprobarse en la *manifestación 2.ª* de los Compromisos de adhesión de empresas y de profesionales y en el *petitum* de la Solicitud de arbitraje y de la Aceptación del arbitraje.⁵⁶⁵

⁵⁶¹ Así lo viene manteniendo FERNÁNDEZ LÓPEZ desde 1990 en *Derecho Procesal*, t. IV, pp. 412 y ss.

⁵⁶² ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE M., *La anulación...*, cit., p. 165.

⁵⁶³ SAP de Sevilla, 27.06.95. En el mismo sentido puede verse la SAP de León de 14.06.93 o la de Vizcaya de 11.03.93. En ésta se dice que “aún cuando en el clausulado del contrato arbitral no se contiene de manera expresa tal cláusula, la voluntad inequívoca de las partes de someterse al laudo arbitral resulta del enunciado del mismo, por lo cual no se precisa del formalismo de recoger en el contrato la expresión de la Ley enunciada, resultando la voluntad de cumplirlo de su propio contenido (arts. 1281 y ss., 1089, 1255 y concordantes del CC)”.

⁵⁶⁴ En relación con la solicitud de arbitraje del consumidor ha dicho la AP de Barcelona, s. 25.07.96, que “el arbitraje de consumo [...] presupone la exteriorización de la voluntad del consumidor de someter la cuestión litigiosa a la decisión de la Junta Arbitral de Consumo, a medio de la ‘solicitud de arbitraje’ [...] elemento integrante de un convenio, simplificado en su formalización, la cual varía según que el reclamado haya realizado una oferta pública de sometimiento al sistema arbitral o no”.

⁵⁶⁵ Vid., respectivamente, las páginas 86, 87, 94, 96 y 100, de INC, *Sistema Arbitral de Consumo*, cit.

C. Determinación de la relación jurídica de referencia

El artículo 5.1 LA señala que el convenio arbitral se forma mediante la manifestación de la voluntad de las partes de someter “a la decisión de uno o más árbitros” —arbitraje— “la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales”.⁵⁶⁶

Es común en la doctrina considerar que la referida expresión del art. 5.1 significa que el objeto del convenio arbitral es la cuestión litigiosa.⁵⁶⁷ Aunque estimo que no es este estudio el momento más adecuado para detenerse en esta disquisición con la atención que merece, debo advertir que, a mi juicio, la cuestión del objeto del convenio arbitral debe ser revisada considerando la idea inicialmente expuesta al inicio del presente trabajo, hoy generalmente admitida, según la cual el arbitraje es una institución integrada por el convenio arbitral, el contrato de dación y recepción del arbitraje y el procedimiento arbitral. Como contrato que es, el convenio arbitral no puede tener por objeto ni otra relación jurídica, por más que sea tributario de ella, ni una cuestión litigiosa nacida de la misma, sino un conjunto de obligaciones entre las partes, consistentes sustancialmente en un *no hacer* —no acudir a los tribunales de justicia— y en un *hacer* —acudir a los árbitros hasta la obtención de un laudo—, estando sujetas a la condición —¿suspensiva?—⁵⁶⁸ de que nazca una controversia o cuestión litigiosa entre las partes.

En cambio, el contrato de dación y recepción del arbitraje vincula a las partes —los litigantes y los árbitros— en torno al laudo, de manera que el objeto del mismo lo serán las recíprocas obligaciones de arbitrar o laudar —prestación de hacer— y de abonar los honorarios —prestación de dar—. El objeto principal ahora es el laudo, el arbitraje propiamente dicho, que implica otras obligaciones menores y accesorias, como la de lealtad de las partes litigantes (entre sí y para con los árbitros), cumplir los trámites señalados en el correspondiente reglamento arbitral, dar audiencia a las partes, acordar las pruebas, etc. El cumplimiento de la obligación principal de este contrato, arbitrar, ha de desarrollarse con sujeción a unas normas que conforman el denominado procedimiento arbitral; normas que están imbuidas de un notable interés público, dado el alcance y eficacia que el ordenamiento jurídico atribuye al laudo, que las hace inderogables en algunos aspectos, como lo es el respeto a los principios de igualdad, audiencia y contradicción. A su vez, el objeto del procedimiento arbitral será referido a una cuestión litigiosa, la que las partes hayan introducido, delimitando el ámbito de la obligación de laudar.

⁵⁶⁶ El artículo 5.1 LA está calcado del artículo 1.º 2 de la Ley Portuguesa de 29 de agosto de 1986.

⁵⁶⁷ En este sentido vid. GETE-ALONSO, “La caracterización...”, cit., pp. 1.037 y ss., CORDÓN, *Comentario breve...*, cit., p. 48 y *El arbitraje...*, cit., p. 66, REGLERO, *El arbitraje...*, cit., pp. 168 y ss., GARCÍA RUBIO, “El convenio...”, cit., p. 85 o ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE M., *La anulación...*, cit., p. 173. Se ha definido la cuestión litigiosa afirmando que “parece que debe de interpretarse en el sentido de que pueda derivarse de ella un procedimiento judicial que es el que aquí se evita al aparecer sustituido por un procedimiento, en cierta manera privado (el arbitral)” (GETE-ALONSO, “La caracterización...”, cit., p. 1.040).

⁵⁶⁸ Ya GETE-ALONSO, “La caracterización...”, cit., p. 1.039, considera que la relación jurídica futura asume la función de condición suspensiva de la eficacia del convenio arbitral.

El objeto del convenio arbitral, como el de todo contrato, habrá de ser determinado,⁵⁶⁹ conforme a las normas generales que rigen todos los contratos.⁵⁷⁰ Si el objeto del convenio arbitral es la obligación de las partes de someter unas cuestiones litigiosas que entre ellos se susciten, presentes o futuras, el requisito de la determinación queda salvado si en el convenio se indicara cuales son aquéllas sobre las que se extenderá el arbitraje determinándolas o, al menos, especificando los criterios conforme a los que serán determinables —ex artículo 1273 CC—, siendo el principal de esos criterios la referencia de la cuestión litigiosa a una relación jurídica.⁵⁷¹ Por eso son admisibles los convenios arbitrales cuyo ámbito objetivo se extiende sobre cuestiones litigiosas futuras, con tal que sean determinables.

A la vista de lo que se afirma, las cuestiones litigiosas, cuya existencia será indispensable para que se produzca el arbitraje, pero no para que el convenio arbitral se pueda formalizar, pueden ser definidas en éste o, por el contrario, aplazarse para un posterior momento su determinación. Así el referido artículo 5 LA dice que las cuestiones litigiosas que se someterán al arbitraje serán todas o algunas ya surgidas o que puedan surgir.

Ahora bien, admitido que el arbitraje se construye para la resolución de una controversia o cuestión litigiosa, ésta ha de referirse a una materia —artículos 1 y 2 LA— o relación jurídica —artículo 5 LA— o contrato principal —artículos 6 a 8 LA—. El convenio arbitral se formaliza en función de otra relación jurídica, de ahí que se haya más atrás caracterizado como dependiente, que no accesorio. Sólo puede existir si se pone en conexión con otro contrato o con una relación jurídica, lo que no significa, insisto, en que se convierta en su objeto.

La cuestión litigiosa no tiene por qué ser incluida dentro del convenio arbitral; es algo optativo al contenido de este contrato. Sin embargo, su presencia es ineludible para el arbitraje, pues sin cuestión litigiosa no hay arbitraje, de manera que una mera diferencia de criterios entre dos personas, v. gr., a lo más que puede llegar es a constituir al tercero en un arbitrador, conforme a lo prevenido en el artículo 3.2 LA.⁵⁷² En este sentido era clarificador el artículo 2.2 LADP al disponer que “no se considerará arbitraje la intervención del tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente”, siendo de lamentar su no incorporación a la vigente LA.⁵⁷³ Si las partes no han definido la cuestión litigiosa en el convenio arbitral, tendrán después tiempo de hacerlo, dentro de las alegaciones que todo procedimiento arbitral debe contener. La indetermina-

⁵⁶⁹ Determinación implica siempre identificación independientemente de si lo que se identifica existe ya o puede llegar a existir; la determinación es esencial porque permite la identificación (GETE-ALONSO, “La caracterización...”, cit., p. 1.038).

⁵⁷⁰ Artículos 1261.2 y 1271 a 1273 CC.

⁵⁷¹ Para REGLERO, *El arbitraje...*, cit., p. 87, el convenio arbitral no requiere la definición de controversia sino “la esfera de la actividad de las partes que puede ser sometida a arbitraje”, pudiendo serlo las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, conforme al artículo 5.1 LA.

⁵⁷² ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE M., *La anulación...*, cit., p. 172. No obstante hay que advertir que este mismo autor señala que sin la concurrencia de las cuestiones litigiosas no se puede decir que haya convenio arbitral (ídem, p. 173).

⁵⁷³ Creyendo ver en ello PANTALEÓN, “Notas...”, cit., p. 50, alguna aviesa intención del legislador.

ción de la cuestión litigiosa no es causa de nulidad del convenio arbitral,⁵⁷⁴ pudiendo, como digo, ser concretada más tarde por las partes, incluso por los propios árbitros.⁵⁷⁵

Desaparecida ya la distinción que la LADP hacía entre compromiso arbitral y contrato preliminar de arbitraje y la referencia a la “relación jurídica singular” —artículo 8.2 LADP—, el panorama se ha simplificado sensiblemente,⁵⁷⁶ no pareciéndome necesario acudir a ninguna disgresión que vaya más allá de la consideración de que todo convenio arbitral, para que exista, necesita de una referencia a alguna relación jurídica,⁵⁷⁷ mientras que para que el arbitraje sea posible, lo que se requiere es una cuestión litigiosa, siendo indiferente que la LA hable unas veces de relación jurídica —artículo 5 LA— y otras de materias —artículos 1 y 2 LA—, unas veces de cuestiones o cuestiones litigiosas —artículos 1, 2, 4, 5, 11, 12, 32 y 45 LA— otras de controversia —artículos 12 y 30 LA—, otra de puntos —artículo 45 LA—. ⁵⁷⁸

Del mismo modo, la relación jurídica de referencia también puede estar determinada en el convenio o ser determinable, incluso tratarse de una relación jurídica futura. La circunstancia de que la relación jurídica no exista al tiempo del convenio no lo hace desmerecer su eficacia, siempre que aquélla esté determinada o sea determinable, pues lo que las disposiciones generales de los contratos exigen no es que exista el objeto sino que pueda ser determinable en todos sus elementos.⁵⁷⁹

Hasta este instante, a modo de recapitulación, podemos decir que es válido todo convenio arbitral relativo a: 1) *cuestiones litigiosas determinadas* completamente —lo que significa que necesariamente también estará delimitada la relación jurídica (presente o futura) en cuyo marco se suscite la cuestión, pues ninguna cuestión puede existir sin estar referida a una relación jurídica—, presentes o futuras; 2) *cuestiones litigiosas determinables*, presentes o futuras, estando delimitada la relación jurídica principal; 3) *relación jurídica determinada o determinable*, presente o futura, con tal de que estén presentes los criterios para su determinación, con lo que el objeto del arbitraje

⁵⁷⁴ Así HINOJOSA, *El recurso...*, cit., p. 157.

⁵⁷⁵ Al respecto vid. HINOJOSA, *El recurso...*, cit., p. 153 y GULLÓN, “Algunos problemas...”, cit., p. 1.045. (sobre esto en HINOJOSA, o. cit., pp. 154 y 156 se recogen críticas de, respectivamente, de FERNÁNDEZ LÓPEZ, y MORENO CATENA, este último porque la posibilidad expresada afecta a la aceptación del arbitraje por los árbitros).

⁵⁷⁶ Sobre las dudas y complicaciones que suscitaba la referencia de la LADP a la “relación jurídica singular” vid. REGLERO, *El arbitraje...*, p. 85.

⁵⁷⁷ HINOJOSA, *El recurso...*, cit., pp. 140 y ss., establece tres aspectos a considerar relativos al objeto del convenio: negocio principal, relación jurídica singular y puntos concretos configuradores de la controversia. Este autor afirma que si no consta en el convenio la relación jurídica singular derivada del negocio jurídico principal, el convenio será nulo (ídem, p. 173).

⁵⁷⁸ Se ha dicho que la desaparición de la dualidad contractual prevista en la LADP hace innecesaria la delimitación de la controversia, algo que quizás no pueda realizarse por no existir la cuestión litigiosa a la firma del convenio arbitral. Por este motivo, la LA no exige (a diferencia del 12 y 17.3 LADP) tal requisito en el convenio arbitral, pudiéndose realizar tal tarea por los propios árbitros, no siendo cometido del procedimiento de formalización judicial del arbitraje, como se desprende de la propia Exposición de Motivos —“con la intención de simplificar el procedimiento arbitral propiamente dicho y en línea con lo establecido en otros ordenamientos, se encomienda a los árbitros, en defecto de las partes, la delimitación de la controversia sometida al arbitraje”— (REGLERO, *El arbitraje...*, cit., p. 122; vid. también GETE-ALONSO, “La caracterización...”, o.c., p. 1.040).

⁵⁷⁹ En este sentido vid. REGLERO, *El arbitraje...*, p. 87.

que en su día pueda desarrollarse lo será respecto a una cuestión litigiosa relativas a alguna relación jurídica, no determinada pero determinable (presente o futura).

Sólo resta por considerar si es válido el convenio arbitral que se extienda sobre *toda cuestión litigiosa de toda relación* jurídica, presente o futura. En contra de esta posibilidad, se ha aducido que se incurriría en una indeterminación proscrita por el artículo 5 LA⁵⁸⁰ o por el artículo 6.2 CC, que no permite una remisión general de toda relación jurídica que eventualmente surja entre las partes.⁵⁸¹ También se ha argumentado que un convenio de este tipo supondría un total y absoluto abandono del derecho a la tutela judicial del artículo 24 CE.⁵⁸²

Como excepción se ha admitido el supuesto de relaciones jurídicas periódicas y continuadas, sometidas a un uso comercial y a una disciplina contractual uniforme.⁵⁸³ Obsérvese que en esta excepción la indeterminación no es absoluta, porque al menos los sujetos están fijados así como el ámbito de las relaciones jurídicas que en un futuro se pueden producir, cuyo contenido más o menos es identificable a priori, variando sólo algunos elementos objetivos de carácter más secundario. Imaginemos el supuesto de dos empresarios que mantienen unos flujos frecuentes y habituales de mercaderías y dinero; sería perfectamente admisible un convenio donde acordaran la solución arbitral de cualquier cuestión que se suscite por alguna relación jurídica generada en el ámbito aquellos intercambios comerciales. Las relaciones jurídicas a que refieren el arbitraje son aún inexistentes, pero perfectamente determinables más tarde, conforme se vayan produciendo, habiendo establecido los criterios para su identificación: sujetos y objeto.⁵⁸⁴

Por último, ya no queda ninguna duda acerca de que efectivamente las relaciones jurídicas no contractuales, entre las que se han incluido las de responsabilidad civil, nacidas del ilícito, civil o penal, de las obligaciones legales y de los cuasicontratos, son susceptibles de arbitraje y, consecuentemente, de convenio arbitral. Todos los supuestos expresados consisten en materias sometidas a la libre disposición de las partes, de manera que las relaciones no contractuales admiten ser arbitradas, sin que precisen una mención, como la del artículo 5.1 LA, que se comenta; para alguno, la razón de que se recoja esa innecesaria precisión se debe en la intención del legislador de no dejar duda al respecto,⁵⁸⁵ y para otro en dejar claro que no son arbitrables otras materias tales

⁵⁸⁰ REGLERO, *El arbitraje...*, p. 88.

⁵⁸¹ GETE-ALONSO, "La caracterización...", cit., p. 1.038. Advierte esta autora que la consideración del artículo 6.2 CC, según el cual "la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros", ya llevó a la LADP en el 8.II in fine a disponer que no era válida "la renuncia general a la acción judicial en relación a todos los derechos de una persona", designio que se considera vigente hoy, aunque no lo diga expresamente la vigente LA, por aplicación de los principios generales que rigen la renuncia de los derechos.

⁵⁸² Vid. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE M., *La anulación...*, p. 175; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., "El contrato de compromiso, según la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988", *Actualidad Civil*, 1989-1, pp. 6 y ss.; CORDÓN, *Comentario breve...*, p. 49; FONT SERRA, "La nueva...", p. 351.

⁵⁸³ REGLERO, *El arbitraje...*, cit., p. 88.

⁵⁸⁴ Más difícil sería admitir el arbitraje entre los dos citados comerciantes, referido a un negocio no habitual celebrado entre ellos mismos, como podría ocurrir si consistiera éste en la venta de un apartamento, cuando sus relaciones habituales se refieren a compraventa de zapatillas de deporte, por ejemplo.

⁵⁸⁵ GETE-ALONSO, "La caracterización...", o.c., p. 1.039, para quien la disposición mencionada no tiene otra finalidad que la de despejar que hasta la fecha se venían planteando.

como la interpretación de los estatutos o la liquidación y disolución de una sociedad anónima.⁵⁸⁶

Trasladando las reflexiones anteriores al arbitraje de consumo, encontramos que todas las formas que más atrás se vieron de celebrar el convenio arbitral de consumo implican una determinación de la relación jurídica de referencia. Así acontece tanto cuando consumidor y empresario celebran un convenio independiente⁵⁸⁷ como cuando el mismo se incorpora al contrato principal mediante una cláusula. Si el convenio se ha formado mediando una OPS o por iniciativa del consumidor, a través de su solicitud de arbitraje, no sólo queda delimitada la relación jurídica de referencia, sino también la cuestión litigiosa.

D. Delimitación de la cuestión litigiosa que se somete a arbitraje

La *determinación* de la controversia, aún siendo contenido facultativo, tiene una gran importancia para el arbitraje, lo que ha hecho que en alguna definición de convenio arbitral se haya incorporado, no siendo elemento necesario del mismo.⁵⁸⁸ Y realmente es muy importante para el arbitraje, pero no es indispensable para el convenio arbitral. Éste puede existir sin necesidad de que la cuestión litigiosa exista, como más atrás se ha visto. En cambio, el arbitraje estrictamente entendido no puede existir sin aquélla: la cuestión litigiosa constituye el objeto del arbitraje y es la que define la actuación de los árbitros.

Si no todos los conceptos del proceso pueden ser trasplantados al arbitraje, aquí sí que sería aplicable íntegramente la noción de pretensión, de manera que la tan traída cuestión litigiosa no es sino la porción de la controversia material que entre las partes pueda existir que éstas trasladan al arbitraje por medio de sus respectivas pretensiones. La actividad de las partes contendientes, al igual que acontece en el proceso, es la que define el ámbito de actuación de los árbitros: alegatoria y, en su caso, probatoria. Pero la definición de la pretensión puede ser consecuencia de las sucesivas intervenciones de uno y otro contendiente, al modo procesal, respetándose el simétrico esquema demanda-contestación, o por comparecer mediante un único escrito, quizás formando parte del convenio arbitral, donde las partes fijan conjuntamente sus pretensiones. En cualquier caso, se realice como se realice, obviamente una y otra parte han de propugnar soluciones enfrentadas, por muy conjuntamente que concurren pidiendo arbitraje, pues en otro caso no habrá lugar a la alternativa decisión del árbitro: no habría disputa, no habría cuestión litigiosa.

La controversia no sólo tiene que existir, sino que ha de estar lo suficientemente definida como para que los árbitros puedan resolverla. Es decir, las partes deben dejar

⁵⁸⁶ CORDÓN, *El arbitraje...*, cit., p. 68.

⁵⁸⁷ Aunque en teoría cabe imaginarlo, su remota posibilidad de existencia en la realidad aconseja no dedicar ni un minuto al estudio de un hipotético convenio arbitral independiente, por el que un profesional y un consumidor someten al arbitraje de consumo toda cuestión litigiosa derivada de todas las posibles relaciones que puedan en el futuro vincularles.

⁵⁸⁸ “Contrato por el que las partes convienen en que una determinada controversia jurídica que ya ha surgido o que puede surgir sea resuelta por uno o varios árbitros, a cuya decisión se someten” (O’CALLAGHAM, “El contrato...”, 1, n. 10).

claramente señalada cual es su posición, su petición. Si los árbitros están obligados a laudar, no estándoles permitido un *non liquet*, incluso aunque las partes permanezcan inactivas, sólo podrán cumplir debidamente su obligación si los contendientes primero cumplen con la carga que sobre ellos pesa de delimitar la contienda. De otro modo los árbitros estarán exentos de cumplir su obligación.

No obstante, tienen éstos la facultad de interpretar los términos del contrato principal y también podrán hacer otro tanto de los de la controversia, siempre que ello sirva a su delimitación, si es que las partes no lo hacen nítidamente pero dejan sentados suficientes elementos como para que los terceros puedan hacerlo.⁵⁸⁹

En lo que al arbitraje de consumo importa, la cuestión litigiosa es definida por la solicitud de arbitraje del consumidor y por la contestación del profesional, quien puede incluir una reconvencción, con tal que sea referida al mismo negocio que la solicitud. Aunque la solicitud no tiene por qué contener una prolija descripción de la cuestión litigiosa, sí que debe contener al menos los elementos necesarios como para que la JAC compruebe que se ajusta a los límites señalados para el arbitraje de consumo por el art. 2 RDSAC. Posteriormente, en trámite de audiencia, los dos contendientes completarán sus respectivas peticiones y argumentaciones.

Dado el carácter unidireccional del arbitraje, es el consumidor quien principalmente delimita la cuestión litigiosa. Así, cuando se dirige contra el empresario, señala en relación con cual de los varios negocios jurídicos que con él puede haber celebrado, formula el arbitraje, de manera que la contestación y eventual reconvencción del reclamado tendrá que ceñirse a este ámbito.

E. Opción entre arbitraje de Derecho y arbitraje de Equidad

Si las partes no optan expresamente por el arbitraje de Derecho, se entenderá que se someten al de Equidad, como se prevé tanto en la normativa general del arbitraje⁵⁹⁰ como en la particular del SAC.⁵⁹¹

Ningún comentario precisa hacerse si el convenio se ha celebrado en contrato independiente o por medio de cláusula incorporada a uno principal. Los efectos son los prevenidos en la ley, ya comentados, respecto al alcance del convenio arbitral y lo que esta novedad supone en cuanto a la designación de los árbitros.

⁵⁸⁹ STS, de 16.03.87 afirma que es opinión jurisprudencial reiterada la de que aunque la controversia o cuestión litigiosa establece los límites objetivos del laudo, no consintiendo un exceso o defecto respecto de ella, no impide que los árbitros deban interpretar restrictivamente el convenio arbitral, debiendo apreciarse sus cláusulas no aisladamente, sino en conjunto, para descubrir los antecedentes y finalidad del convenio arbitral, de manera que sin traspasar los límites objetivos del acuerdo, no queden sujetos a una literalidad restrictiva, que les aparte de la tarea amistosa encomendada. *Así podrán resolver lo consignado expresamente en el convenio arbitral y aquellas otras cuestiones que se entiendan incluidas por "inducción necesaria de sus palabras" o que sean consecuencia necesaria u obligada de las planteadas.*

⁵⁹⁰ Art. 4.2 LA.

⁵⁹¹ Art. 11.3 RDSAC. "...el pacto de que todas las cuestiones se resolverán mediante arbitraje de equidad no permite una interpretación restrictiva excluyente de las cuestiones jurídicas, no permitiendo el contenido de la cláusula distinguir entre cuestiones jurídicas y no jurídicas, habiéndose pactado que toda cuestión, sea o no, por tanto, de carácter jurídico, se resuelva mediante arbitraje de equidad, posibilidad a la que nada se opone" (SAP de Navarra, 12.01.97).

No ocurre así cuando se trata de un convenio en que las voluntades de los contratantes se plasman en documentos diversos, pues puede acontecer que no coincidan en este extremo. Así, por ejemplo, el empresario puede optar por el arbitraje de Derecho en su OPS, mientras que el consumidor lo solicita de Derecho, o viceversa. En estas ocasiones, salvo que la JAC, haciendo uso de las facultades de fomento del convenio arbitral y de mediación,⁵⁹² logre un acuerdo, no resultará perfeccionado por falta de coincidencia de voluntades en lo esencial.

F. Designación de los árbitros

El tema de la designación de los árbitros ha constituido históricamente el núcleo de la institución arbitral.⁵⁹³ La nueva LA, recogiendo la insistente crítica a la LADP en este punto, ha acabado con la rigidez que contenía al respecto, permitiendo deferir el nombramiento a terceros, primer requisito para que se pueda llegar a la admisión del arbitraje institucional, como así ha sido.⁵⁹⁴ A partir de esta posibilidad se desarrolla todo el SAC, de manera que la JAC, como ya ha sido tratado más arriba, asume la función de designar a los árbitros conforme a unas determinadas reglas.⁵⁹⁵

Sin embargo, todavía se prevé que las partes puedan ponerse de acuerdo en la designación del presidente del CAC, en determinadas ocasiones.⁵⁹⁶ En el convenio arbitral podría reflejarse tal acuerdo, pero eso es sólo posible cuando aquél se haya celebrado como contrato independiente o como cláusula incorporada a otro principal. No obstante, las partes pueden llegar a este acuerdo en cualquier otro instante, con tal de que sea anterior a la designación del Colegio por la JAC.

La duda que aquí cabe plantearse es si el SAC estaría obligado a admitir una designación de árbitros hecha por las partes de común acuerdo. La respuesta debe ser negativa. El RDSAC es el reglamento que rige el funcionamiento del SAC, de manera que es al único que resultan vinculadas las JAC. Pero una cosa es que no estén obligados a admitirlo y otra cosa que no puedan hacerlo, al menos si los árbitros designados respetan la tripartición característica del arbitraje de consumo, de modo que las partes hubieran extraído, de común acuerdo, los tres árbitros de las listas que de los mismos se llevan en la JAC. Si consideramos que la base del arbitraje es la voluntad de las partes, cuyo primer exponente es el acuerdo en la designación directa de los árbitros,⁵⁹⁷ resultará inimpugnable el laudo dictado por éstos, aunque no se ajuste a la norma del RDSAC, siempre que la JAC lo acepte. No estaríamos ante un laudo anulable, pues ni consiste en uno de los motivos del art. 45 LA, ni las partes están legitimadas para promover la anulación de un laudo, cuando ellas mismas han sido la causa de la pretendida infracción del RDSAC.

⁵⁹² Art. 4.a) y b) RDSAC.

⁵⁹³ REGLERO, *El arbitraje...*, o.c., p. 96.

⁵⁹⁴ Art. 9.2 LA.

⁵⁹⁵ Art. 11 LA.

⁵⁹⁶ Art. 11.1.a) LA.

⁵⁹⁷ Art. 9.1 LA.

G. Reglas y duración del procedimiento arbitral

Los trámites del procedimiento y la duración del mismo pueden ser libremente pactadas por las partes,⁵⁹⁸ lo que pueden hacer en el mismo convenio arbitral o en otro lugar. En su defecto, se estará a lo que acuerden los árbitros.

En el presente caso, son pocas las normas sobre el procedimiento que se establecen en el RDSAC, de manera que serán las partes, en primer lugar, o los árbitros, en su defecto, quienes las establezcan. Es difícil imaginar que empresario y consumidor se hayan puesto de acuerdo sobre algún aspecto de la tramitación, lo que sólo podría tener lugar en el convenio arbitral independiente o mediante cláusula de arbitraje, pero no cuando se haya producido con documentos separados. Insisto en que ésto se entiende sin perjuicio de lo que pudieran pactar más tarde, incluso una vez comenzado el arbitraje.

Respecto del plazo, es taxativo el que se señala en el RDSAC,⁵⁹⁹ sin que las partes lo puedan reducir, salvo que expresamente lo consienta la JAC. Tengamos presente que esta circunstancia obliga más a la institución arbitral y a los árbitros que a las partes. Por este motivo, si se pretende una reducción del plazo por los contendientes, se está agravando la obligación que pesa sobre aquéllos, respecto de las condiciones que vienen establecidas en el RDSAC, de manera que la JAC expresamente tendrá que admitirlo para que sea efectivo. Más tarde, la JAC advertirá a los árbitros que designe de esta modificación, pues la aceptación genérica que éstos han hecho se entiende que es condicionada a que se aplique la normativa del RDSAC, pero no incluye las modificaciones que las partes puedan efectuar, agravando su obligación.

5. FORMA DEL CONVENIO ARBITRAL DE CONSUMO

Existe cierto acuerdo en que la forma del convenio arbitral se rige por un criterio de flexibilidad,⁶⁰⁰ sobre todo apreciable en relación con la regulación que al respecto se contenía en la LADP. La flexibilidad se aprecia en la libertad del soporte que puede contener las manifestaciones de voluntad de las partes, en que las mismas pueden contenerse en uno sólo o en varios documentos, y en que se puede establecer mediante un convenio autónomo o mediante una cláusula dentro de un contrato principal.

La principal limitación que se establece a la libertad formal es la exigencia de que se formalice⁶⁰¹ por escrito,⁶⁰² no requiriéndose ahora —a diferencia de épocas pasa-

⁵⁹⁸ Arts. 9.1, 21.2 y 30.1 LA.

⁵⁹⁹ Art. 14 RDSAC.

⁶⁰⁰ Así se señala en la Exposición de Motivos de la LA. En contra GETE-ALONSO, "La caracterización...", o.c., p. 1.035, para quien el hecho de la necesaria sujeción del convenio a lo dispuesto por la LA constituye una rigidez en la forma. Sin embargo, la prevención de la LA al respecto es de enorme flexibilidad.

⁶⁰¹ La expresión "formalizarse" es equívoca porque evoca un requisito no de validez sino de eficacia, por lo que mejor hubiera sido "otorgamiento" o "requerimiento de forma escrita", como ha señalado REGLERO, *El arbitraje...*, o.c., p. 183, n. 1, siguiendo a ALBALADEJO GARCÍA, "La forma en el contrato de arbitraje y el llamado arbitraje informal", *Actualidad Civil*, 1990, 4, p. 93, afirmando que lo que quiere decir es que la escritura es forma esencial, "sin que la utilización de dicho término signifique la necesidad de elevación por escrito del acuerdo que valía antes aunque fuese verbal".

das—⁶⁰³ su documentación en escritura pública.⁶⁰⁴ Aunque no se hace ninguna referencia en la LA al concreto medio en que puede utilizarse,⁶⁰⁵ con tal de que sea carta o “cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje”,⁶⁰⁶ para el arbitraje de consumo se señala que puede ser “por escrito o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, siempre que se garantice su autenticidad”.⁶⁰⁷

La exigencia de forma escrita encuentra su fundamento en la previa exigencia de que la voluntad de las partes sea expresa e inequívoca,⁶⁰⁸ pues la escritura facilita principalmente que así sea.

La norma del RDSAC transcrita es criticable en cuanto que parece oponer medios escritos a otros medios, cuando la LA lo que requiere es que siempre sean escritos. Igualmente es merecedor de crítica que se señalen unos medios, cerrando la posibilidad a otros que puedan existir hoy o en el futuro. Hubiera sido más adecuado exigir que el convenio arbitral se hará por escrito, mediante carta u otros medios, como los electrónicos, informáticos o telemáticos, con tal de que siempre quede garantía de su autenticidad.⁶⁰⁹

La formación del convenio puede tener lugar mediante un único documento o a través de varios.⁶¹⁰ Así ocurre en el SAC, donde las sucesivas manifestaciones de la voluntad de empresario y consumidor de someterse al arbitraje son plasmadas en documentos que se producen sucesivamente: a) Cuando el profesional hubo realizado una OPS y el consumidor presenta una solicitud de arbitraje;⁶¹¹ b) Cuando el consumidor presenta la solicitud susodicha y el profesional la acepta.⁶¹²

⁶⁰² Art. 6.1 LA: “El convenio arbitral deberá formalizarse por escrito...”.

⁶⁰³ Art. 16 LADP.

⁶⁰⁴ Esto significa cierta flexibilización del requisito formal, no su abandono, con lo cual se sigue la línea del Derecho convencional (así el art. II.1 y 2 Convenio de Nueva York o art. 1.º 2.a Convenio Europeo de 1961, o art. 2 Convenio Europeo para Ley Uniforme de Arbitraje, de 1966, o 1.º 1 CNUDMI) y del Derecho comparado.

⁶⁰⁵ Una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista (número 118) suprimió toda referencia al telegrama y télex, como se recogía en el proyecto originario.

⁶⁰⁶ Art. 6.2 LA.

⁶⁰⁷ Art. 5 RDSAC. En igual sentido el art. 6.2, 7.3 o 9.1 RDSAC.

⁶⁰⁸ Art. 5.1 LA. La forma escrita en documento privado se convierte así en requisito *ad solemnitatem*, “lo que significa que dicha forma no puede concebirse como un elemento de control o de garantía”, cuando la verdadera garantía no reside en la escritura del convenio arbitral, sino en el respeto a los principios del procedimiento arbitral del 21.1 LA: “la forma escrita no deja de ser sino el medio de prueba de que se ha otorgado el convenio arbitral”; sin duda el convenio arbitral tiene carácter formal, pero la conveniencia de ello no reside en las garantías que dan las formas solemnes sino en la circunstancia de que, siendo la rapidez una de las características que se pretenden del arbitraje, la concepción de un convenio arbitral como contrato consensual obstaculizaría esa pretensión, por eso entiende que hubiera sido admisible el convenio arbitral “consensual cuando acudiendo una de las partes a la jurisdicción arbitral para plantear la controversia alegando la existencia de dicho convenio, la otra no se opusiera. O, si se quiere, en vez de admitir el arbitraje consensual, simplemente admitir que en el caso planteado se presume que existe un convenio arbitral escrito” (REGLERO, *El arbitraje...*, o.c., pp. 184 y ss.).

⁶⁰⁹ Entiende GETE-ALONSO, “La caracterización...”, o.c., p. 1.041 que “lo que importa es, sólo, que la constancia de la voluntad contractual de sometimiento al arbitraje se produzca en un tipo de soporte documental, pero no elimina la necesidad de la forma”. En este sentido también REGLERO, *El arbitraje...*, o.c., p. 183.

⁶¹⁰ Art. 6.2 LA.

⁶¹¹ Art. 6.1 RDSAC.

⁶¹² Art. 9.1 RDSAC.

La forma del convenio puede tener lugar como cláusula incorporada a un contrato principal o por acuerdo independiente del mismo.⁶¹³ Cuando el convenio arbitral se forme independientemente del principal, debe constar en él claramente la relación jurídica a que se refiere.⁶¹⁴

En cambio, cuando se trata de una cláusula incorporada al contrato principal, no será precisa esta especificación, pues se entiende que el convenio así formado se refiere a la relación que nace de aquél. Tempranamente se advirtió que esta modalidad de convenio arbitral permite la difusión del arbitraje y su producción en masa, principalmente por la vía de su inclusión en los contratos de adhesión, hasta el punto de haberse dicho que “con razón se ha advertido que ninguna cláusula de las condiciones generales es más peligrosa ⁶¹⁵ que la cláusula compromisoria”, la cual “será utilizada y aprovechada por los empresarios más poderosos y por las multinacionales, para introducir en las condiciones generales de los contratos impuestas de ordinario, la sumisión al arbitraje y a favor de un árbitro que se encuentra en dependencia de aquéllas o el de una institución arbitral que le pueda ser favorable”.⁶¹⁶ La lucha contra estos posibles abusos se construye dando entrada la LA ⁶¹⁷ a la normativa sobre condiciones generales de los contratos y contratos de adhesión, que más atrás se abordaron, con ocasión de las modalidades de convenios arbitrales de consumo.

La claridad y explicitud de las cláusulas contractuales es requisito general, de mayor exigencia cuando se trata del convenio arbitral, como se desprende de las referencias que la LA hace a la necesidad de que en el mismo se recoja expresamente la voluntad inequívoca de las partes de someterse al arbitraje, así como que se obligan a cumplir el laudo.⁶¹⁸ Pues más clara y explícita debe ser la sumisión al arbitraje si la misma se contiene en una cláusula integrada en un contrato de adhesión.⁶¹⁹

6. EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL DE CONSUMO

Cuando aquí se plantea la eficacia del convenio arbitral de consumo no se está haciendo referencia al vigor de la OPS o a la trascendencia de la solicitud de arbitraje, cuestiones que se abordaron más atrás. Aquí se plantea la relativa a la eficacia del convenio una vez que éste resulta perfeccionado por la coincidencia de las voluntades de ambas partes.

⁶¹³ Art. 6.1 LA. El origen o fundamento de esta norma se encuentra en el art. 7.1 *in fine* de CNUDMI.

⁶¹⁴ Esta exigencia se desprende del art. 5.1 LA (REGLERO, *El arbitraje...*, o.c., p. 189).

⁶¹⁵ Dice REGLERO, *El arbitraje...*, o.c., p. 194 que “el peligro es evidente y más en combinación con la admisión del arbitraje institucional” que es acertado siempre que las partes del contrato no se hallen en situación de desigualdad ni la cláusula compromisoria imponga un arbitraje institucional determinado, en el que los árbitros se nombran sin intervención del consumidor.

⁶¹⁶ DE CASTRO, F., “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, Madrid, 1985, p. 142, y en “El arbitraje y la nueva lex mercatoria”, *Anuario de Derecho Civil*, 1979, p. 621.

⁶¹⁷ Art. 5.2 LA: “Si el convenio arbitral se ha aceptado dentro de un contrato de adhesión, la validez de este pacto y su interpretación se acomodará a lo prevenido por las disposiciones en vigor respecto de estas modalidades de contratación”.

⁶¹⁸ Art. 5.1 LA.

⁶¹⁹ Arts. 5.4, 6, 7, etc. LCGC.

En cuanto a los sujetos que resultan afectados por el convenio, es evidente que lo serán quienes resultan ser las partes contratantes en el mismo. Sin embargo, los terceros pueden verse alcanzados también por los efectos de este tipo de contrato. Es el caso de los terceros en cuyo favor se ha celebrado algún contrato. El argumento que se ha dado es que si el tercero queda vinculado a la sumisión expresa que en el referido contrato se haya hecho al fuero de un determinado órgano jurisdiccional, por lo mismo debe quedar sometido al arbitraje.⁶²⁰ No creo que el argumento se pueda trasladar a la sumisión arbitral sin más, pues no tienen idéntico alcance: la disposición del fuero territorial no veda el acceso a la jurisdicción, como acontece cuando se trata del convenio arbitral.

En el arbitraje de consumo esta posibilidad no es extraña, pues ya se han diferenciado más atrás las figuras del consumidor jurídico y del consumidor material. La duda sería si el convenio suscrito por el primero alcanza al segundo. Entiendo que si con el convenio se está limitando el acceso a la jurisdicción, lo que se está produciendo es una limitación al ejercicio de un derecho fundamental, que no puede hacerse respecto de terceros⁶²¹ sin el consentimiento expreso de éstos, aunque ese consentimiento puede producirse si se acepta en su integridad un contrato, que lleve incorporada una cláusula de sometimiento al arbitraje, como una condición más del mismo.

Por la misma razón, hay que entender que el convenio arbitral celebrado entre asegurador y asegurado no puede extenderse respecto del tercero perjudicado, ni el que éste y el asegurado suscriban afecta al asegurador, ni aún ejercitando la acción directa. No se trata del caso en que el asegurador haya formulado una OPS, donde el convenio podrá ser formalizado, en virtud de lo que la normativa sobre seguros dispone, en los términos que más arriba se comentaron, tanto por el asegurado como por el tercero perjudicado.⁶²² En estos supuestos aún no se ha perfeccionado el convenio arbitral. Si el mismo se formaliza por la solicitud de arbitraje de consumo del asegurado, sus efectos no se extienden al tercero perjudicado, cuya acción contra uno y otro puede ser ejercitada jurisdiccionalmente.

Desde otra perspectiva, el convenio arbitral tiene una doble eficacia, cuyas dos vertientes contempla la LA.⁶²³ Positiva, por la que se alude a la obligación de las partes; negativa, referente a la sustracción de la controversia a los tribunales, al deber de éstos de no juzgar.

En cuanto a la *eficacia positiva*, la obligación que la LA impone a las partes del convenio arbitral de estar y pasar por lo estipulado, no es sino la aplicación en este ámbito de lo prevenido con carácter general⁶²⁴ por el CC para todos los contratos.⁶²⁵ La

⁶²⁰ REGLERO, *El arbitraje...*, p. 133.

⁶²¹ En este sentido vid. STS 28.05.1990, según la cual el arbitraje sólo puede afectar a quienes a él se sometieron, razón por la que no pudiendo extenderse a personas ni cuestiones ajenas al pacto. Vid. también CORDÓN, *El arbitraje...*, cit., p. 70.

⁶²² Salvo que la OPS hubiera expresamente limitado su ámbito subjetivo, excluyendo al tercero perjudicado.

⁶²³ Art. 11.1 LA: "El convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante la oportuna excepción".

⁶²⁴ STS 25.05.1979: "... instaurado el arbitraje por la vía contractual el negocio jurídico que lo contiene obliga a las partes a pasar por lo estipulado de acuerdo con las normas generales del derecho de obligaciones, de mane-

obligación que nace para las partes es la “de someter a arbitraje las cuestiones litigiosas que hayan surgido o puedan surgir de una determinada relación jurídica así como la obligación de cumplir la decisión de los árbitros”.⁶²⁶ El efecto de cosa juzgada que se atribuye al laudo es la máxima expresión de esta obligatoriedad de sumisión al arbitraje.

Paralelamente se le reconoce una *eficacia negativa* al convenio arbitral, que se concreta en el reconocimiento de una excepción de arbitraje para la parte, que podrá ser esgrimida jurisdiccionalmente cuando la contraria acuda a esta sede.⁶²⁷ Se trata de la exclusión de la intervención de los tribunales, de modo que podía afirmarse que el convenio arbitral contiene una “prohibición a los órganos de la jurisdicción pública de conocer tales cuestiones”.⁶²⁸

La excepción de arbitraje⁶²⁹ sólo puede ser apreciada por el juez a instancia de parte interesada,⁶³⁰ admitiéndose su renuncia,⁶³¹ pues la eficacia del convenio puede ser alterada por la propia voluntad de las partes.

Teniendo en cuenta que el arbitraje de consumo es unidireccional, es decir, que sólo los consumidores y usuarios pueden accionarlo, celebrado el convenio arbitral, la excepción de arbitraje únicamente puede ser utilizada por el empresario, en el caso de que el consumidor opte por presentar una demanda en el juzgado. En cambio, si es el empresario quien acude al proceso, el consumidor no podrá utilizar la excepción de arbitraje, porque su admisión produciría una total indefensión para aquél, que vería

ra que la fuerza vinculante del laudo se basa en la voluntad misma de los contratantes manifestada al pactar la previa sumisión a la decisión arbitral”.

⁶²⁵ Art. 1091 CC: “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”.

⁶²⁶ REGLERO, *El arbitraje...*, o.c., p. 207.

⁶²⁷ Esta excepción es utilizable en todo tipo de proceso donde se suscite una cuestión que pueda ser objeto de arbitraje, excepto en el juicio ejecutivo cambiario, al que no es aplicable el 533.8.º ni el 1464.10 LEC, porque el primero no es de aplicación al juicio ejecutivo, y porque el segundo no es de aplicación al juicio ejecutivo cambiario. El art. 67 de la Ley cambiaria y del cheque no consiente más excepciones que las que se enumeran, con rechazo expreso al 1464 y 1467.1 y 2 LEC (sólo resta 1467.3 y 4 LEC y las excepciones de orden público del proceso, cuestiones de competencia —declinatoria e inhibitoria—, acumulación a un juicio universal... (SAP Madrid, 15.03.1994).

⁶²⁸ REGLERO, *El arbitraje...*, o.c., p. 207.

⁶²⁹ Es una *excepción autónoma*, que el legislador ha conceptuado como dilatoria, incluida en el 533 LEC (vid. DA 3.ª LA y excepción 10 de 1464 LEC para el juicio ejecutivo), poniendo así fin el legislador a las anteriores discusiones doctrinales —nacidas en relación con la LADP— sobre su naturaleza, según afirma CORDÓN, *El arbitraje...*, cit., p. 72.

Sobre el tratamiento que los tribunales deben dispensar a la excepción de arbitraje pueden verse las SS de las AA.PP. de Baleares (20.07.95), Cádiz (25.05.92), Madrid (10.05.93), Navarra (16.03.93 y 12.01.97), Pontevedra (25.03.97) o Teruel (15.04.92), como más destacables entre otras muchas, no siempre pronunciadas en idéntico sentido.

Un estudio completo sobre este tema puede encontrarse en CABALLOL ANGELATS, *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*, Barcelona, 1997.

⁶³⁰ SAP Madrid, 30.11.1993. Concebida como excepción dilatoria, su *tratamiento procesal* depende del procedimiento en que se haga valer: si es en el mayor cuantía, se abre un incidente suspensivo; en los demás, se propone en contestación a la demanda y se resuelve en la sentencia; en el menor cuantía podría tener su sede en la comparecencia preliminar. Algún autor aboga por un tratamiento procesal propio, como podría ser el de la declinatoria; así LORCA NAVARRETE, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 1991, o.c., p. 122.

⁶³¹ Art. 11.2 LA.

cerrada la vía jurisdiccional para sus pretensiones, mientras que la arbitral quedaría sujeta a la voluntad del consumidor, que es el único autorizado para abrirla.

7. LA RENUNCIA Y EL DESISTIMIENTO EN EL ARBITRAJE DE CONSUMO

La *renuncia* al arbitraje no es tema pacífico, precisando de alguna reflexión, que debe principiar con una atención a los aspectos terminológicos. A esta figura se refiere el art. 11.2 LA, al tratar del convenio arbitral, señalando que “las partes podrán renunciar por convenio al arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial”. Consiste, pues, en el abandono de la vía arbitral como solución de conflictos. Puesto que el recurso a esta vía se produce en virtud de la voluntad de ambas partes, mediante el convenio arbitral, su abandono tendrá que verificarse por idéntico conducto, es decir, un nuevo convenio: la renuncia consiste en un *mutuo disenso* o *disenso bilateral*.

La forma de ese convenio de renuncia puede tener lugar de forma expresa o también tácita,⁶³² cuando una de las partes acude al proceso y la demandada comparece contestando a la demanda sin formular la oportuna excepción de arbitraje.⁶³³

Pero, junto a la renuncia así referida, es necesario hacer mención del supuesto de *desistimiento* que se contempla en el art. 31 LA.⁶³⁴ Se trata igualmente de una figura que requiere el convenio de ambas partes, pero se produce en un momento diferente, y los efectos pueden no ser idénticos. El estudio conjunto de ambos se hace con el propósito de diferenciarlos más nítidamente.

Mientras la renuncia implica que las partes quedan absolutamente liberadas, dejando expedita la vía judicial, el desistimiento es el abandono de un concreto arbitraje, referido a una cuestión litigiosa determinada: dependiendo de lo que las partes hayan acordado, su alcance se limitará a la referida cuestión o por el contrario se extenderá hasta afectar al convenio arbitral, excluyendo esta vía para la solución de toda cuestión.

En el caso del desistimiento, hay que considerar también que el mismo afecta a los árbitros y a la propia institución arbitral, quienes continuarán en el ejercicio de su función mientras que las partes no les notifiquen fehacientemente otra cosa, de manera que podrán llegar a dictar el laudo, con plenitud de efectos. Así, no basta con que las partes acuerden el desistimiento, sino que deben notificárselo a los árbitros para que produzca efectos, pues en otro caso se encontrarán un laudo que ya no es deseado. Los árbitros continuarán con su cometido, pues a ello se obligaron mediante su aceptación de la designación que les fue hecha; mientras no tengan noticia de que sus acreedores —los litigantes— les han eximido de la obligación de laudar, tienen que cumplirla. A

⁶³² Art. 11.1 LA, *in fine*: “En todo caso, se entenderá que renuncian cuando interpuesta demanda por cualquiera de ellas el demandado o demandados realicen, después de personados en juicio, cualquier actividad que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción”. En el proyecto LA no se contenía nada sobre esta modalidad de renuncia, lo que no era extraño, al ser algo obvio. La Enmienda 84 (CDS) incluía la renuncia convencional, que se recogió en el texto definitivo.

⁶³³ Art. 533.8.º LEC. Vid. la jurisprudencia recogida en las notas del apartado anterior.

⁶³⁴ Art. 31 LA: “En cualquier momento antes de dictarse el laudo las partes, de común acuerdo, pueden desistir del arbitraje o suspenderlo por un plazo cierto y determinado”.

mi juicio, basta con que la notificación se efectúe a la JAC, quien se dirigirá al colegio arbitral urgentemente para que éstos no dicten el laudo o para que si lo pronuncian, no alcance eficacia.

Como se puede apreciar, no se puede producir un desistimiento tácito. El mismo podría ocurrir si se admitiera la inactividad de las partes, pero expresamente se excluye esta posibilidad por la LA.⁶³⁵

Una vez iniciado el procedimiento arbitral, el mutuo acuerdo de las partes puede excluirlo, pero necesariamente será expreso y requiere notificación a los árbitros para que sea eficaz. Esto se denomina desistimiento, aunque pueda parecer idéntico a la renuncia. Es más, mediante un mismo convenio de renuncia al convenio arbitral, se puede producir el desistimiento del arbitraje ya iniciado. Lo que está claro es que mientras la renuncia —art. 7 LA—, en sentido estricto, se puede producir tácitamente, no ocurre lo mismo con el desistimiento.

Al trasladar estas reflexiones al SAC, nos encontramos con algunas particularidades, que tienen que ver con la forma en que el convenio arbitral se haya producido. Así, la revocación de la OPS, que más atrás se abordó, tendrá lugar mediante lo prevenido en el art. 7.3 RDSAC. Entiendo que tal revocación no afecta a las relaciones jurídicas constituidas bajo la vigencia de la OPS, pues ésta forma parte del contrato principal que se celebre con el consumidor.

Si, por el contrario, la relación jurídica con el consumidor se constituyó antes de la formulación de la OPS, ésta no forma parte del contrato principal, de manera que el consumidor puede aprovechar la ventaja del SAC mientras el empresario no revoque la OPS o venza el plazo por el que se otorgó.

Por su lado, el consumidor puede expresamente formular su rechazo a la OPS del empresario. Se trata de un supuesto harto improbable y sin ninguna utilidad, pues si el consumidor no desea celebrar el convenio arbitral, le basta con que no presente la solicitud de arbitraje, sin que se le exija ninguna actuación positiva. En cambio, el imaginario rechazo de la OPS por el consumidor puede producir cierto alivio en la posición del empresario, que se vería liberado de su compromiso en la relación concreta que sostenga con el consumidor. Por esta razón, resultaría “sospechosa” una conducta así del consumidor, que sería quizá un aviso de un probable fraude o al menos de una conducta poco ajustada del empresario y, eventualmente, del consumidor.

Por fin, una última modalidad es la revocación de la solicitud de arbitraje del consumidor. Dicha solicitud puede constituir una oferta de convenio arbitral al empresario, si éste no ha suscrito ninguna OPS, o una aceptación de ésta, en caso de que la misma efectivamente se hubiera producido.

Hay varios momentos que se pueden considerar decisivos respecto de la revocabilidad o irrevocabilidad de la solicitud de arbitraje: el instante en que la solicitud es expedida por el consumidor; el momento en que la misma llega a la JAC, cuando ésta la reenvía al empresario y el instante en que el empresario la recibe en su domicilio. Uno de esos momentos tiene que ser señalado como a partir del cual la solicitud ya no puede ser revocada por el consumidor, quedando perfeccionado el convenio arbitral. A

⁶³⁵ Art. 22.2 LA: “La inactividad de las partes no impedirá que se dicte el laudo ni le privará de eficacia”.

mi juicio, considerando lo que se dispone en el art. 6.1 RDSAC, la tesis que parece seguirse es la de la recepción de la solicitud en la JAC.⁶³⁶

No puede finalizarse este apartado sin advertir que la doctrina se ha dividido respecto de la forma en que se entiende producida la renuncia tácita al arbitraje. Así, algunos consideran que si el demandado se persona en el proceso y además de formular la excepción de arbitraje realiza algún otro acto, como puede ser el de contestar a la demanda para el caso de que la excepción no sea admitida, tal acto es interpretado como una renuncia tácita. Se ha argumentado que existe cierta similitud entre el art. 11.2 LA y el art. 58.2 LEC, regulador de la sumisión tácita, el cual es rígidamente interpretado por el TS, sentando la conocida doctrina según la cual si el demandado, además de proponer la declinatoria realiza cualquier otra gestión, como es la de proponer otras excepciones o reconviene, incurre en sumisión tácita.⁶³⁷

En contra se ha argumentado que mientras la declinatoria tiene su propio cauce procesal, que permite su proposición y resolución previa,⁶³⁸ la excepción de arbitraje tiene una tramitación diferente según el tipo de proceso donde se suscite.⁶³⁹

⁶³⁶ Art. 6.1 RDSAC: “Cuando el reclamado hubiese realizado oferta pública de sometimiento al Sistema Arbitral de Consumo, respecto de futuros conflictos con consumidores o usuarios, *el convenio arbitral quedará formalizado con la presentación de la solicitud de arbitraje por el reclamante...*”

⁶³⁷ Sobre la aplicación de esta doctrina al arbitraje, vid. CORDÓN, *El arbitraje...*, o.c., p. 74, así como la jurisprudencia citada más atrás, al hacer mención de la eficacia del convenio arbitral.

⁶³⁸ Art. 79 LEC.

⁶³⁹ Sobre este punto vid. las argumentaciones y jurisprudencia que recoge CORDÓN, *El arbitraje...*, o.c., pp. 74 y ss. REGLERO, *El arbitraje...*, o.c., p. 216, entiende que la excepción a que se refiere el 11 LA es la excepción dilatoria autónoma del 533.8. Siguiendo a FONT SERRA, “La nueva...”, o.c., pp. 354 y ss., y a GONZÁLEZ MONTES, “La excepción de arbitraje”, *La Ley*, 1990-1, p. 1.161, esta excepción parece tener la estructura de las declinatorias de jurisdicción, porque sostiene la incompetencia del juez para conocer y sustanciar el proceso. La moderna doctrina procesalista sostiene que la declinatoria no es una excepción dilatoria y exige una tramitación previa (GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “La declinatoria, la incompetencia de jurisdicción y las excepciones dilatorias”, *La Ley*, 1980, p. 393).

VALENCIA MIRÓN, “La sumisión...”, o.c., p. 45, dice que la excepción de arbitraje tiene estructura de declinatoria y el carácter preclusivo de la sumisión tácita, excluye el ejercicio de la potestad jurisdiccional de jueces y tribunales sobre la cuestión de fondo sometida a arbitraje, funciona como una excepción, “resultante de la conjunción de la falta de jurisdicción y de la litispendencia, al imposibilitar un proceso eficaz con el mismo objeto hasta la firmeza del laudo, siempre y cuando permanezca invariable la voluntad de las partes”.

Por todo ello, sostiene REGLERO, loc. ult. cit., p. 217, que lo primero que debe hacer el demandado es proponer en forma la declinatoria, porque cualquier otra actividad “hace entrar en funcionamiento la presunción de renuncia al convenio arbitral, presunción que, como decimos, es *iuris et de iure*” y cita STS 8.11.1983 (cita a CORDÓN, *Comentario breve...*, pp. 71 y ss. y a GONZÁLEZ MONTES, “La excepción...”, o.c., p. 1.161).

El Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 30 de octubre de 1998, establece en su Disposición Final 9.^a que se modificará el art. 11 LA, en cuya redacción la excepción de arbitraje será una declinatoria. El legislador no debiera olvidar argumentos tan contundentes como los expuestos, entre otros, en las SSAP de Navarra, 16.03.1993 y 12.01.1997.

VI

El Procedimiento Arbitral de Consumo

El RDSAC establece un capítulo, con cuatro artículos, bajo la rúbrica “Del procedimiento arbitral de consumo”. Pero es engañoso, pues de las cuatro disposiciones, una, la más extensa⁶⁴⁰ no se destina al procedimiento sino a regular la designación de los árbitros. Por otro lado, algunas disposiciones que rigen también el procedimiento se encuentran fuera del citado capítulo.⁶⁴¹ En cualquier caso, las normas de la LA serán de aplicación supletoria en este punto.

Aunque propiamente el procedimiento arbitral comienza cuando los árbitros notifican la aceptación de su nombramiento, en el caso de la LA,⁶⁴² o cuando la JAC los haya designado, en el caso del SAC,⁶⁴³ entiendo que es más útil, desde una perspectiva práctica, hablar de un procedimiento arbitral dividido en dos fases. La primera se desarrolla ante la JAC y comienza con la solicitud de arbitraje y concluye con la constatación de que el convenio arbitral se ha perfeccionado. La segunda, que discurre ante el colegio arbitral, es el verdadero arbitraje y principia con la designación del colegio arbitral concluyendo con el laudo.

Aún reconociendo que no es técnicamente correcta la agrupación de ambos trámites, creo que es más útil para quien administra el arbitraje de consumo, quien, a fin de cuentas, debe formar un expediente por cada solicitud y, acto tras acto, desarrollar ambas fases. La primera se regula fundamentalmente en alguno de los preceptos que se encuadran bajo la rúbrica “De la formalización del convenio arbitral”, constituyendo el capítulo III del RDSAC.

El régimen jurídico que rige el procedimiento viene compuesto principalmente por el RDSAC, la LA, la voluntad concorde de las partes y las decisiones de los árbi-

⁶⁴⁰ Art. 11 RDSAC.

⁶⁴¹ Art. 14 RDSAC, donde se establece la duración máxima del arbitraje.

⁶⁴² Art. 22.1 LA.

⁶⁴³ Art. 10.1 RDSAC.

tros, pero siempre con absoluto respeto a los principios de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes.

1. FASE PREPARATORIA (ANTE LA JUNTA ARBITRAL DE CONSUMO)

Esta primera fase que, como digo, discurre ante la JAC, persigue fundamentalmente la realización de actuaciones de mediación entre los contendientes y la comprobación de que se dan todos los requisitos para que pueda admitirse y llegar a abrirse el arbitraje propiamente dicho.

La importancia de la labor mediadora se pone de manifiesto si se contemplan los datos estadísticos elaborados por el INC, donde se deja constancia de que aproximadamente un 10% de las solicitudes de arbitraje son resueltas en esta fase.⁶⁴⁴ En esta tarea no sólo se persigue la composición del conflicto, sino también, cuando no se puede alcanzar esa meta, convencer al empresario, si es que no ha suscrito una OPS, para que acepte el arbitraje de consumo como solución de la contienda.

Entiendo que no es tampoco baladí la misión que aquí corresponde a la JAC de vigilar por el debido respeto a las normas fundamentales del SAC, tanto en lo que se refiere a la admisión de cuestiones litigiosas no susceptibles de arbitraje de consumo como en la formalización debida del convenio arbitral. Todo lo anterior tiene ver con el contrato de dación y recepción del arbitraje que, sin que expresamente se perfeccione, en definitiva es el que va a vincular a la JAC y a las partes, si es que aquélla acepta la solicitud de arbitraje, siendo desde ese momento responsable de su tramitación adecuada.

A. Solicitud de arbitraje

La solicitud de arbitraje es la petición formal que el consumidor dirige a una JAC concreta para que acepte la administración de un arbitraje, así como la designación de los árbitros que en su día deban dictar el laudo. Al mismo tiempo contiene la invitación al empresario para que, si no lo ha hecho aún, acepte someterse al referido arbitraje.

Aunque la carencia de regulación sobre la solicitud arbitral es casi absoluta, resulta claro que como contenido mínimo se ha de exigir la sumisión expresa al SAC, nombre y demás datos identificadores del solicitante y de la contraparte, así como una reseña, al menos, de la cuestión litigiosa que se pretende trasladar al arbitraje. Su forma será siempre escrita, admitiéndose el uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos.⁶⁴⁵

Tiene pues un doble sentido la solicitud arbitral. De un lado tiene como destinataria a la JAC para que ésta, una vez analizado su contenido, la acepte o no. En caso afirmativo implica el compromiso entre ambos —consumidor y JAC— de administrar el arbitraje hasta su finalización. De otro, la solicitud tiene como destinatario también al

⁶⁴⁴ En 1995, de 10.167 solicitudes de arbitraje, 1.035 se resolvieron en fase de mediación; en 1996, de 8.978 solicitudes, 813; en 1997, de 12.287, 1.165; y en 1998, de 17.676, 1.905.

⁶⁴⁵ Art. 3 RDSAC.

empresario, a fin de celebrar con éste el convenio arbitral necesario para el arbitraje del conflicto que les vincula.⁶⁴⁶ Así, la solicitud de arbitraje sobre materia no incluida en la OPS o realizada tras el plazo de vigencia de la misma o sin previa OPS, constituye una oferta de convenio arbitral. En cambio, si ya existía la OPS, la solicitud sirve para perfeccionar el convenio, individualizando la oferta.

El instante en que se recibe en la JAC es el de la formalización de la oferta o del perfeccionamiento.⁶⁴⁷ Si se trata de una oferta de convenio arbitral, se seguirá lo prevenido en el art. 9.1 RDSAC, de modo que el convenio sólo se perfecciona cuando llegue a conocimiento de la JAC la aceptación del empresario.⁶⁴⁸

No obstante, cuando el convenio arbitral ya se había formalizado previamente, porque las partes lo hubieran suscrito en documento separado o incorporado mediante una cláusula al contrato principal, la solicitud, manteniendo su oferta a la JAC para que ésta acepte el arbitraje, tiene idéntica finalidad que una demanda, que sirve para poner en marcha el arbitraje, acotando subjetiva y objetivamente su contenido, sin perjuicio de lo que más adelante las partes y los árbitros puedan acordar.

B. Admisión de la solicitud de arbitraje

El Presidente de la JAC debe analizar la solicitud presentada por el consumidor y comprobar si de su contenido se desprende que la misma es admisible, a la vista de lo que disponen los artículos 1 y 2 LA y 2 RDSAC.⁶⁴⁹ La falta de adecuación a dichos preceptos obliga al Presidente al rechazo de la solicitud, ordenando su archivo así como que le sea notificada al actor, a fin de que pueda acudir a la vía judicial donde podrá formular, si lo estima pertinente, la correspondiente demanda.⁶⁵⁰

Si por el contrario se comprueba que la solicitud se ajusta a las disposiciones señaladas, será aceptada por la JAC. Esta aceptación vincula a partir de ese instante a la JAC como una institución arbitral, haciéndola responsable en los términos que más atrás se señalaron, tanto de su propia conducta como de las actuaciones de los árbitros que en su día pueda designar.

En la decisión sobre la aceptación del arbitraje solicitado se pueden decidir algunas cuestiones, como qué tipo de arbitraje se seguirá, si de Derecho o de Equidad.

⁶⁴⁶ En relación con la solicitud de arbitraje del consumidor ha dicho la AP de Barcelona, s. 25.07.96, que “el arbitraje de consumo [...] presupone la exteriorización de la voluntad del consumidor de someter la cuestión litigiosa a la decisión de la Junta Arbitral de Consumo, a medio de la ‘solicitud de arbitraje’ [...] elemento integrante de un convenio, simplificado en su formalización...”.

⁶⁴⁷ Art. 6.1 RDSAC.

⁶⁴⁸ “Aunque no lo aclara el reglamento, es obvio que la respuesta afirmativa del reclamado será comunicada al consumidor o usuario solicitante del arbitraje. El Presidente de la Junta dictará acaso resolución dando por perfeccionado el convenio, pero su eficacia es meramente declarativa” (MARÍN LÓPEZ, “El arbitraje...”, o.c., p. 14).

⁶⁴⁹ Art. 8.1 RDSAC: “La Junta Arbitral de Consumo, por medio de su Presidente, no aceptará las solicitudes de arbitraje, procediendo a su archivo, cuando se trate de las cuestiones a las que se refiere el artículo 2.2 del presente Real Decreto”.

⁶⁵⁰ Art. 9.2 RDSAC: “La no aceptación de la solicitud de arbitraje se notificará a los interesados, dejando expedita la vía judicial”.

Igualmente, se podrá pedir del consumidor alguna aclaración sobre la representación con que dice actuar.

La decisión de la JAC inadmitiendo el arbitraje parece que no admite ningún tipo de recurso, pues es claro que el art. 8.2 RDSAC señala que en este caso queda expedita la vía judicial, sin referir ninguna vía para impugnar aquella decisión.⁶⁵¹

La aceptación de la solicitud debe notificarse inmediatamente a la contraparte, con independencia de que la misma haya o no formulado previa OPS. Si la decisión hubiera sido la de no admitirla, la notificación se efectuará, con igual celeridad, al actor, a fin de que pueda usar de su derecho, lo antes posible, en la sede que estime oportuna.

C. Mediación

Considero que, por las razones que unos párrafos más arriba quedaron expuestas, la función mediadora de la JAC es de gran interés en la práctica. Realmente, en numerosas ocasiones, la mera notificación al empresario, por conducto oficial, de que existe alguna reclamación contra él, puede servir para predisponer a éste a oír al consumidor, el cual quizás no se haya dirigido aún al empresario. Esta primera toma de contacto entre ambas partes, a través de la JAC, puede ser útil para provocar una solución amistosa entre las partes.

Sería magnífico que las JAC tuvieran suficiente tiempo como para que ante ellas pudieran hacer comparecer a las partes y acometer un intento de mediación. Esta comparecencia puede ser enormemente útil no sólo si se logra la solución total de la controversia, sino también cuando la misma es parcialmente resuelta, o cuando ambas partes resultan convencidas de la conveniencia de suscribir un convenio arbitral, o cuando se subsana algún defecto que pudiera afectar a dicho convenio, o cuando se fija el objeto litigioso que más tarde será resuelto por los árbitros, o cuando las partes ya acuerdan proponer al colegio arbitral que en su día se designe la celebración de alguna prueba, con determinación, incluso, del perito. Es más, en el mismo acto el Presidente de la JAC puede designar el colegio arbitral, notificándoselo a las partes, a fin de que puedan manifestar lo que estimen oportuno sobre las causas de recusación que les puedan interesar, incluso señalando ya, en contacto con el Presidente del CAC, el día y hora de la audiencia, acortando enormemente los trámites y subsanando preventivamente cualquier defecto que pudiera desembocar en un retraso en el arbitraje, incluso en un eventual recurso de anulación.

Conviene recordar nuevamente lo que se afirmó más atrás, al abordar las funciones de la JAC, en lo tocante a que quien participe en labores de mediación debe ser excluido de las arbitrales.

⁶⁵¹ “Aunque nada se diga sobre el punto —y además no resulte operativo para el sistema arbitral que aquí se examina—, parece que el consumidor podría recurrir esa resolución. Tal recurso no parece que pueda dirigirse a la Junta Arbitral Nacional, pues ésta tiene sus funciones muy delimitadas en el RDSAC. Podrá reclamar en vía administrativa y luego, en su caso, frente a la jurisdicción contenciosa. En cualquier caso dicha actuación por parte del consumidor resulta muy poco práctica, si lo que se pretende es volver luego a un arbitraje de consumo” (DÍAZ ALABART, “El arbitraje...”, cit., pp. 173 y ss). NAVARRO LORENTE, o.c., p. 48 y n. 1, sostiene que contra las numerosas resoluciones que pueden ser dictadas por la JAC cabe recurso administrativo.

D. Tramitación en caso de que exista una OPS del empresario

Esta tramitación es la que debe seguirse en el supuesto de que, antes de la presentación de solicitud de arbitraje por el consumidor, estuviese formulada una OPS por el empresario reclamado. Conforme al art. 6.1 RDSAC, que señala que la presentación de la solicitud, si coincide el ámbito de la solicitud con el de la OPS, queda formalizado el convenio arbitral.

La JAC debe comprobar si el empresario está sometido al SAC por la modalidad de oferta expresada. Esta comprobación requiere que cada JAC consulte todos los registros de OPS de las demás Juntas, a fin de poder conocer efectivamente si la empresa reclamada se encuentra adherida o no al SAC a través de otra Junta. A tal fin el INC procura confeccionar unos archivos en soporte informático que remite a cada una de aquéllas, con cierta periodicidad, pero la elaboración de los mismos, recogiendo las informaciones que cada una de las JAC le deben hacer llegar, no es todo lo rápido que sería deseable, de manera que puede haber un retraso de algunos meses, crucial en ocasiones. El siguiente paso en esta organización será la conexión de todas las JAC mediante internet, de manera que cualquier alta o baja en la lista que cada una mantenga, pueda ser de inmediato conocida por las demás.

a. *Declaración de existencia de convenio arbitral*

Detectada la sumisión de la empresa reclamada, la JAC la cotejará, a fin de comprobar que el ámbito objetivo coincide, es decir, que la solicitud de arbitraje se hace sobre una cuestión litigiosa que el empresario ha ofrecido solventar mediante el SAC.

En caso afirmativo, será necesario comprobar si se ha hecho limitación en cuanto a la cuantía o en cuanto a la JAC que se designa competente. En este último caso, si resultara que la empresa reclamada hubiera señalado en su OPS que se somete al arbitraje de una determinada JAC, diferente de la que ha recibido la solicitud del consumidor, ésta tiene dos opciones. La primera, dirigirse al empresario sin tener presente la limitación territorial señalada, pues si no se formula oposición, entiendo que admite tácitamente la intervención de esta otra Junta, pues por la OPS ha quedado sometido al arbitraje de consumo en general,⁶⁵² y su restricción a una concreta JAC, no siendo un elemento indispensable del convenio arbitral, tiene carácter unilateral en su oferta, pudiendo revocarla por actos posteriores, que no precisan ser expresos.

La segunda, remitir la solicitud a la JAC designada por el empresario. Esta opción es la que habrá de seguirse si el empresario no admite su intervención, aduciendo la limitación territorial aludida.

Igualmente comprobará si se el arbitraje elegido es de Derecho o de Equidad. En caso de que no coincidan ambas sumisiones arbitrales, el convenio no quedaría perfeccionado. En ese caso, se desarrollaría el procedimiento como se indica más abajo, como si no existiera OPS previa.

⁶⁵² El art. 6.2 RDSAC señala que mediante la OPS el empresario “se adhiere al Sistema”, dentro del cual forman parte todas las JAC.

En cambio, si solicitud y arbitraje coinciden en los ámbitos respectivamente señalados, el Presidente de la JAC debiera declarar la existencia del convenio arbitral. Esta declaración no se exige en ningún lugar, pero parece de lo más útil en cuanto que es lo que justifica los actos subsiguientes, además de que en ella debe concretar lo que sea preciso para poder justificar la designación de unos u otros árbitros. Así, definirá si el arbitraje será en Derecho, o si requiere la intervención de un colegio especializado, o si las partes han hecho elección del Presidente del CAC, conforme a lo prevenido en el art. 11 RDSAC, etc.

b. Notificación al empresario y al consumidor

Tampoco es preceptiva la notificación de aquélla declaración. Sin embargo, una adecuada interpretación de los principios de audiencia, contradicción e igualdad, rectores del arbitraje, conduce a que en esta fase previa se de a conocer a las partes lo que sea de su interés, a fin de que luego puedan hacer debido uso de sus derechos.

Es desde esta perspectiva como se puede comprender que el empresario precisa tener conocimiento de que ha sido presentada una solicitud de arbitraje dirigida contra él, y que en su virtud la JAC ha entendido que ha quedado perfeccionado el convenio arbitral, individualizando la OPS que tiene formulada. Sólo si conoce estos extremos podrá acudir al colegio arbitral, al que será más tarde convocado, con argumentos como para oponerse al arbitraje, si es que considerara que tiene razón para ello. Además, la redacción dada al artículo 9.1 RDSAC parece que debe entenderse en el sentido de que en todo caso el empresario debe ser notificado de que ha sido presentada una solicitud de arbitraje contra él. Con más razón cuando la misma es admitida y tenido por perfeccionado el convenio arbitral.

Del mismo modo, el solicitante también precisará conocer la existencia de la declaración anterior, a fin de poder ir preparando su intervención ante el colegio arbitral, cuando sea citado.

Hay una razón más, que estimo también de suma importancia. A mi juicio, mientras que las partes no tengan conocimiento de que ciertamente se ha perfeccionado el convenio arbitral, no entra en juego la excepción de arbitraje del 533.8 LEC.⁶⁵³ A partir de la resolución de la JAC declarando la existencia del convenio arbitral y su notificación a las partes, ambas toman conocimiento de esta vinculación y, consecuentemente, de la prohibición de acudir a la vía jurisdiccional. La eficacia vincula también al empresario, quien, sabedor de que el arbitraje está en marcha, tendrá oportunidad de formular las pretensiones que quiera, pues la unidireccionalidad del SAC lo es sólo en su comienzo, una vez iniciado, es absolutamente bilateral.

Para la forma de las notificaciones no hay nada reglamentado, siendo remota la posibilidad de que las partes adopten algún acuerdo al respecto. No parece que el art. 22.1 LA exija la notificación personal;⁶⁵⁴ ni que la voluntad obstruccionista de una de las partes pueda impedir la realización del procedimiento arbitral, por lo que parece

⁶⁵³ La notificación de la solicitud se hace a efectos de formar el convenio arbitral, pero también a efectos de contestar y contradecir (SAP de Jaén, 12.12.96).

⁶⁵⁴ MASCARELL, *Comentario breve...*, cit., p. 122.

que será suficiente que la JAC haya realizado “toda la actividad que consideren necesaria para poner en conocimiento de las partes —los problemas surgirán en las notificaciones a los demandados— la aceptación de los árbitros nombrados”.⁶⁵⁵

En esta situación es indiferente que la normativa que se opte por aplicar sea la prevenida por las normas administrativas o por las del enjuiciamiento civil.⁶⁵⁶ Pero habida cuenta de que la JAC es la que debe realizar todas las notificaciones, tanto las correspondientes a sus propias decisiones como las de las resoluciones del colegio arbitral, y que aquélla es un órgano administrativo, estando sustentada por una administración, parece adecuado que sean las de índole administrativo las que se apliquen. Aunque, insisto en ello, esto, la naturaleza de la norma que regule la notificación, es accesorio al arbitraje

E. Tramitación en caso de que no exista OPS del empresario

Frecuentemente las solicitudes de arbitraje se dirigen contra empresarios que no han suscrito ninguna OPS; en estos casos y en aquéllos otros en los que la OPS y la solicitud de arbitraje no coinciden, la JAC debe realizar unas actuaciones dirigidas a facilitar y fomentar el convenio arbitral.⁶⁵⁷

a. Notificación al empresario

Dentro de las actuaciones que sirven a facilitar la celebración del convenio arbitral, la primera medida que ha de adoptar la JAC es notificar al empresario que se ha presentado la solicitud del consumidor.⁶⁵⁸ La notificación debe dar traslado de una copia de la solicitud así como de los demás documentos que hubiese aportado en apoyo de su pretensión. Ordinariamente se adjunta un impreso para que sea cumplimentado por el reclamado, que sirve de vehículo a la contestación a la pretensión del consumidor y a la sumisión al SAC.

En estos casos la solicitud de arbitraje tiene el valor de una oferta, la cual podrá ser aceptada o no en el plazo de quince días, a contar desde que aquélla fue recibida por el empresario. La actitud del empresario puede ser la de aceptar o no aceptar el arbitraje que se le ha propuesto.

A mi juicio, el consumidor no podrá acudir a la vía jurisdiccional mientras esté pendiente el plazo referido, pues se encuentra vinculado por su oferta. Si lo hiciera, el empresario podría perfeccionar el convenio arbitral y ejercitar la excepción correspondiente.

⁶⁵⁵ MASCARELL, loc. ult. cit.

⁶⁵⁶ “Ninguna norma impone que las notificaciones y citaciones a las partes deban realizarse del modo previsto en las leyes procesales civiles, ni siquiera por escrito, por lo que, como pone de relieve la doctrina, es incluso perfectamente admisible el procedimiento oral” (SAP Cantabria, 22.01.93).

⁶⁵⁷ Art. 4.a) RDSAC.

⁶⁵⁸ Art. 9.1 RDSAC: “La Junta Arbitral de Consumo, notificará la solicitud de arbitraje al reclamado, el cual deberá aceptarla o rechazarla por escrito o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, en el plazo de quince días hábiles, a contar desde la recepción de la notificación, salvo en los supuestos contemplados en el artículo 6.1 de este Real Decreto”.

b. Archivo por no aceptación del empresario

Se entiende que el empresario no acepta el arbitraje cuando transcurre el plazo de quince días antes referido sin dar respuesta a la notificación de la solicitud. De igual modo ocurrirá si responde sin suscribir la sumisión al arbitraje.

Puede ocurrir, no es extraño, que el empresario responda a las argumentaciones del consumidor, pero manifieste en el texto o en otro que adjunte, que no acepta el arbitraje. En ocasiones la contestación se hace sin utilizar el impreso oficial. En cualquiera de estos casos el convenio arbitral no llega a perfeccionarse.

La única posibilidad que resta a la JAC es citar a ambas partes para un intento de mediación, del que quizás pueda llegar a extraerse un convenio. En otro caso, se ordenará el archivo de la solicitud, notificándosele al consumidor, a fin de que pueda acudir a la vía jurisdiccional si lo estima pertinente.

c. Aceptación del empresario

Por el contrario, si el empresario responde a la oferta contenida en la solicitud de arbitraje, el convenio arbitral queda perfeccionado. La aceptación puede tener lugar por cualquiera de los medios que se admiten también para la solicitud de arbitraje, con tal de que garanticen su autenticidad.⁶⁵⁹

No es necesario que la aceptación sea hecha en el formulario impreso elaborado por el INC, pero sí que es imprescindible que reúna los requisitos que toda sumisión al arbitraje debe contener, especialmente la expresa voluntad de la parte de someterse al SAC y la obligación de cumplir el laudo que en su día se dicte.

Tampoco es indispensable que el reclamado de respuesta a la pretensión formulada por el actor. Aquí basta con que acepte el arbitraje. No obstante, tanto en el documento oficial como en otro diferente puede realizar cuantas argumentaciones estime pertinentes, incluso reconvenir, adjuntando todos los documentos probatorios que considere. De todo ello se dará traslado al actor junto con la declaración de existencia de convenio arbitral, en los términos que más atrás se han señalado para el caso de que el convenio se hubiera alcanzado a través de una OPS.

F. Tramitación en caso de convenio arbitral suscrito en documento independiente o mediante cláusula de un contrato principal

Ya sabemos que es posible que el convenio arbitral de consumo se haya concluido por las partes separadamente o bien dentro de un contrato principal, en el que se incluiría una cláusula, consista o no en una condición general. En estos casos es de suponer que el consumidor habrá adjuntado el documento donde aquél conste. De no haberse hecho así, la JAC se lo requerirá, concediéndole un plazo, transcurrido el cual, sin

⁶⁵⁹ Art. 9.1 RDSAC.

haber presentado dicho documento, el trámite que se seguirá es el mismo que en el previsto para el caso de no existencia de OPS, como más arriba se expuso.

Por el contrario, si se acredita debidamente la celebración del citado convenio, los trámites serán los mismos que si existiera OPS, con notificación a la contraparte y declaración, en su caso, de existencia de convenio arbitral.

2. FASE ARBITRAL (ANTE EL COLEGIO ARBITRAL DE CONSUMO)

En esta segunda fase es cuando se desarrolla el verdadero arbitraje. Hasta este instante todos los actos que se han venido realizando tenían como misión prepararlo, ya sea estimulando o controlando el convenio arbitral, ya sea teniendo unas listas actualizadas de árbitros idóneos, ya sea con una mediación que sirva ora a la evitación del arbitraje, ora a la fijación de la controversia. Pero si el conflicto entre las partes persiste, no se puede demorar por más tiempo la realización del arbitraje que desembocará en el laudo que le ponga fin. Es la actividad, por ello, más importante de todas las que hasta aquí se han venido refiriendo; actividad que debe reunir una serie tal de condiciones como para que el resultado que se produzca equivalga a una sentencia. Y esas condiciones se encuentran en los artículos 10 a 13 del RDSAC, que, indefectiblemente, deben ser completados con las disposiciones de la LA, principalmente los arts. 21 a 29. Las normas del RDSAC son muy escasas pues el artículo 10 repite algunas disposiciones de la LA, con alguna particularidad, relativa al principio del procedimiento o a la representatividad de las partes; el art. 11 realmente se destina a la composición y designación del CA; de este modo sólo los artículos 12 y 13, el primero destinado a la audiencia y el segundo a la prueba, sirven para el procedimiento arbitral de consumo. En verdad, escasez normativa, aunque no por ello criticable.

A. Inicio del procedimiento arbitral

Si es una dificultad fijar cuando principia el procedimiento arbitral general, en aplicación del art. 22.1 LA, más lo es en el de consumo, pues el art. 10.1 RDSAC no coincide con la regulación genérica de aquél. Mientras el primero dispone que el comienzo del procedimiento lo marcará la notificación a las partes de la aceptación del árbitro, el segundo lo data en el instante de la designación del colegio arbitral. Sabida es la importancia que tiene esta fecha, pues constituye punto de arranque de la cuenta —*dies a quo*— de numerosos plazos. Así sirve para medir la duración del arbitraje, es decir, determina la fecha antes de la cual se debe dictar el laudo y, consecuentemente, el plazo que los árbitros tienen para cumplir su obligación de laudar; también para determinar el plazo para celebrar el trámite de audiencia (art. 12.1 RDSAC)... Por último, el inicio del procedimiento supone el nacimiento de derechos y obligaciones de los árbitros, principalmente las que se refieren a la de desarrollar el procedimiento y dictar el laudo en el plazo que corresponda, asunción de responsabilidades por los daños y perjuicios.

Cuando se inicia el procedimiento arbitral es cuando realmente se ha abierto el arbitraje y cuando el litigio ha comenzado. Se ha formulado la duda de si a partir de ese instante queda fundamentada la excepción de litispendencia arbitral en otro even-

tual procedimiento, arbitral o judicial. Respecto de un segundo procedimiento arbitral, a CORDÓN MORENO le parece evidente la virtualidad de esta excepción, dado que la misma tiene carácter cautelar o preventivo de la cosa juzgada, efecto que también produce el laudo: no se entiende por qué el procedimiento arbitral no produce iguales efectos que el procedimiento judicial, si ambos desembocan en cosa juzgada. En consecuencia, dice, la escueta redacción del 23.1 LA, donde se regula la oposición al arbitraje, no debe impedir otras excepciones diferentes de las señaladas en esa norma. No obstante, reconoce que es más discutible la afirmación de la referida excepción en el procedimiento judicial, con identidad de sujetos y objeto.⁶⁶⁰ Prosigue este autor haciendo advertencia de que aunque la litispendencia puede ser admisible de oficio, no será así la litispendencia arbitral, porque cabe la renuncia tácita al arbitraje pendiente, igual que la no proposición de la excepción de compromiso es una excepción tácita al convenio arbitral.

En cualquier caso, lo que sí que es evidente es que antes de que nazca el procedimiento arbitral tiene que haberse producido un convenio arbitral, cuyo perfeccionamiento fundamenta la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje —art. 533.8 LEC—, cuya argumentación en un proceso judicial será más fácil que la excepción de litispendencia arbitral que, además de que no está reconocida positivamente, exige acreditar que el litigio está pendiente, que el procedimiento arbitral se ha iniciado, además de que existe un convenio arbitral, mientras que a la del 533.8 le basta con esto último.

a. *La polémica sobre el ‘dies a quo’*

El régimen de la LA —art. 22.1 citado— establece que los árbitros notificarán a las partes su aceptación, dentro de los quince días naturales siguientes a aquel en que se les notificó a aquéllos su designación como árbitros —art. 15 LA—; transcurrido tal plazo sin que se haya manifestado su aceptación, se entiende que no aceptan el nombramiento. Respecto de la LA se ha dicho que el comienzo del procedimiento no tendrá lugar hasta que las partes no tengan conocimiento de la aceptación por todos los árbitros, dentro del plazo hábil.⁶⁶¹ El régimen del art. 15 LA, así lo dispone su párrafo tercero, rige también para las designaciones de árbitros a través de una Corporación o Asociación, es decir, para los supuestos de arbitraje deferido, como es el caso del SAC.

La razón de la diferente regulación del inicio del procedimiento puede residir en la forma especial de designar los árbitros en el de consumo, porque desde que aceptan ser incluidos en las listas de árbitros, implícitamente se entiende que aceptan los arbitrajes concretos que en el futuro se les encomienden.⁶⁶² Ahora bien, si la designación del Presidente del CAC es hecha por las partes,⁶⁶³ ya no cabe señalar como *dies a quo* el marcado por el RDSAC, sino el común de la LA, pues se trata de un proceder especial,

⁶⁶⁰ CORDÓN MORENO, *El arbitraje...*, cit., p. 98 y cita a GUTIÉRREZ CABIEDES, “La incompetencia de jurisdicción”, *Estudios de Derecho Procesal*, 1974, p. 348; SERRA, “Litispendencia”, *RDP Iberoamericana*, 1969, p. 600; en contra a PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal*, I, 1982, p. 828.

⁶⁶¹ MASCARELL NAVARRO, “Comentario”, en *Comentario breve...*, cit., p. 121

⁶⁶² DÍAZ ALABART, “El arbitraje...”, cit., p. 190.

⁶⁶³ Art. 11.1.a) RDSAC.

donde puede no haberse acudido a las listas de árbitros de la JAC, de modo que en estos casos el procedimiento se iniciará cuando las partes sean notificadas de la aceptación del árbitro.⁶⁶⁴

b. Designación del colegio arbitral

La designación del colegio arbitral se efectuará, en el modo que más atrás ha sido abordado, una vez que se ha verificado que el convenio arbitral ha sido debidamente celebrado por las partes. El Presidente de la JAC nombrará los miembros del CAC conforme a lo que las partes pudieran haber acordado, dentro de las facultades que les concede el art. 11.1.a) RDSAC. Igualmente, si fuera preciso, designará al Secretario del colegio.

Normalmente la designación se hace en un impreso oficial del INC, donde se insta a que se incluyan suplentes de cada uno de los tres titulares. No es preceptivo ni que se lleve a cabo en el referido formulario, ni que se designen suplentes ni cuantos serán éstos. De manera que podrá seguir cada JAC el criterio que estime oportuno. No obstante, resulta hasta ahora muy adecuada y ágil la forma de funcionamiento seguida.

c. Notificación a las partes y a los árbitros

Inmediatamente que sea hecha la designación, ésta deberá notificarse a las partes y a los propios árbitros. A las partes, para que éstas puedan formular, en su caso, recusación. A los árbitros, para que puedan abstenerse. A ambos, para que tengan conocimiento de la fecha en que ha comenzado el procedimiento arbitral. Las notificaciones se efectuarán conforme más atrás se dijo.

Para abreviar los trámites, la declaración de existencia de convenio arbitral y la designación de los árbitros pueden efectuarse en un mismo acto y notificarse de una sola vez a las partes. Es más, si la solicitud de arbitraje del consumidor basta para perfeccionar el convenio, ésta, la declaración de convenio arbitral y la designación de los árbitros pueden ser trasladadas conjuntamente al empresario.

B. Convocatoria y constitución del CAC

Una vez que el Presidente del CAC tenga constancia de la designación, podrá disponer que sean convocados los demás miembros a fin de constituir el colegio, que es el primer acto que debe realizar. Inmediatamente deben pronunciarse sobre si existen causas de abstención o no y, después, si se consideran competentes para arbitrar sobre la cuestión que les ha sido trasladada por la JAC.

Para que todo lo anterior pueda ocurrir es preciso que la JAC haya remitido al Presidente una copia o los originales de toda la documentación aportada desde que comenzó a tramitarse la solicitud de arbitraje.

Es ya momento propicio para que el árbitro que se crea incurso en alguna causa de

⁶⁶⁴ DÍAZ ALABART, "El arbitraje...", cit., p. 215.

abstención se abstenga de intervenir, de lo que se dejará debida constancia, notificándose a la JAC y a las partes, así como la intervención de su suplente.

Del mismo modo pueden ya decidir sobre si consideran que pueden resolver la cuestión señalada en la solicitud de arbitraje y en la eventual contestación del reclamado, por estimar que la materia no es susceptible de arbitraje de consumo o por entender que el convenio arbitral no está debidamente perfeccionado. Esta decisión en cuanto que pone fin al arbitraje, adoptará la forma de laudo.

En cualquiera de los dos casos, abstención y, sobre todo, falta de competencia para el arbitraje propuesto, sería conveniente que las partes fueran escuchadas. Pero mientras la abstención afecta a la constitución del colegio, no así la declaración de incompetencia, que requiere que el mismo se haya constituido, que se debata y que se vote y forme un laudo, que más tarde podrá ser objeto de recurso de anulación.

Lo que la JAC no puede hacer, en este segundo caso, es designar un nuevo colegio, por más que el primeramente designado no haya compartido las decisiones de aquélla relativas a la procedencia del arbitraje instado y a la existencia del convenio arbitral.

El art. 23.3 LA dispone que los árbitros podrán apreciar de oficio su falta de competencia objetiva para laudar, aunque no lo hubiesen invocado las partes. Esta norma suscita diversas dudas. La primera es si por su virtud se atribuye una facultad a los árbitros o, por el contrario, una obligación, pareciendo esta última opción la más adecuada,⁶⁶⁵ pues en caso contrario —si los árbitros, al tratarse de una facultad, continuarán con el arbitraje a pesar de su falta de competencia objetiva— no habrían respetado los límites legales, con lo que no resultaría cumplido fielmente el encargo que las partes les hacen —art. 16.1 LA—, incurriendo en responsabilidad.

Se ha dicho que los árbitros deben extender el control de oficio también a los aspectos relativos al convenio arbitral, no quedándose sólo en el de su competencia objetiva. Sin embargo, entiendo que así como la competencia objetiva, que se refiere a los artículos 1 y 2 LA y 2 RDSAC, es indisponible por las partes y su regulación es cuestión asimilable al orden público, lo relativo al valor y al alcance del convenio arbitral es algo que queda exclusivamente sujeto a la voluntad de las partes, que son quienes deben manifestar el alcance que pretenden dar a sus propios actos. No tendría mucho sentido que las partes, de común acuerdo, estuvieran incluyendo una cuestión litigiosa en el arbitraje y que los árbitros no lo admitan por entender que excede del convenio arbitral.⁶⁶⁶ Este es el sentido que también pareció darle el legislador, pues el 23.3 LA fue introducido por una Enmienda —la n.º 134, del Grupo Socialista— que se justificó diciendo que “la falta de competencia de los árbitros no debe quedar a la exclusiva disposición de las partes, pues estamos ante materia de orden público”.

Ni la LA ni el RDSAC señalan cuando los árbitros procederán a realizar el control de oficio de su propia competencia objetiva. Puede, pues, tener lugar en cualquier instante de la tramitación del arbitraje, pero lo más adecuado es que se verifique en el primer instante o, a lo más tardar, una vez hechas las alegaciones por las partes. Si la

⁶⁶⁵ MASCARELL NAVARRO, “Comentario”, *Comentario breve*, cit., p. 132; ORTIZ NAVACERRADA, “La Ley...”, cit., p. 157; CREMADES, “España estrena nueva Ley de Arbitraje”, *RCEA*, 1988-89, p. 4.

⁶⁶⁶ En contra MASCARELL NAVARRO, “Comentario”, *Comentario breve*, cit., p. 133, n. 33.

decisión se dilatará más allá del período probatorio, sin necesidad, podrían las partes exigir responsabilidades por el retraso y por los gastos que hubieran padecido, tanto para la formulación de las alegaciones como para la práctica de las pruebas. La consideración de que mientras la vía arbitral está en marcha se veda el acceso a la jurisdiccional, debe ser suficiente como para que los árbitros resuelvan, *in limine litis*, sobre su competencia objetiva.

En cualquier caso, la decisión no podrán tomarla los árbitros sin dar ocasión a las partes de ser previamente oídas al respecto⁶⁶⁷ y no será susceptible de recurso.⁶⁶⁸

C. Audiencia a las partes

Constituido el CAC, el trámite subsiguiente es el de audiencia a las partes. Este trámite es absolutamente necesario, debiendo celebrarse antes de que transcurran tres meses desde que se constituyó el colegio,⁶⁶⁹ pero sin exceder de los cuatro meses que existen para dictar el laudo, que se cuentan desde la designación del colegio, que es siempre un instante anterior a su constitución.

Lo habitual es que la constitución y la audiencia se celebren inmediatamente una tras otra. Sin embargo, como la audiencia puede ser verbal o escrita,⁶⁷⁰ lo primero que debe el colegio es resolver sobre esta forma. Lógicamente ello no puede ocurrir mientras que el colegio no se constituya; constituido éste, podrá decidirse al respecto, de manera que si se optara por la oral, habrá que citar a las partes, las cuales no estarán presentes pues no existe razón para que hayan sido citadas.

Lo que ocurre en la práctica es que lo habitual es la preferencia por la audiencia oral, de manera que el presidente del CAC directamente la convoca, con lo que el trámite se abrevia notablemente. En realidad asume así el presidente una competencia que no le corresponde, pues esta facultad pertenece a las partes o a todo el colegio. Sin embargo, mientras que ninguna de las partes denuncie este defecto en su debido tiempo, su validez será indiscutible, sin que pueda perjudicar más tarde a la validez del laudo.

Realmente el legislador parece tener cierta predisposición al trámite oral,⁶⁷¹ porque casan mal con el escrito su referencia al carácter privado y a la no celebración en la fecha prevista. Si la audiencia es escrita, sobre toda referencia a la privacidad, pues son los trámites orales los que se caracterizan por su publicidad y precisan de su exclusión cuando no sea deseada.⁶⁷² Si la audiencia es escrita, normalmente consistirá en un

⁶⁶⁷ MASCARELL NAVARRO, "Comentario", *Comentario breve*, cit., p. 133.

⁶⁶⁸ Sin embargo sí que tal decisión puede ser objeto de un proceso declarativo ordinario donde se persiga la condena a los árbitros —o a la institución arbitral en su caso— para que lauden. La probabilidad de que esto ocurra es escasa, pues si las partes no comparten la decisión de los árbitros, al menos habrán perdido la confianza en ellos como para persistir en su empeño de que resuelvan su conflicto.

⁶⁶⁹ Art. 12.1 RDSAC.

⁶⁷⁰ Art. 12.3 RDSAC.

⁶⁷¹ Así lo advierte también SAMANES ARA, *El sistema arbitral de consumo* (QUINTANA y BONET dir.), cit., p. 179. En realidad, el trámite oral es preferido para todo el arbitraje en general, en opinión de NAVARRO LORENTE, "El sistema...", cit., p. 70.

⁶⁷² Art. 12.1 RDSAC.

plazo para presentación de los documentos por las partes, lo que casa mal con la previsión que se hace de una audiencia “fallida”.⁶⁷³ Por último, la posibilidad de conciliación en el trámite de audiencia tampoco se compadece bien si ésta adoptara forma escrita.⁶⁷⁴

Las JAC parecen haber captado adecuadamente esta preferencia del legislador, habiéndose inclinado abiertamente hacia la forma oral, en perjuicio de la escrita.

El fundamento de este trámite, en cualquier caso, se sitúa en el principio de audiencia que tanto la LA como el RDSAC establecen.⁶⁷⁵ Su carencia fundamental, sin la menor duda, un recurso de anulación.⁶⁷⁶

El art. 12 del RDSAC regula el trámite de audiencia a las partes, que se debe completar con la LA, principalmente los artículos 23.1 y 25.2, pues no tiene una regulación legal autónoma. Trámite que debemos interpretar como comprensivo de todas las alegaciones que las partes pueden realizar en el procedimiento.⁶⁷⁷ En los cuatro párrafos en que se desarrolla la referida norma, sólo se hace mención al plazo dentro del cual se debe celebrar la audiencia, el supuesto en que se puede repetir la convocatoria por audiencia “fallida”, la libertad formal que rige este trámite y la función documentadora del Secretario.

a. Audiencia escrita

Si a pesar de la preferencia generalizada por la audiencia oral algún CAC optara por celebrarla por escrito, será preciso que establezcan un plazo o un término para la presentación de las alegaciones. Igualmente decidirán si habrá un nuevo plazo para réplica y dúplica. Si la alegación del reclamado contuviera una reconvencción, necesariamente se otorgará un nuevo plazo al consumidor para que pueda contestarla, para dar cumplida satisfacción así al principio de contradicción.⁶⁷⁸

b. Audiencia oral

Como se ha señalado, la forma preferida en el Sistema Arbitral de Consumo es la de audiencia oral, pues además de que los árbitros aprecian las ventajas de la inmediatez, y las partes suelen obtener una mayor sensación de defensa de sus intereses si pueden hacerse oír directamente por los juzgadores, que no si lo hace por escrito, la tramitación suele ser más rápida.

⁶⁷³ Art. 12.2 RDSAC.

⁶⁷⁴ Art. 12.3 RDSAC.

⁶⁷⁵ Arts. 21.1 LA y 10.1 RDSAC.

⁶⁷⁶ Se declara la nulidad del laudo por no constar la notificación de la citación a audiencia ni comparecer la parte al acto (SAP de Madrid, 13.07.93).

⁶⁷⁷ Para CORDÓN MORENO, *El arbitraje...*, cit., p. 99, las alegaciones son el primer acto de las partes.

⁶⁷⁸ Sobre la forma en que se pueden producir y suceder las alegaciones de cada parte, vid. las diferentes opiniones de MASCARELL NAVARRO, “Comentario”, en *Comentario breve...*, cit., p. 129, LORCA NAVARRETE, *Derecho de arbitraje...*, cit., p. 77; FONT SERRA, “La nueva configuración...”, cit., p. 370.

La regulación del trámite de audiencia en el artículo 12 RDSAC, si se exceptúa el párrafo donde precisamente se dice que puede ser realizada en forma oral o escrita, da al lector la impresión de que consiste en un acto oral, coherente además con lo que en la práctica ocurre.

Si la audiencia se celebrara en forma oral, será esta dirigida por el Presidente del CAC, quien, como es obvio, debe dar ocasión de intervenir en primer lugar al consumidor y demandante, pues es a él a quien corresponde exponer cual es su pretensión, posiblemente no concretada en la fase anterior de modo debido; seguidamente debe concederle la oportunidad de argumentar al empresario demandado. A partir de aquí no hay nada más que hacer mención del principio de contradicción, que una y otra vez debe ser mirado como referente. Las audiencias que se desarrollan oralmente en el arbitraje de consumo se caracterizan por su informalidad, sin que exista una norma única. Cada Presidente de CAC dirige la sesión según su criterio, que además suele variar dependiendo de la actitud de las partes y, también hay que advertirlo, de los demás árbitros. Se ha dicho, con razón, que es conveniente la intervención de los árbitros en estas audiencias orales, indagando y preguntando a las partes, con la finalidad de que las pretensiones de ambas sean expuestas con la debida claridad.⁶⁷⁹

Imaginar una sesión solemne donde las partes guardan silencio absoluto mientras la contraria le ataca en sus derechos e intereses, sería irreal. En ocasiones se trata de una discusión en la que los árbitros moderan los ánimos y buscan la paz entre los contendientes como primer paso antes de procurar la solución del conflicto de fondo; otras veces la actitud es de buscar un arreglo y las concesiones de un lado y otro son normales, aquí la tarea de los árbitros es menos complicada, etc. Pero se desarrolle como se desarrolle la sesión, los árbitros deben velar porque las partes tengan las mismas oportunidades de intervenir y, quizás ésto sea lo fundamental, que el justiciable tenga la sensación de que ha dicho todo lo que tenía que decir en favor de sus intereses.

La tarea de los árbitros, especialmente la del Presidente del CA debe ir dirigida a, por encima de las actitudes de las partes, ir cumpliendo los objetivos que en la teoría se expresan: 1.º—Que el actor exponga su pretensión, lo más completa posible; 2.º—Que el demandado argumente de contrario; 3.º—Que el CA junto con las partes defina el objeto litigioso, los confines de la controversia; 4.º—Que en la medida de lo posible se vayan definiendo los hechos en los que hay acuerdo, incluso que se vayan haciendo concesiones de un lado y de otro, de manera que los elementos de la controversia vayan siendo cada vez menores hasta, si es posible, obtener un acuerdo total —conciliación—; 5.º—Fijados los términos de la controversia, pasar a la fase probatoria.

Sería ingenuo pensar que así de ordenado se va a desarrollar una sesión oral, pero esos son los objetivos a cumplir, aunque las partes vayan presentando pruebas sin que nadie haya aún pedido el recibimiento a prueba del procedimiento, o aunque el demandado comience a rebatir al actor cuando éste no ha concluido, o cuando el demandado reconviene con pretensiones que no tienen cabida en el arbitraje de consumo. El Presidente, en un determinado momento, cuando estime que ya ha habido suficiente debate, intentará resumir las posiciones de uno y otro.

La complejidad del tema, la intervención de abogados en representación de alguna

⁶⁷⁹ CASAS VALLES, “Comentario”, en *Comentarios a la Ley General* (coord. BERCOVITZ), p. 31.

de las partes, etc. son circunstancias que también influirán en el desarrollo de la sesión. En cualquier caso, insisto, el principio de contradicción debe ser siempre respetado, siendo su mejor termómetro para medirlo, la sensación que el justiciable tenga de que ha sido oído todo lo que él quería.⁶⁸⁰

De todas las actuaciones el Secretario levantará el oportuno acta,⁶⁸¹ lo que es particularmente importante cuando se trata de trámites orales. Especial cuidado debe poner en recoger todo aquella circunstancia que pueda ser lesiva para alguna de las partes, especialmente las que conlleven la transgresión de alguno de los principios esenciales del procedimiento o cualquier otra que también pueda ser constitutiva de un recurso de anulación.

c. *Oposición al arbitraje*

La LA, en el art. 23.1 dispone que si las partes quisieran formular *oposición al arbitraje*, el momento adecuado para hacerlo es en las respectivas alegaciones iniciales. Como se verá enseguida, los motivos en que se puede fundar la oposición son de tal jaez que no permiten normalmente su alegación inicial. En primer lugar, porque no es lógico que el demandante vaya contra sus propios actos oponiéndose al arbitraje que él mismo está promoviendo. Y la alegación inicial es, por naturaleza, precisamente la del actor. No obstante, podría oponerse al arbitraje respecto de la reconvencción, pero en ese caso ya no estaríamos en la alegación inicial, sino en la que da respuesta a esta segunda pretensión.

En cambio, sí que tiene sentido que el demandado o reclamado, desde el principio, se oponga al arbitraje, y puede hacerlo en “su” alegación inicial, aunque ésta sea posterior a la del demandante. La única dificultad es que en ocasiones hasta que no se haya conocido y fijado debidamente la controversia no tendrá conocimiento suficiente del objeto del arbitraje y no podrá saber hasta entonces si existe alguno de los motivos de oposición.

Los *motivos* de la oposición son agrupados por el art. 23.1 LA en relativos a la competencia objetiva de los árbitros y en relativos al convenio arbitral. Sobre ellos se suscita la duda en la doctrina acerca de si tienen o no carácter tasado.⁶⁸² Las partes, por esta vía, pueden denunciar la *falta de competencia objetiva*⁶⁸³ de los árbitros, enten-

⁶⁸⁰ “El simple aviso o advertencia de la *incomparecencia* al trámite de audiencia referenciado no constituye un motivo de suspensión de dicho acto salvo en el especial supuesto previsto en el número 2 del artículo 12 citado, esto es, cuando no pudiera cumplimentarse el trámite ‘por causa debidamente justificada’, y es evidente que el ahora recurrente ni alegó ante el organismo arbitral, ni ha aducido tampoco ante esta Audiencia, razón alguna explicativa de su inasistencia...”, además de que la falta de intervención no es motivo de nulidad porque las partes pueden evacuar por escrito sus alegaciones, sin perjuicio de comparecer por medio del representante previsto en el art. 10.2 LA (SAP de Toledo, 6.07.94).

⁶⁸¹ Art. 12.5 RDSAC.

⁶⁸² Mientras CORDÓN, *El arbitraje...*, o.c., p. 101, se manifiesta en sentido contrario, señalando que en este instante se pueden promover otras excepciones procesales (falta de personalidad, litispendencia) y sustantivas (pago o prescripción), se inclina LORCA NAVARRETE, *Derecho de arbitraje...*, cit., p. 81, en sentido contrario.

⁶⁸³ Empleo la expresión “competencia objetiva” siguiendo la terminología de la LA, que la usa en un sentido impropio o, al menos, distinto del que la técnica jurídico procesal viene haciendo, pues “no parece muy acertado hablar de competencia objetiva por referencia a los árbitros, ya que las reglas de competencia objetiva se basan

diéndose que concurre este motivo cuando la cuestión litigiosa es materia indisponible —art. 1 LA— o alguna de las excluidas por el art. 2 LA. En el caso del arbitraje de consumo, procedería también apreciar este motivo si se trata de alguna de las materias indicadas en el art. 2 RDSAC.⁶⁸⁴ En definitiva, mediante este motivo de oposición se pide a los árbitros que vigilen si la cuestión litigiosa puede o no ser objeto de su actuación arbitral.

El segundo motivo es *la inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral*. Será inexistente el convenio cuando carezca de “realidad fáctica”. Nulo, entendido en un sentido amplio, comprensivo también de la nulidad relativa o anulabilidad, cuando esté falto de alguno de los elementos esenciales de todo contrato, o de los especiales que los arts. 5 a 7 LA exigen, o cuando una de las partes resulte privilegiada para designar árbitros —art. 9 LA—, o cuando sea contrario a la Ley, a la moral o al orden público. Caducado, si se ha rebasado el plazo pactado por las partes.⁶⁸⁵

Este último exige a los árbitros de consumo una especial atención pues, como ya sabemos, el convenio arbitral en esta materia se puede producir de muy diversas maneras, todas las cuales deben ser vigiladas por el CAC, aunque esta tarea ya ha debido realizarla el Presidente de la JAC en la fase preparatoria —art. 8.1 RDSAC—, pero la decisión de éste no vincula a los árbitros. Hay que comprobar entonces la vigencia de la oferta pública de sometimiento, la contestación a la solicitud de arbitraje, etc.

A mi juicio, la argumentación de la inexistencia del convenio arbitral implica que los árbitros deben comprobar si la cuestión controvertida está o no contemplada en aquel. Es decir, si existe o no un convenio arbitral que habilite a los árbitros a conocer de la pretensión planteada.

Planteada la oposición, los árbitros han de resolverla con carácter previo a la cuestión de fondo. Que ha de ser así es una lógica exigencia, aunque no se disponga en parte alguna, pues antes de decidir sobre la controversia habrán de dilucidar si tienen competencia para ello. Lo que sí es disponible por la voluntad de las partes, las disposiciones reglamentarias o acuerdo de los árbitros es si tal decisión habrá de pronunciarse separadamente o incluida en el laudo que ponga fin al arbitraje. Estos acuerdos, en cuanto que no afectan al fondo del asunto carecen de eficacia de cosa juzgada, por lo que no es preciso que adopten la forma de laudo. Ni siquiera serán recurribles en anulación.⁶⁸⁶

Si la decisión fuera desestimatoria, la oposición se podrá reproducir al recurrir en anulación el laudo,⁶⁸⁷ pues hay que tener presente que contra las decisiones del árbitro

en la existencia de una pluralidad de órganos jurisdiccionales de distinto tipo, es decir, en una previa organización jurisdiccional y en un criterio jerárquico, no aplicable en ningún caso a los árbitros” (GONZÁLEZ MONTES, “Comentario”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje* [BERCOVITZ dir.], p. 779, n. 11).

⁶⁸⁴ Para SAMANES ARA la competencia objetiva a que hace mención el 23.1 LA se refiere a lo prevenido en el art. 2.2 RDAC (*El Sistema...*, cit., p. 178).

⁶⁸⁵ MASCARELL NAVARRO, “Comentario”, en *Comentario breve*, cit., pp. 130 y ss.

⁶⁸⁶ En contra SAMANES ARA, *El sistema...*, cit., p. 178.

⁶⁸⁷ MASCARELL NAVARRO advierte que los supuestos de inexistencia y caducidad del convenio sólo pueden fundar el recurso de anulación si, haciendo un esfuerzo interpretativo, se admite su inclusión en el motivo del art. 45.1 LA: “cuando el convenio arbitral fuese nulo” (“Comentario”, *Comentario breve*, cit., p. 132).

pronunciadas en el curso del procedimiento no cabe recurso alguno, estando éstos solo reservados para impugnar el laudo.⁶⁸⁸ En cambio, la decisión estimatoria de la oposición no será recurrible y dejará expedita la vía judicial.

Una cuestión de sumo interés es la de los efectos que tiene la no alegación de los motivos indicados en el art. 23.1 LA. Es decir, ¿pueden serlo más tarde? ¿podrán ser luego objeto de recurso de anulación? CORDÓN ha elaborado una completa tesis al respecto, a la que me remito, considerando la naturaleza y los medios de oposición.⁶⁸⁹ Así se refiere a unos que se fundan en *defectos subsanables* o convalidables, respecto de los que afirma que se les debe aplicar el principio de que deben ser denunciados en el primer momento en que sea posible, entendiéndose subsanados en otro caso, por lo que no cabrá recurso de anulación contra el laudo que se dicte por esta causa.⁶⁹⁰ Otros en cambio, siguiendo con su diferenciación, se fundan en *defectos que no admiten subsanación*, como la falta de disponibilidad sobre el objeto o las causas de nulidad radical del convenio arbitral. Aquí, dice, la falta de planteamiento previo por las partes no impide que posteriormente puedan promover la impugnación del laudo, siendo defectos apreciables de oficio por los árbitros.

d. Alegaciones sobre el fondo

Por la forma en que se suele presentar la solicitud de arbitraje, un simple formulario, que apenas reserva unas líneas para exponer la pretensión del actor, las más de las veces no son conocidos los *términos de la controversia* inicialmente, aunque, a veces, de los documentos que los solicitantes del arbitraje adjuntan se puede deducir algo más. Si en la fase anterior, preparatoria del arbitraje, no se hubiera delimitado la controversia, no podrá hacerse ya sino hasta el trámite de alegaciones.

Y esta misión le corresponde a las partes. Sin embargo, si éstas no lo hacen, será competencia de los árbitros, aunque ninguna norma lo disponga así y sea la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje la única fuente en que apoyarse para así afirmarlo: “se encomienda a los árbitros, en defecto de acuerdo de las partes, la delimitación de la controversia sometida a arbitraje”.⁶⁹¹ Una vez fijada la controversia, las partes quedan vinculadas sin que puedan introducir pretensiones diferentes.⁶⁹²

⁶⁸⁸ Se rechazó la Enmienda n.º 217, de Coalición Popular, por la que se pretendía que esta decisión desestimatoria pudiera ser impugnada mediante oposición a la ejecución forzosa del laudo.

⁶⁸⁹ Así CORDÓN MORENO, *El arbitraje...*, cit., pp. 101 y ss.

⁶⁹⁰ Aquí incluye “los defectos subsanables típicos” y la falta de competencia objetiva de los árbitros, derivada del planteamiento de una relación jurídica disponible no comprendida en el convenio arbitral, pues se entenderá sanada tácitamente por la falta de denuncia y cita en igual sentido a MORENO, “Análisis crítico...”, p. 198, y a la SAP Navarra, 30.06.1994.

⁶⁹¹ Así CORDÓN MORENO, *El arbitraje...*, cit., p. 100. Afirma este autor que la delimitación de la controversia por los propios árbitros no es extralimitación a efectos de fundamentar el recurso de anulación —que se podría apoyar en el motivo del art. 45.4 LA—; añade que, a su juicio, si no es posible delimitar la controversia, dictarán laudo expresando la imposibilidad de decidir la cuestión de fondo, pues los árbitros no pueden crear la controversia. En cualquier caso, no conviene olvidar que si los árbitros tienen plena libertad para delimitar la cuestión litigiosa, es decir, el objeto del arbitraje, estarán fijando también el contenido de su obligación.

⁶⁹² “Delimitada la cuestión litigiosa por ambas partes, éstas no pueden someter al conocimiento de los árbitros pretensiones distintas; fijada la controversia por una sola de las partes, la que instó la iniciación del procedi-

Es muy importante que los árbitros fijen, si es que las partes no lo hacen, un plazo para presentar alegaciones. Si la audiencia se celebrara oralmente, es preciso que de alguna manera el colegio determine un instante a partir del cual no se podrán efectuar nuevas alegaciones, sin perjuicio de que se continúe debatiendo sobre los hechos y fundamentos jurídicos y de todo tipo, que puedan haberse presentado antes de ese instante. Si este principio preclusivo no se estableciera podrían aportarse continuamente nuevas alegaciones de las partes que harían interminables los debates. Es preciso poner un final.⁶⁹³

e. *Reconvención del empresario*

Es en el período de alegaciones cuando la parte demandada puede introducir una pretensión *reconvencional*, que aquí se va a abordar separadamente dada su importancia. La reconvención puede haber sido formulada o anunciada ya en la fase preliminar. Con independencia de que así haya ocurrido, es aquí, en la fase de alegaciones del arbitraje, el momento más oportuno para plantearla. El CAC decidirá si la admite o no, considerando el carácter especial de este arbitraje, que requiere que la reconvención se refiera sólo al negocio jurídico en cuyo ámbito se ha formulado la demanda arbitral.

El carácter unidireccional del arbitraje de consumo desaparece aquí, permitiendo que el empresario demandado se convierta también en actor de esta segunda pretensión. Pero, como el convenio arbitral se ha formado sólo por la solicitud de arbitraje que el consumidor ha presentado, en la que se hace referencia a una concreta relación jurídica, el convenio, por muy amplia que sea la oferta o compromiso arbitral del empresario, se circunscribe sólo a dicha relación, de manera que sólo se admitirán pretensiones nacidas en el ámbito de la misma.

La mayoría de la doctrina se viene inclinando por admitirla, entendiendo por reconvención la pretensión nueva que introduce en el arbitraje quien inicialmente aparece en él como demandado-reclamado, ampliando su objeto mediante una cuestión litigiosa conexa con la inicial.⁶⁹⁴

Se puede argüir una razón⁶⁹⁵ para excluir la reconvención en el SAC, y es el carácter unidireccional que se le atribuye a este arbitraje.⁶⁹⁶ En contra se pueden aducir dife-

miento arbitral, sólo ella está vinculada por aquella delimitación, mientras que la otra parte queda obligada por los términos del convenio arbitral en el que se acordó someter a los árbitros las cuestiones litigiosas que surgieran de relaciones jurídica determinadas" (MASCARELL NAVARRO, "Comentario", en *Comentario breve*, cit., p. 130).

⁶⁹³ Art. 25.2 LA: "No obstante, los árbitros fijarán a las partes plazos preclusivos para formular alegaciones".

⁶⁹⁴ CORDÓN, *El arbitraje...*, o.c., p. 102, sosteniendo la admisibilidad de la reconvención con carácter general en todo arbitraje, advierte que no puede recibirse con la misma amplitud que en el proceso civil, donde no se exige ningún requisito de conexión entre pretensión principal y la reconvencional. Para el SAC, a favor también, CASAS VALLES, *Comentario a la Ley General...*, o. cit., p. 777.

⁶⁹⁵ No es consistente la segunda razón que señala SAMANES ARA, *El Sistema Arbitral...*, op.cit., p. 180, según la cual no debiera admitirse la reconvención porque puede coger desprevenido al actor y le perjudicará, vulnerándose el principio de igualdad —quizás mejor el de contradicción—. No existiendo normas procedimentales generales, sino que particularmente deben establecerse por las partes o por el colegio arbitral, éstos deben proveer lo que sea preciso para que no se produzca nunca una infracción de los tres principios esenciales del arbitraje, pero la solución no está en excluir y prohibir actos, sino en facilitarlos en armonía con los referidos principios.

⁶⁹⁶ Arts. 31.1 LGDCU y 2.1 RDSAC

rentes argumentos, como el de no dividir la continencia de la causa o la economía procesal.⁶⁹⁷ Pero existe, a mi juicio, un argumento fundamental y es el de que el arbitraje de consumo sólo puede iniciarse a instancia de un consumidor, pero en ningún lugar se prohíbe que posteriormente se extienda sobre toda las cuestiones litigiosas que vinculen a las partes. La constitución del SAC se hace para atender las reclamaciones de los consumidores, facilitándoles un adecuado y accesible medio de obtener justicia; pero ello no obsta a que, iniciado el arbitraje, las partes resuelvan en él todos sus pleitos, referidos a la misma relación. En este sentido es como debe pesar el principio de igualdad, y no en el contrario, como se ha señalado.⁶⁹⁸

Junto a las consideraciones anteriores se podrían efectuar otras de índole política, como es la de que no es bien recibido por los empresarios en general que ellos no puedan acceder a este sistema para dirigirse contra los consumidores —excepción hecha de la reconvencción—. Si esta vía fuera excluida, nos encontraríamos ante un inconveniente para convencer a este sector de las bondades del SAC. La unidireccionalidad, sobre la que ya se ha tratado con anterioridad, no es esencial al SAC. Así se entiende que en el arbitraje de consumo portugués no se haya recogido esta característica.

La admisibilidad de la reconvencción tiene que ver con el objeto del arbitraje, cuestión sobre la que la jurisprudencia se ha venido pronunciando en sentido favorable a que los árbitros desarrollen una interpretación espiritualista del contenido de los convenios arbitrales, considerando a sus antecedentes y la finalidad perseguida por las partes con la firma del convenio. En este sentido, aunque los límites objetivos del arbitraje son los señalados por las partes, los árbitros no deben quedar vinculados por una interpretación excesivamente literal de las palabras, sino que extenderán sus funciones arbitrales también sobre aquéllas otras cuestiones —no expresamente establecidas en el convenio, insisto— que deben considerarse implícitas por ser consecuencia lógica y obligada de la cuestión litigiosa principal y expresada por las partes.

Esta es la idea que ha sido considerada en la sentencia de un recurso de anulación contra un laudo pronunciado en un arbitraje de consumo, donde el empresario reconvino, y donde se estimó que la relación contractual es toda una y que no puede ser objeto de arbitraje sólo uno de los lados de la misma, el derecho de una de las dos partes, pero no el derecho de la contraria, con el que se encuentra firmemente ligado.⁶⁹⁹

Formulada la reconvencción, el colegio arbitral debe dar ocasión al demandado para que pueda contestarla, como exigencia del principio de contradicción.

f. *Conciliación entre las partes*

El afán de conducir la controversia a la solución lo más amistosa posible es lo que

⁶⁹⁷ Argumentos dados por SAMANES ARA, *El Sistema...*, o.c., p. 181, quien señala además que en la práctica así se viene haciendo, mostrándose partidaria de que se acepte dentro de los límites objetivos del SAC, “siempre y cuando queden a salvo los principios de igualdad y de audiencia” —debió querer decir contradicción—, por lo que piensa que el consumidor debe ser informado, siempre antes de la audiencia, de la posible reconvencción por el reclamado, debiéndose suspender el procedimiento para que pueda preparar su defensa.

⁶⁹⁸ SAMANES ARA, *El Sistema Arbitral...*, op. cit., p. 180.

⁶⁹⁹ SAP de Navarra, de 24.12.1996.

ha propiciado, sin duda, que el RDSAC contemple la conciliación como lo hace:⁷⁰⁰ que los árbitros intenten conciliar a las partes y que la conciliación se recoja en el laudo.

Esto precisa algunos comentarios. En primer lugar, la conciliación que se contempla aquí es la que se puede obtener en el trámite de audiencia —es de suponer que sea oral, no audiencia escrita, donde difícilmente podrán intentar los árbitros conciliar a quienes no están presentes—. Sin embargo, ¿qué ocurre con la que puedan alcanzar las partes transcurrido dicho período?; no olvidemos que el desistimiento bilateral puede producirse en cualquier momento antes de dictarse el laudo,⁷⁰¹ y tras esta figura siempre existe algún acuerdo entre los contendientes relativo al fondo.

En segundo lugar, la disposición dice que el colegio “podrá intentar la conciliación”. Esto significa que no es un deber de los árbitros, sino una facultad que ejercitarán con la debida prudencia.⁷⁰² ¿Significa ésto que el acuerdo que las partes alcancen sin mediación de los árbitros no se reflejará en el laudo? Por otro lado, ya se ha dejado señalado en otro lugar más arriba, lo preocupante que puede ser que en una misma mano se reúnan funciones mediadoras y decisoras.⁷⁰³

Por último, en cuanto que la conciliación no es una decisión de terceros, es criticable que la misma pueda ser recogida en el laudo que, por su naturaleza, consiste en la voluntad decisoria de los árbitros. Posiblemente lo que se ha pretendido es que este tipo de acuerdo puede alcanzar el efecto de cosa juzgada que se señala para todo laudo, para así evitar que posteriormente, como consecuencia de un incumplimiento de lo acordado el consumidor se vea otra vez compelido a acudir a la vía arbitral o a la judicial. Por el contrario, del modo establecido en el RDSAC, el acuerdo, al estar plasmado en el laudo, es directamente ejecutable.

D. La prueba

Al período probatorio se dedican los tres primeros párrafos del art. 13 RDSAC que poco añaden al régimen general normativo de la LA, ya de por sí escaso, comprendido en los artículos 26 a 29 de dicho texto. La falta de normas en este punto habrá de ser resuelta por la voluntad de las partes o por acuerdo del CAC, siendo esto último lo más frecuente.⁷⁰⁴

La apertura del período probatorio se producirá a instancia de parte o de oficio por decisión del CAC. La solicitud de la parte puede ser denegada por los árbitros, sin

⁷⁰⁰ Art. 12.4 RDSAC: “En el trámite de audiencia, el Colegio Arbitral podrá intentar la conciliación entre las partes, que, de lograrse, se recogerá en el laudo”.

⁷⁰¹ Art. 31 LA.

⁷⁰² Para DÍAZ ALABART, “El arbitraje...”, cit., p. 177, en cada caso se valorará la utilidad de intentar o no la conciliación, que no será oportuno cuando las posiciones sean irreductibles.

⁷⁰³ Pide SAMANES ARA, *El Sistema...*, o.c., p. 177, prudencia y eficacia a los árbitros, considerando que no es operativo una mera exhortación formal y formularia, y que no deben excederse “ni mucho menos adelantarse el contenido del laudo, porque de ser así, alguna de las partes podría verse compelida a transigir, y los árbitros perderían la imparcialidad que debe caracterizar su actuación”.

⁷⁰⁴ Art. 21.2 LA.

que le quede otro remedio al interesado que el recurso de anulación del laudo.⁷⁰⁵ En cuanto al momento en que se debe recibir el arbitraje a prueba, parece obvio que nunca será antes de que se hayan formulado las alegaciones iniciales.⁷⁰⁶

En el arbitraje de consumo no suele realizarse una declaración formal de recibimiento del pleito a prueba, sino que casi desde el principio las partes van presentando pruebas, fundamentalmente escritas, acreditativas de los hechos que van alegando. Cuando el trámite de audiencia ya ha avanzado lo suficiente, los árbitros o las partes suelen apreciar la necesidad de la práctica de alguna prueba más, no aportada hasta ese instante, normalmente de carácter pericial.

Ordinariamente, para responder al principio de gratuidad del Sistema Arbitral de Consumo, los CAC suelen acordar de oficio la práctica de las pruebas, aunque en realidad la hayan sido pedidas por alguna parte, pero es de ese modo como su coste será cubierto por la JAC. El art. 13.2 RDSAC dice que “las pruebas acordadas de oficio, serán costeadas por la Administración de la que dependa la Junta Arbitral de Consumo, en función de sus disponibilidades presupuestarias”, mientras que el 13.3 dispone que “los gastos ocasionados por las pruebas practicadas a instancia de parte serán sufragados por quienes las propongan y las comunes por mitad, salvo que el Colegio Arbitral aprecie, en el laudo, mala fe o temeridad en alguna de las partes, en cuyo caso podrá distribuir en distinta forma el pago de los mismos”. Esto último no es sino una aplicación más del art. 35.2 LA; la novedad que introduce el RDSAC es la que ya se ha indicado de la gratuidad de las acordadas de oficio. Pero la redacción del art. 13.3 RDSAC parece que no permite que las pruebas acordadas de oficio puedan ser costeadas por las partes, ni aún en los supuestos de mala fe o temeridad, pues en él sólo se está haciendo referencia a las pruebas propuestas a instancia de parte. Ello constituiría otra novedad más sobre el 35.2 LA.

La proposición de pruebas que hagan las partes debe proporcionar datos suficientes para que los árbitros puedan decidir sobre su admisión o no; es decir, que deben hacer constar los hechos que quieren probar por medio de cada prueba y justificar la corrección en la obtención de la fuente de prueba.

El CAC, en principio, admitirá todas las pruebas que sean pertinentes —art. 13.1 RDSAC y 26 LA— y admisibles en Derecho —art. 26 LA—. Se admitirán como pertinentes aquellas que se refieren a hechos relacionados con la cuestión litigiosa. Admisibles en Derecho son todas las pruebas que no son contrarias a las leyes, poniendo en relación el art. 26 LA con el 44 del mismo texto, entendiendo que no lo son las obtenidas con respeto a las libertades y derechos fundamentales —art. 11.1 LOPJ— y las que cumplan las exigencias de los arts. 565 y 566 LEC; es decir, que además de la pertinencia se requiere que la prueba sea necesaria —que no verse sobre hechos no controvertidos— y útil o idónea —que sirva para probar lo que se pretende—. ⁷⁰⁷

⁷⁰⁵ MASCARELL NAVARRO, “Comentario”, *Comentario breve*, cit., p. 144.

⁷⁰⁶ El principio de contradicción impone que “no se puede obligar a las partes a proponer todos los medios de prueba antes de conocer, al menos, las alegaciones iniciales del contrario”, no pudiendo acordarse así ni por las partes, ni por los árbitros ni por el reglamento de la corporación o asociación (MASCARELL NAVARRO, “Comentario”, *Comentario breve*, cit., p. 129, nota 29 y p. 143).

⁷⁰⁷ Es innecesaria la prueba pericial consistente en un informe jurídico, a fin de sustituir la voluntad de los árbitros en el laudo, de equidad, por el informe pericial jurídico (SAP de Vizcaya, 21.12.93).

La decisión del CA admitiendo o denegando alguna prueba propuesta no es recurrible, pero puede hacerse valer al impugnar el laudo, que, como se verá, debe incluir relación de pruebas practicadas —arts. 32.1 LA y 16.1.e RDSAC—. ⁷⁰⁸ Y es que realmente no todas las pruebas propuestas deben ser practicadas, sino las admitidas por el Tribunal Arbitral: la inadmisión de una prueba no implica necesariamente la ausencia de garantías y principios esenciales del procedimiento, siendo preciso examinar si ello produjo una efectiva indefensión con relación causal en la decisión de la controversia citada. ⁷⁰⁹

De oficio pueden acordarlas los árbitros, en cualquier instante del procedimiento, pues nada obsta a ello. Tal decisión puede ser adoptada tanto durante la fase de audiencia como en el período probatorio, incluso concluido éste, a modo de diligencia para mejor proveer. ⁷¹⁰

La práctica de la prueba se realizará con absoluto respeto al principio de contradicción, debiendo citarse a las partes para que por sí mismas o debidamente representadas puedan intervenir —arts. 13.1 RDSAC y 26 LA—. ⁷¹¹ La representación, huelga abordar aquí nuevamente el tema, sólo podrá hacerse recaer sobre Abogado en ejercicio —art. 21.2 LA—. Para que la previsión anterior pueda llevarse a efecto es indispensable que la citación se realice con la suficiente antelación, no existiendo ninguna previsión legal al respecto, de manera que será el prudente criterio del CA quien lo determine.

En ninguna parte se regula la duración de este período, de manera que el CA la fijará, eso sí, con la debida prudencia, habida cuenta de la rapidez con que se debe dictar el laudo.

Tampoco existe ninguna disposición que regule la concreta práctica de cada medio probatorio, no pareciéndome la remisión a la LEC el criterio único. Así, a modo de ejemplo, entiendo absolutamente impropio el reconocimiento sorpresivo de libros y papeles de los litigantes regulado en el art. 571 LEC, salvo que se haya pedido el auxilio judicial y sea la comisión del Juzgado la que se persone en el domicilio donde se encuentren. Considero que los árbitros carecen de facultad —*potestas*— para ello.

En cuanto al principio de inmediación, no se encuentra exigido en ninguna parte,

⁷⁰⁸ La denegación de prueba pericial, para que constituya una causa de nulidad del laudo precisa de la argumentación adecuada que explique por qué genera indefensión en la parte, no bastando un genérico recurso, pues la denegación de prueba no necesariamente produce indefensión (SAP de Vizcaya, 21.12.93).

⁷⁰⁹ SAP de La Coruña, 15.03.95, que sostiene que es preciso acudir al art. 24.2 CE y, en consecuencia, apreciar como el derecho a utilizar los medios de prueba para ejercitar el derecho de defensa y el derecho a no sufrir indefensión hacen que no exista un derecho absoluto a la prueba, sino sólo a la que sea útil y adecuada. En definitiva, se requiere que se haya producido una verdadera indefensión, que se hubiera instado su subsanación en la instancia en que se cometió la falta, y que no sólo sea la parte que alega la falta de prueba la responsable de que la misma no se hubiera practicado, a pesar de que se comprometió a ello, sin que en ningún instante del procedimiento protestara por su omisión (SAP de Vizcaya, 11.02.92).

⁷¹⁰ La SAP de Sevilla, 4.11.93, entiende que caben las pruebas de oficio, como diligencias para mejor proveer, a las que se aplicarían lo prevenido en los arts. 340 y ss. LEC. En contra MASCARELL NAVARRO, “Comentario”, *Comentario breve*, cit., p. 147.

⁷¹¹ Sin embargo, la STS 30.01.87 y la SAP de Sevilla, 4.11.93, que recoge a aquélla, consideran que las pruebas acordadas por los árbitros tras el período probatorio concedido a las partes, como si de unas diligencias para mejor proveer se trataran, pueden practicarse prescindiendo de las partes.

aunque parece que es el que inspira la LA en cuanto el art. 28 LA prevé que se pueda repetir alguna prueba en caso de sustitución arbitral. Por este motivo entiendo que para que la prueba se practique válidamente el CA debe estar constituido en pleno, sin que pueda faltar ninguno de sus miembros.⁷¹²

La excepción al principio de inmediación sólo puede acontecer en el caso de que sea precisa la sustitución de un árbitro y, aun así, sólo en el caso de que el nuevo árbitro estime que no es necesaria la repetición de la prueba, considerándose suficientemente instruido por la lectura de las actuaciones —art. 28 LA—. ⁷¹³

Una excepción más acontecería en el supuesto de auxilio judicial para la práctica de pruebas, en los términos que se señalan en el art. 43 LA, por remisión del 27 del mismo texto.⁷¹⁴

E. Eventual segunda audiencia

Hay una especialidad en el arbitraje de consumo que se establece en el art. 12.2. RDSAC, consistente en la posibilidad de convocar *nueva audiencia*: “Si por causa debidamente justificada no pudiera cumplimentarse el trámite de audiencia, el Colegio Arbitral señalará una nueva fecha para su práctica”. Este párrafo introduce una excepción a la preclusividad que la LA establece con carácter general en el art. 25.2: “... los árbitros fijarán a las partes plazos preclusivos para formular las alegaciones”.

⁷¹² Al respecto existe disparidad de opiniones. Vid. MASCARELL NAVARRO, “Comentario”, *Comentario breve*, cit., p. 147; SAMANES ARA, *El sistema...*, cit., p. 184; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, “Comentario”, en *Comentarios...* (coord. BERCOVITZ), cit., p. 442.

⁷¹³ “Denunció la parte recurrente el hecho de prestar confesión la contraria ante sólo dos de los árbitros que compusieron el Colegio por ausencia del Presidente del mismo. Es un tema discutido en la doctrina el de la inmediación que, si no ofrece ningún género de dudas cuando se trata de un sólo árbitro el cual deberá necesariamente presenciar y dirigir todas las pruebas, sí las ofrece en el caso de un Colegio Arbitral; mantiene un sector que debe practicarse toda la prueba a presencia del Colegio íntegro, otro entiende que no es necesaria la presencia de todos los árbitros, solución ésta la más lógica a juicio de esta Sala.

“Así lo avalan las siguientes consideraciones: a) el art. 28 de la LADP señala: ‘si en el curso del arbitraje se incorpora un nuevo árbitro en sustitución de otro anterior, se volverán a practicar todas las pruebas que se hubiesen realizado con anterioridad, salvo si el árbitro se considerara suficientemente informado por la lectura de las actuaciones’, precepto muy criticado por el sector doctrinal que mantiene a ultranza el principio de inmediación del Colegio Arbitral como un todo, pero lógico si tenemos presente que muchas de las pruebas o son irrepetibles con la espontaneidad de la primera vez que se practican (confesiones y testificales, al conocer sus protagonistas el contenido y sentido de posiciones y repreguntas) o es innecesaria su repetición al entrañar mera reiteración de lo ya evacuado (caso de una pericial técnica, a salvo aclaraciones nuevas no pedidas, que tienen su propio tratamiento); del mismo se infiere que el nuevo árbitro puede resolver con el resto del Colegio sin haber presenciado la práctica de la prueba; b) en una interpretación integradora del ordenamiento jurídico en relación con los arts. 205 y 254 de la LOPJ y 708, 709, 402, etc., de la LEC, en que se otorga al Ponente una serie de facultades y cometidos como propios, dentro de la estructura colegiada de los Tribunales de Justicia, con el resultado de ser el Ponente, en lo que aquí interesa, quien personalmente se encarga de la práctica de la prueba sin que a la misma asista toda la Sala; c) un argumento de derecho comparado es el art. 816, párr. 4.º, del *Codice di Procedura Civile* italiano, el cual prevé que los actos de instrucción sean delegados por los árbitros a uno de ellos.

“Consideraciones que inclinan a esta Sala por considerar que no es esencial la presencia del Colegio Arbitral íntegro en la práctica de la prueba, ni la ausencia de uno de sus miembros causa de nulidad del Laudo Arbitral” (SAP de Vizcaya, 21.12.93).

⁷¹⁴ Dice BADENAS CARPIO, “El procedimiento arbitral...”, cit., p. 103, que lo solicitará el presidente del CAC.

El Real Decreto no puede modificar a la Ley de Arbitraje. Y yo entiendo que no lo hace. Hay un plazo que, en último extremo, resulta preclusivo: los tres meses que indica el art. 12.1 RDSAC. Dentro de esos tres meses se puede convocar la audiencia y, si concurre una razón justificada, siempre a juicio del CAC, se señalará una nueva fecha —si la primera convocatoria la pudo hacer el Presidente de la JAC o el Presidente del CAC, esta nueva lo será por acuerdo del Colegio Arbitral—, pero siempre dentro de los tres meses expresados, transcurridos los cuales habrá precluido el trámite de audiencia. La causa justificada puede ser cualquiera que al CAC le parezca justa, desde la imposibilidad de asistir alguno de los árbitros, a la imposibilidad de asistir alguna de las partes, pasando por problemas derivados de alguna recusación, razones de fuerza mayor, conveniencia de que asista algún perito o algún testigo, etc. Esta norma introduce una flexibilidad en estas cuestiones de forma que, si es utilizada con la debida prudencia, servirá a una mayor justicia.

Diferente es el supuesto de *una nueva audiencia*, posterior a la período de pruebas, previsto tanto por la LA como por el RDSAC.⁷¹⁵

En todo caso se desarrollará después de la fase probatoria y, habiendo precluido la de alegaciones, parece que se debiera limitar a la valoración de las pruebas practicadas,⁷¹⁶ puestas en relación con las propias afirmaciones y con las de la contraria, sin que en ningún caso se permita introducir nuevos argumentos.

No estando fijada la forma en que se debe desarrollar, a pesar de que la disposición indicada usa la expresión “oír”, se puede celebrar tanto en forma escrita como en forma oral, según acuerde el CAC.

En realidad estamos ante una facultad discrecional de los árbitros, que ponderarán si es necesario o conveniente este trámite, nuevo esfuerzo económico de la JAC.

F. Laudo

El laudo es el acto de los árbitros que ponen fin al arbitraje. Cuando las partes formalizaron el convenio arbitral y cuando los árbitros aceptaron actuar como tales, unos y otros tenían en mente la producción de este acto. Los primeros, las partes, acuden al arbitraje para solicitarlo, los segundos, los árbitros, para darlo. Coherentemente con todo lo que hasta aquí se ha venido sosteniendo, dictar el laudo es una obligación a la que quedan sujetos los árbitros, que para quedar liberados de la misma deben cumplirla con respeto a una serie de condiciones, que seguidamente se verán, todas las cuales tienen que ver con que el Laudo debe poner fin definitivamente a una controversia concreta y servir de título de ejecución en caso de que no sea cumplido el mandato que conlleva.

Entiendo que las denominadas decisiones interlocutorias no son laudos sino meras decisiones o actos de los árbitros. En ese sentido pueden citarse la decisión de los árbi-

⁷¹⁵ Arts. 29 LA y 13.4 RDSAC

⁷¹⁶ “... cuando quede algún punto oscuro susceptible de ser aclarado a través de las manifestaciones de las partes [...] cuando mediante esta audiencia se estime que va a poder cumplirse una función semejante a los escritos de conclusiones o resumen de pruebas previstos para los procesos ordinarios, es decir, ilustrar a los árbitros sobre el resultado, a juicio de las partes, arrojado por las pruebas practicadas” (SAMANES ARA, *El Sistema...*, cit., p. 186).

tros admitiendo la oposición al arbitraje —23.2 LA— o la de admisión o inadmisión de prueba. Si fueran laudos, serían susceptibles de recurso de anulación y no me parece que este tipo de decisiones puedan alcanzar tal recurso.⁷¹⁷ Por eso, sin querer entrar en una discusión terminológica, no me parece que la expresión “laudo” sea la más adecuada para este tipo de decisiones, de mayor o menor importancia y trascendencia para el arbitraje, pero que en modo alguno pueden confundirse con la decisión final que pone fin al arbitraje y con él también a la controversia, por más que se le quieran añadir “interlocutorio”.

Existen numerosas resoluciones que pueden dictar los árbitros a lo largo del arbitraje, debiendo entenderse por LAUDO aquella que pone fin al arbitraje y que, por tanto, es susceptible de recurso de anulación, ponga término o no a la cuestión litigiosa. Las que no responden a esta idea, como las que admiten o deniegan pruebas, la recusación de árbitros, la denegación de una representación, etc., no deben tenerse por laudo a los efectos de este apartado.

Desde la óptica de los árbitros, cuando éstos aceptaron el arbitraje asumieron como obligación principal⁷¹⁸ la de dictar el laudo, junto con otras más, todas accesorias de ésta: plazo y lugar en que debe dictarse, tramitación mínima que debe seguirse hasta entonces, notificar sus decisiones, practicar pruebas, oír a las partes, etc. Esto significa que no pueden responder al compromiso que han asumido con un *non liquet*: están obligados a dictar una resolución, la que sea, poniendo fin a todos y cada uno de los puntos controvertidos. Si así no lo hacen, incurren en las responsabilidades que ya han sido señaladas más atrás.

Si el colegio arbitral no llegara a dictar el laudo por no llegar a obtenerse una decisión mayoritaria, aquellos árbitros que sí pronunciaron la suya, podrán verse liberados de la misma, pues ellos sí que cumplieron su obligación de laudar. Aquellos otros que con su abstención impidieron la formación de la mayoría suficiente, son los responsables máximos del incumplimiento. No puede producirse una falta de acuerdo en el colegio porque cada árbitro haya sostenido un diferente criterio porque, como veremos, el presidente del colegio goza de voto de calidad.

a. *Clases de laudo*

Laudo *definitivo* sería aquel que resulta inalterable, pues los árbitros ya lo han firmado y ha sido depositado en la sede de la JAC —dejando a salvo las posibles aclaraciones y correcciones a que se refiere el art. 36 LA—. Sólo devendrá en *eficaz* cuando haya sido debidamente notificado a las partes, instante a partir del que nace para éstas la obligación de cumplirlo —art. 53 LA—. El carácter de *firme*⁷¹⁹ lo alcanzará cuando ya no quepa recurso de anulación contra el laudo, ya por haber transcurrido el plazo para promover el recurso de anulación sin que nadie lo haya hecho, ya por haber sido

⁷¹⁷ No cabe recurso de anulación cuando se entiende que no es un laudo por no ser verdadero arbitraje (SAP de Córdoba, 20.09.96).

⁷¹⁸ BARONA VILAR afirma que esta obligación tiene una vertiente genérica y otra específica (“Comentario”, *Comentario breve...*, cit., p. 159).

⁷¹⁹ Aplicando analógicamente lo prevenido para la sentencia judicial, como acontece con el art. 369 LEC.

desestimado el recurso de anulación en la Audiencia Provincial, decisión contra la que ya no cabe ningún tipo de recurso más (49.2 LA); contra éste rango de laudo ya sólo resta el recurso de revisión, en los plazos y formas que se prevén para la sentencia.

Atendiendo al tiempo en que se produce el laudo, podríamos llamar *extemporáneo* al que es dictado fuera del plazo inicial o de sus sucesivas prórrogas, o el que es dictado dentro de plazo pero estando suspendido el arbitraje. Existen dudas sobre la validez de este Laudo, es decir, sobre su nulidad o anulabilidad, por tanto, sobre si es precisa o no su anulación a través del preceptivo recurso.⁷²⁰

También se puede diferenciar entre *laudo de Derecho* y *laudo de Equidad*, según sean pronunciados en un arbitraje de Derecho o de Equidad, respectivamente. La única trascendencia de esta diferenciación reside en que el primero necesariamente debe estar motivado y el segundo no, de lo que se tratará más adelante.

Un tipo de laudo que es característico del arbitraje de consumo es el denominado *laudo conciliatorio*, si bien este término ha sido acuñado por el INC, no figurando así en el RDSAC, en cuyo artículo 12.4 se dice que “en el trámite de audiencia, el colegio arbitral podrá intentar la conciliación entre las partes, que, de lograrse, se recogerá en el laudo”.

Dejando a un lado la figura anterior, los laudos pueden ser clasificados, del mismo modo que se hace con las sentencias, en *absolutorio* y *condenatorios*; estos últimos se pueden subclasificar en *merodeclarativos*, *constitutivos* y *de condena*, atendiendo a su decisión, la cual dependerá de si la pretensión era merodeclarativa, constitutiva o de condena, respectivamente. Los de condena serán los más frecuentes en el arbitraje de consumo, siendo además los únicos que pueden requerir de un proceso de ejecución.

b. *Adopción del laudo*

La formación interna del laudo interesa en aquellos supuestos en los que, como en el arbitraje de consumo, son tres o más los árbitros que intervienen. Son pocas, aunque suficientes, las normas que la LA y el RDSAC dedican a la materia. En ellas palpita la preocupación del legislador porque las partes no resulten insatisfechas en su derecho a obtener un laudo. No existen normas sobre cómo se debe desarrollar la deliberación y la votación; si se trata de una institución arbitral ésta podrá regularlo en su reglamento. Así pues, el colegio arbitral actuará con flexibilidad en el debate y votación, aunque en el arbitraje de consumo, puesto que existe un Presidente, al que algún cometido y responsabilidad específicos se le atribuyen en el RDSAC, parece lógico que sea éste quien dirija la sesión, relate las cuestiones sometidas a arbitraje y decida el orden en que se habrán de discutir y votar.

La decisión se adoptará por mayoría —art. 34 LA y 15 RDSAC—. Como el CA lo componen tres árbitros, basta con dos votos para alcanzarla. El laudo será firmado por todos los árbitros —arts. 33 LA y 16.1.i RDSAC—, no cumpliendo éstos completamente con su obligación de laudar hasta que no estampen su firma en el laudo. La

⁷²⁰ Arts. 30.2 y 45.3 LA.

firma equivale al voto favorable al sentido en que el laudo está redactado, de manera que si uno de los árbitros quiere dejar sentado su voto en contra, así habrá de manifestarse en el laudo, pudiendo incluso elaborar un “voto particular” o, simplemente, “hacer constar su parecer discrepante” —arts. 33.1 LA y 16.1.h RDSAC—. La negativa de uno de los árbitros a firmar será interpretada, *ope legis*, como un voto en el sentido de la mayoría. Con esta norma el legislador, preocupado por lo que venía aconteciendo durante la vigencia de la LADP en que el árbitro disidente podía boicotear el arbitraje con su negativa a firmar, pues la mayoría de la doctrina del TS entendía que era necesaria la presencia y firma de todos los árbitros para poder dictar el laudo,⁷²¹ optó por recoger la sentada en la STS de 14 de octubre de 1986, que entendía que la validez del laudo no podía quedar condicionada a la voluntad del árbitro que renunciaba. Consecuentemente el art. 33.1 LA dispone que “si alguno de los árbitros no lo firmase, se entenderá que se adhiere a la decisión de la mayoría”.

Este régimen se completa con lo prevenido en los arts. 34 LA y 15 RDSAC, según los cuales en caso de empate dirime el voto del Presidente. La virtualidad de esta norma⁷²² reside en la eventualidad de que cada uno de los tres árbitros mantenga una posición diferente. En ese caso tiene voto de calidad el Presidente, plegándose a su criterio las otras dos opciones. Aún más, en el supuesto de que uno de los árbitros se abstuviera o se negara a firmar, el voto del Presidente sería preferido al del otro árbitro, entendiéndose además, por el juego del art. 33.1 LA, que el voto del árbitro rebelde respalda al del Presidente que, por su condición de voto de calidad, es mayoritario a todos los efectos. Si la rebeldía se extendiera al tercer árbitro, igualmente el voto de calidad del Presidente del CA decidiría la contienda, interpretándose que los otros dos votan con él.

Significa ésto que sólo se consiente una actitud de los árbitros, la de votar y firmar el laudo, pues la negativa a votar o a firmar equivale a la abstención y, en cuanto tal, se tomará como voto favorable al emitido por el Presidente. Parece que el que nunca puede abstenerse será este último.

A mi juicio, la negativa de un árbitro a votar o a firmar el laudo, que desde el punto de vista del cumplimiento de su obligación de laudar es lo mismo, facultaría —aunque quizás se trate de un deber— al Presidente de la JAC a excluirlos de las listas de árbitros, por ser una forma más de incumplimiento de la obligación de dictar el laudo dentro del plazo establecido, en interpretación del artículo 14 LA.

En materia de arbitraje de consumo frecuentemente se produce la situación de duda, pues actor y demandado sostienen posiciones totalmente irreconciliables, con falta de pruebas en uno y otro sentido, sin que los árbitros sepan a cual darle la razón; incluso en ocasiones los vocales correspondientes a cada uno de los sectores implicados —consumidores y empresarios— optan por apoyar a la parte que ellos consideran que deben favorecer, por afinidad —extraña forma de repartir el *onus probandi*—, quedando el presidente del colegio en la tesitura de que su opinión será la dirimente. Y aquí no cabe una abstención. Es preciso decidir, con criterios de justicia, que no nece-

⁷²¹ GONZÁLEZ MONTES, “Comentario”, cit., p. 780.

⁷²² No obstante, BARONA VILAR señala que no puede existir empate si los árbitros son siempre número impar (“Comentario”, cit., p. 178).

sariamente tienen que coincidir con los legales —salvo que se hubiera optado por el arbitraje de Derecho— con lo que aquí no cabe aplicar las normas sobre carga de la prueba que rigen en el proceso. Esta última afirmación la hago consciente de que con ella, contrariamente a lo que pueda parecer, no libero de ningún peso al árbitro, sino al contrario, pues en esos casos de máxima duda contar con alguna norma, como pueden ser las reguladoras de la carga probatoria, constituye un alivio.

Nada se dice sobre quien debe cumplir la tarea de redactar el laudo, siendo en la práctica del arbitraje de consumo tarea que asumen los Presidentes de los CAC. En cualquier caso estimo que la redacción del laudo nunca debe corresponder a quien fue vencido en la votación.

c. *Plazo para dictar el laudo*

La obligación de laudar se debe cumplir dentro del *plazo* que se señale. De un lado, el plazo constituye el tiempo durante el cual las partes no podrán acudir a la vía judicial, en la que podrán utilizar la excepción de litispendencia; pero también es el tiempo que los árbitros tienen para cumplir su obligación, cuyo incumplimiento genera responsabilidad. El art. 30.1 LA establece un plazo de seis meses. Cuando se trate de un arbitraje administrado, como ocurre en el de consumo, el reglamento que lo rija podrá establecer un plazo diferente, con tal de que goce de la suficiente difusión, de manera que árbitros y partes lo conozcan desde un principio. Como es sabido, el art. 14 RDSAC dispone que el plazo será de cuatro meses.⁷²³

La LA permite que las partes fijen una duración diferente de los seis meses por ella señalada. Para que esto pueda ocurrir es preciso que los árbitros conozcan esta novedad antes de aceptar su función arbitral, debiéndolo aceptar expresamente. Como se acaba de recordar, desde la perspectiva de los árbitros, el plazo es el lapso de tiempo en el que deben realizar todas las tareas que su obligación de laudar conlleva —aunque la perspectiva de las partes, sobre todo en el arbitraje de consumo, sea el tiempo que tienen que esperar a que su problema sea resuelto—.

Como nos movemos en el terreno del cumplimiento de las obligaciones, es lógico que quienes la tienen que cumplir sean libres de aceptar o no esta condición de índole temporal. Por la misma razón, no puede quedar al arbitrio exclusivo de quien debe cumplirla. Una vez fijado el plazo, los árbitros podrán adelantar su cumplimiento y laudar en menor tiempo, sin agotarlo, pues además de que al obligado se le debe conceder la posibilidad de que se libere de su obligación lo antes posible, es de imaginar que las partes se verán favorecidas por una resolución pronta de su controversia.

Pero dentro de esta autonomía de la voluntad en lo que al plazo se refiere, brota la duda de si las partes que acuden al SAC pueden proponer y los árbitros aceptar un plazo más breve que los cuatro meses que el RDSAC fija.

Cosa diferente es la *prórroga del plazo*, que nunca depende de la voluntad de los árbitros, sino de las partes, acreedoras. Para que el plazo resulte prorrogado es neces-

⁷²³ Quiero dejar constancia aquí de que se ha planteado la duda, sin llegar a una solución definitiva, acerca del valor que debe tener el laudo dictado más tarde del plazo marcado por el reglamento de una institución arbitral, pero antes de transcurridos los 6 meses que señala la LA (vid. REGLERO, o.c., pp. 114 y ss.).

rio que concurren estas tres condiciones: 1.—Que todas las partes litigantes así lo convengan. 2.—Que dicho acuerdo le sea notificado a los árbitros. 3.—Que la notificación le llegue a los árbitros antes de que expire el plazo inicial.⁷²⁴

El acuerdo de prórroga —que siempre revestirá forma escrita, por aplicación del art. 6 LA, pues el tiempo también forma plazo del convenio arbitral—, no tiene por qué producirse en un sólo acto, sino que cada una de las partes puede remitir un escrito a la JAC en que así expresen su deseo: si el convenio arbitral puede formarse mediante sucesivas cartas —art. 6.2 LA—, con más razón la modificación de una de las condiciones de cumplimiento de la obligación principal. Obviamente, la manifestación de las partes⁷²⁵ concediendo la prórroga no se producirá espontáneamente, sino como consecuencia de que los árbitros, conscientes de que en un concreto supuesto no van a poder laudar en los cuatro meses establecidos, invitarán a las partes a que les concedan la prórroga.

Esa invitación puede producirse en el curso de una audiencia, en ese caso el secretario dejará constancia de la petición hecha por los árbitros, de la voluntad de cada una de las partes concurrentes, así como de que en ese acto quedan enterados los árbitros del nuevo plazo. Pero puede ocurrir que el colegio arbitral solicite la prórroga por carta o por teléfono u otro medio de comunicación; en este supuesto será en el que las partes remitirán por escrito sus respectivos consentimientos a la prórroga. Para que la concesión de la prórroga tenga validez, deben tener entrada los escritos en la secretaría de la JAC antes de que venza el plazo inicial. Aunque la LA dice que la notificación debe llegar a los árbitros, no es necesario que les llegue a su domicilio particular, sino a la sede del colegio que, en todo caso, será la de la JAC.

La prórroga tiene que referirse a un nuevo y concreto plazo, porque si no se determina su duración, el cumplimiento de la obligación quedará al criterio, precisamente, de quien debe cumplirla, lo que no debe ocurrir, cuando menos, en los casos de arbitraje en que se ha asumido el compromiso de satisfacer un derecho fundamental. En el hipotético supuesto de que los escritos concedieran plazos diferentes, la prórroga se entenderá hecha por la de inferior duración, pues hasta ahí se ha producido la coincidencia de voluntades de las partes.

Para el cómputo del plazo, según reiterada doctrina del TS, a diferencia de la jurisdicción ordinaria, no se excluyen los días inhábiles,⁷²⁶ por aplicación del artículo 7.2 del Código Civil, si bien las partes pueden pactar lo contrario, pacto que no necesita ser expreso.⁷²⁷ El plazo se computará de fecha a fecha, con exclusión del *dies a quo*, conforme al art. 5.º del Código Civil.

Una novedad del RDSAC respecto de la LA se refiere al *dies a quo*, para el cóm-

⁷²⁴ El TS, aunque para el arbitraje de la LADP, tiene dicho que la prórroga se puede producir después de vencido el plazo originario, si las partes la efectuaban en la misma forma exigida para el compromiso arbitral (vid. REGLERO, o.c., p. 256).

⁷²⁵ Existe una abundante jurisprudencia según la cual la prórroga requiere la declaración de voluntad personal de las partes o de un mandatario con mandato expreso, no bastando un apoderamiento general. Al respecto vid. BARONA VILAR, “Comentario”, cit., p. 161.

⁷²⁶ Vid. REGLERO, o.c., p. 255.

⁷²⁷ STS de 5 de mayo de 1971.

puto del plazo. En ésta se afirma que se contará “desde la fecha en que hubieren aceptado la resolución de la controversia” —art. 30.1—, mientras que en aquél “desde la designación del colegio arbitral” —art. 14.1—. La diferencia es obvia. Para la LA se cuenta desde el día en que se produjo la aceptación del árbitro, pues en ese instante confluyen las dos voluntades, la de quien lo nombra y la del nombrado, perfeccionando el compromiso de laudar —en coherencia con esta norma, el art. 22 LA dispone que el procedimiento arbitral comienza cuando los árbitros hayan aceptado el arbitraje—. Sin embargo, el RDSAC dice que será desde que se designe al colegio arbitral, lo que acontece por decisión del Presidente de la JAC, instante con el que se inicia el procedimiento arbitral —art. 10.1—. ⁷²⁸ Pero como la notificación a los árbitros de que han sido designados como tales no es inmediata, en realidad éstos cuentan con un plazo inferior a los cuatro meses para laudar. Si además se produjera algún inconveniente como podría ser la no aceptación de uno de los designados, o la imposibilidad de actuar, o su abstención, etc., los días seguirían discurriendo en detrimento del plazo. Ante esta minoración del plazo real para arbitrar, se corre el riesgo de que el colegio no dicte el laudo en el tiempo exigido, con lo que se incurrirá en la responsabilidad a que se refiere el artículo 16.1 LA, donde se afirma que “en los arbitrajes encomendados a una Corporación o Asociación el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros”, lo que aquí no acontecería pues el retraso se produce por aplicación de la propia normativa del RDSAC, que estableció ese plazo y esa forma de computarlo, cuando pudo haberlo dispuesto de otra manera. La JAC debe asumir aquí una importante función de control del plazo de cada arbitraje, impulsando a cada colegio para que lo cumpla.

Para MASCARELL, ⁷²⁹ si son varios los árbitros y no comunican conjuntamente a las partes su aceptación, el plazo no comienza sino desde la fecha en que se produjo la última notificación de aceptación. Así lo decía el antiguo 802 LEC y la jurisprudencia recaída durante la vigencia LADP, la cual no tenía norma al respecto.

Pero dicho ésto, quiero manifestar aquí mi disconformidad con esta regulación del RDSAC sobre el plazo, que tiene que ver mucho con la forma de designar los árbitros. El plazo es el periodo de tiempo que el árbitro tiene para cumplir con su obligación de dictar el laudo, razón por la cual debe conocerlo con certeza en el instante en que acepta su condición de árbitro.

Sin embargo, como ya sabemos, el Presidente de la JAC designa los árbitros de entre los que figuran en las listas que la Administración soporte de la JAC y las organizaciones y asociaciones de consumidores y empresarios facilitan. Si estas listas se mantienen debidamente actualizadas —como exige el art. 11.2 RDSAC— en la Secretaría de la JAC constará un documento de “Aceptación del cargo de árbitro” —cuyo modelo es conocido por todas las JAC—. Se trata de una aceptación genérica, pero no para el concreto caso en que sea designado por el Presidente de la JAC. Cuando esto último ocurra el árbitro debe tener ocasión de aceptar o no el específico arbitraje que se le propone, pues quizás no pueda o no quiera intervenir en el supuesto concreto; de

⁷²⁸ Como *dies a quo* se ha admitido la fecha en que el árbitro aceptó la resolución de la controversia, que debe ser la misma de la resolución de la JAC (SAP de Ciudad Real, 1.02.94).

⁷²⁹ MASCARELL, *Comentario...*, cit., p. 139.

cualquier modo, mientras no tenga conocimiento de que ha sido designado árbitro en un determinado colegio, no podrá asumir la obligación de laudar y, por tanto, entiendo que hasta entonces no debiera comenzar a correr la cuenta de los cuatro meses.

Si por cualquier circunstancia el referido documento de aceptación genérica del cargo de árbitro no constara en la JAC, difícilmente se podrá entender que la persona concretamente propuesta ha aceptado actuar como árbitro de consumo, por lo que en ningún caso puede comenzar a computarse para él el plazo de cuatro meses para pronunciar el laudo.

Por estas razones, insisto en que me parece más apropiado que el cómputo del plazo se haga, cuando menos, desde que el árbitro que previamente aceptó el cargo de modo genérico, tiene noticia de que ha sido designado para un caso concreto. Al menos esto debe ser así en lo que respecta a la responsabilidad del árbitro. Otra cosa es que el Sistema Arbitral de Consumo esté dispuesto a que los laudos se dicten en tan breve espacio de tiempo, con independencia de que el período con que realmente cuentan los árbitros para laudar sea inferior a los cuatro meses, asumiendo las responsabilidades correspondientes.

Queda por hacer alguna referencia al instante en que se entiende que se ha cumplido con la obligación de dictar el laudo. Los árbitros no se liberan de su obligación de laudar con la mera votación, ni siquiera con la redacción y firma del laudo, sino cuando éste queda oficializado en la secretaría de la JAC, pues sólo cuando resulte intervenido por un funcionario, sea otorgándole registro de entrada, sea datándolo el Secretario con su firma, el laudo devendrá en definitivo, pudiendo ser notificado a las partes y expedir cuantas copias y certificaciones sean precisas. Hasta ese instante las partes no podrían haberlo utilizado ni conocido su contenido, de manera que hasta entonces los árbitros no habrán satisfecho completamente su obligación.

La consecuencia de no dictar el laudo en el plazo establecido es rotunda: “quedará sin efecto el convenio arbitral y expedita la vía judicial para plantear la controversia” —art. 30.2 LA—, sin perjuicio de las responsabilidades que de ese hecho puedan derivarse, recordando aquí la consecuencia específica de que no pueden “ser designados árbitros quienes hubieren incumplido su encargo dentro del plazo establecido o su prórroga” —art. 14 LA—. En la vigente regulación no cabe duda de que el laudo extemporáneo constituye una causa de nulidad —art. 45.3 LA—, pero se ha propugnado que “debería haberse establecido como una excepción a la solicitud de la ejecución del mismo, excepción que habría de poder oponerse no sólo acreditando que se ha instado su nulidad, sino también como propia y específica del procedimiento de ejecución”.⁷³⁰ La duda es si este laudo extemporáneo debe o no ser recurrido, siendo nulo absolutamente.

Por último, las partes de común acuerdo pueden decidir la *suspensión* del arbitraje por un plazo cierto y determinado —art. 31 LA—. Esta suspensión significa que el arbitraje continúa existiendo, está pendiente, lo que imposibilita acudir a la vía judicial, donde se podría esgrimir la excepción de litispendencia.

⁷³⁰ REGLERO, o.c., p. 255.

d. *Forma y contenido del laudo*

La LA —art. 32.1— exige que todos los laudos tengan forma *escrita*, no admitiéndose que se dicte de viva voz, como la LOPJ consiente para algunas sentencias.

Varias disposiciones de la LA determinan cual es el contenido mínimo del laudo. Así los artículos 32.1, 33 y 35. Deben ser completados con lo prevenido en el 12.4 y en el 16 RDSAC —que, por cierto, me parece mejor ordenado y más completo que el 32.1 LA—. Además, algunos aspectos más entiendo que es aconsejable que se incluyan en el laudo, teniendo en cuenta que más tarde podrá ser utilizado por las partes para cumplirlo, para recurrirlo en anulación o para ejecutarlo.

1.—*Lugar*: El lugar donde se dicte el laudo es decisivo en la normativa arbitral porque es el elemento identificador de un laudo como español o extranjero —art. 56.2 LA—. Igualmente, la competencia territorial en los supuestos de formalización judicial del arbitraje, recurso de anulación o ejecución forzosa se definen por el lugar donde se dictó el laudo —arts. 39, 46.1 y 53 LA—. Pero, ¿cómo se determina este lugar? En el caso del arbitraje de consumo, no tiene que coincidir necesariamente con la sede de la JAC. Como éstas pueden tener un ámbito territorial comprensivo de varios Partidos Judiciales incluso de varias Provincias, me parece oportuno que el Presidente de la JAC, al designar el Colegio Arbitral, determine el lugar del arbitraje, dónde celebrará las sesiones y dónde se dictará el laudo, pues si lo hace atendiendo a un criterio de proximidad al domicilio del actor-consumidor, actuará respetuosamente con el principio inspirador del RDSAC —art. 3.3—, quien luego se verá favorecido en el supuesto de ejecución forzosa del laudo. Si así no se hiciera, la práctica generaría una situación de grave dificultad para obtener la eficacia de la justicia, deviniendo en inútil el camino arbitral seguido: mediante el arbitraje se proporciona una solución justa, rápida y gratuita al consumidor —que de otro modo ni habría acudido a los tribunales, quedando su derecho desprotegido—, pero al ejecutar lo que el laudo le ha concedido, se encuentra con que irremisiblemente debe acudir a la vía judicial con el agravante de que habrá de hacerlo en una ciudad alejada de su propio domicilio, pues las Juntas Municipales y Provinciales son las menos (el lugar del laudo puede no tener que ver nada con el del domicilio del consumidor ni con el del empresario).

2.—*Fecha*: No es decisiva la fecha que los árbitros hagan figurar en el laudo, que podrá ser la del día en que adoptaron la decisión o la del día en que firman el laudo, pues pueden no coincidir. Tanto da. Lo importante es la fecha que algún funcionario —sea el Secretario o sea un administrativo de la JAC— haga constar, pues esa es la fecha que importa para comprobar hasta qué punto han cumplido los árbitros con su obligación de dictar el laudo en el fijado, y si el laudo es, por tanto, válido o puede ser anulado. Esta fecha se hará constar mediante sello de registro de entrada o de salida, por ejemplo, en la JAC o en cualquier otra oficina pública. La fecha que los árbitros hagan constar no puede ser la relevante, pues queda a su albedrío hacer figurar una u otra, de manera que las partes resultarían indefensas en el caso de que el laudo se dicte fuera de plazo pero los árbitros hacen constar una fecha anterior, salvando su responsabilidad mediante esta actitud fraudulenta.

3.—*Circunstancias personales de los árbitros*: Se harán constar los nombres, domicilios y profesiones de los árbitros, así como en virtud de qué sector forman parte

del colegio arbitral. Deben figurar todos los datos que permitan comprobar si han sido debidamente designados, cuándo lo fueron, cuándo aceptaron el arbitraje, si se produjo alguna sustitución, etc. Datos, en definitiva, de interés para controlar, en caso de recurso de anulación, en qué modo se han respetado las previsiones legales, así como para conocer los domicilios de los árbitros en caso de una posible reclamación de responsabilidad.

También creo que en este apartado se debe dejar constancia de si se produjo algún tipo de recusación y de las consecuencias de la misma.

4.—*Circunstancias personales de las partes*: La identificación de las partes es esencial para poder conocer el alcance del laudo, así como para comprobar sus capacidades, representación y vinculación con el convenio arbitral. Los caracteres de consumidor o empresario, de demandante o de demandado, deben igualmente hacerse constar. Si actuaron mediante representante o abogado, entiendo que también debe hacerse constar, aunque no se exija, pero esta posibilidad está prevista por el art. 21.3 LA.

5.—*Convenio arbitral*: Ni la LA ni el RDSAC exigen que se haga alguna mención al convenio arbitral. Sin embargo entiendo que es muy conveniente que se refleje cómo los árbitros han analizado y concluido que existe un convenio arbitral y cual es su alcance. En cualquier caso esta labor la deben realizar, para examinar hasta qué punto pueden intervenir desarrollando sus funciones arbitrales. Esta cuestión es aún más importante en el arbitraje de consumo, en el que el convenio arbitral puede formalizarse de variadas maneras. Como la fecha de la designación de los árbitros es el *dies a quo* para el cómputo del plazo, si se hubieran producido prórrogas deberán hacerse constar también y, como las mismas forman parte del convenio arbitral, me parece que es éste el lugar idóneo para que se reflejaran.

6.—*Cuestión sometida a arbitraje*: Los árbitros deben fijar con precisión en el laudo la cuestión que, a su juicio, les ha sido sometida, pues este dato es decisivo para controlar si la misma era o no susceptible de arbitraje y de arbitraje de consumo, si la cuestión estaba o no en el marco del convenio arbitral y si se ha producido una falta de congruencia, por exceso o por defecto, con lo pedido por las partes. Todo ello será luego de consideración en el supuesto de un eventual recurso de anulación, de un proceso reclamando responsabilidades por incongruencia por defecto, por ejemplo, o, simplemente, para comprobar el alcance de la cosa juzgada. Aunque no estaría de más que el Presidente de la JAC, al designar el colegio arbitral, hiciera relación de las cuestiones para las que las partes solicitan el arbitraje, sí que me parece más importante que en la primera sesión o audiencia los árbitros y los litigantes relaten y concreten cuales son las materias controvertidas, porque de ese modo, al tomar una decisión y redactar el laudo, el colegio ya tiene marcadas las lindes de su competencia.

7.—*Sucinta relación de las alegaciones de las partes*: No sólo debe reflejarse una relación de cuales han sido estas alegaciones, si bien, como dice la norma, de modo sucinto, sino si se produjeron y cómo —orales o escritas—; en la hipótesis de que una de las partes no hubiere formulado tales alegaciones, se expresará al menos si le concedió suficiente oportunidad para hacerlo.

8.—*Sucinta relación de las pruebas practicadas*: Aunque el art. 32 LA sólo haga mención de las pruebas practicadas, entiendo que también deben relacionarse las propuestas y denegadas, las que se practicaron de oficio, las que lo fueron a instancia de

parte y de cual de ellas, la participación de los contendientes en la práctica y las que se hubieran practicado acudiendo al auxilio judicial. Todos estos datos son de interés para vigilar la vigencia del derecho de defensa y del principio de contradicción, así como para poder calcular las costas y el modo en que éstas se distribuirán.⁷³¹

9.—*Motivación*: Sólo se exige motivación cuando se trate de arbitraje de Derecho, pero no de Equidad.⁷³² La motivación exige que los árbitros funden su decisión en normas jurídicas.⁷³³ Sorprende esta exigencia de motivación en el arbitraje de Derecho, cuando luego no tiene trascendencia ninguna, pues no cabe ningún control sobre la aplicación del Derecho, ni siquiera a través del recurso de anulación, so capa de contrariar el orden público⁷³⁴ o de infracción de formalidades y principios esenciales de la LA.⁷³⁵

Si es arbitraje de derecho, es claro que se exige la motivación. En cuanto al de equidad, una parte de la doctrina⁷³⁶ y algunas resoluciones del TS⁷³⁷ consideran que los laudos que así se pronuncien no necesitan ser motivados. Este último ha dicho que en este tipo de arbitraje “no puede exigirse al arbitro un razonamiento y una fundamentación más o menos exhaustiva al dictar el laudo, puesto que, como expresa el art. 29 de la Ley, ‘no tendrá que someterse a normas legales ni que ajustarse a derecho en cuanto al fondo’”. Por su lado, la STC 16.03.88 dice que no están obligados a motivación jurídica, no que no necesiten motivación alguna.

Se ha advertido que al permitirse la no motivación del laudo se va contra la corriente que tiende a considerar la práctica arbitral como fuente de Derecho material, principalmente en tráfico comercial internacional, para lo que la motivación de la resolución es pieza clave.⁷³⁸

10.—*Decisión arbitral*: Esta es la parte fundamental del laudo. Caben dos decisiones diferentes en el laudo. La primera en el supuesto de que alguna de las partes hubiera formulado su oposición al arbitraje en los términos del art. 23.1 LA, y resolvieran desestimando la oposición, pues esta decisión será recurrible en anulación del laudo —art. 23.1 LA—, por lo que convendrá que tal decisión sea debidamente explicada en algún lugar, siendo este el más oportuno. Téngase presente que si los árbitros explican debidamente esta decisión, además de facilitar la comprensión del problema a los Magistrados de la Audiencia Provincial, están facilitando su propia y futura defensa, eludiendo quizás una eventual responsabilidad que las partes pueden reclamarles si prosperara la anulación.

⁷³¹ La valoración de la prueba es facultad propia de la JAC, disponiendo de libertad para efectuarla, no alcanzando la competencia de la Audiencia Provincial a una nueva valoración, revisando la de los árbitros, en base a que el recurso de anulación es relativo a las garantías formales y no sobre el fondo, según STC 23.11.95 y criterio sostenido también por la SAP de Navarra, de 20.01.97.

⁷³² 32.1 LA y 16.2 RSDAC.

⁷³³ Sobre motivación y limitación objetiva del *thema decidendi*, vid. CORDÓN, *El arbitraje...*, p. 49.

⁷³⁴ Art. 45.5 LA.

⁷³⁵ Art. 45.2 LA.

⁷³⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Juicio de árbitros”, *NEJ Seix*, XIV, Barcelona, 1971, p. 64; OGAYAR Y AYLLÓN, T., *Comentarios al CC y compilaciones forales*, EDESA, XXIV-2, Madrid, 1983, p. 257.

⁷³⁷ Así STS 16.03.1987; STS 13.11.1987.

⁷³⁸ REGLERO, *El arbitraje...*, p. 247.

La segunda, la decisión arbitral propiamente dicha, que debe resolver todos y cada uno de los temas suscitados por las partes y que sean susceptibles de arbitraje. La comparación entre esta parte y la más atrás citada relativa a la enumeración de las cuestiones sometidas a arbitraje, permitirá apreciar la congruencia o no de la actuación arbitral. La *congruencia* se entiende como la adecuación del fallo a lo pedido, de manera que estaremos ante *incongruencia por defecto*, cuando alguna de las cuestiones suscitadas no han sido resueltas, y ante *incongruencia por exceso*, cuando se han resuelto cuestiones no planteadas por las partes. A la primera no se refiere en absoluto la LA, excepto cuando el artículo 36.1 LA autoriza la aclaración de alguna omisión del laudo, si es que ésto se puede entender como una posibilidad de permitir que el colegio arbitral decida sobre lo que no decidió. La cuestión sería compleja, pues esa “aclaración de la omisión” no está claro que signifique “decisión de la omisión”;⁷³⁹ por otra parte, si con esta vía se permite producir una nueva decisión, la fecha puede ser posterior a la autorizada para el laudo, con lo que resultaría nula.⁷⁴⁰

A mi modo de ver la regulación de la incongruencia por la LA es suficiente. Si se produce por defecto, lo que no ha sido resuelto podrá ser nuevamente objeto de arbitraje o llevado a la vía judicial, dejando a salvo las responsabilidades en las que incurren los árbitros, pues en definitiva se trata de un incumplimiento de su obligación de laudar. No me parece que este defecto necesite ningún tipo de control:⁷⁴¹ al no haberse producido ninguna decisión sobre algún punto, no hay nada que hacer salvo llevarlo nuevamente a que sea resuelto; lo que sí requiere control es la actuación de los árbitros que causaron la incongruencia, estando en la mano de las partes las correspondientes acciones judiciales. Si la incongruencia se produjo por exceso, será preciso que las partes anulen lo que los árbitros han decidido en un exceso del poder que les confirieron, para lo que cuentan con el cauce del recurso de anulación —art. 45.4 LA—. Pero el aspecto más interesante de la incongruencia por exceso es el de determinar qué cuestiones son las que los árbitros pueden llegar a decidir, si las que estrictamente se suscitan por los litigantes o si también todas aquellas otras con cierta conexión con la principal.⁷⁴² Sobre el tema ver más atrás lo dicho al tratar del objeto del arbitraje.

Expresamente exige el RDSAC —art. 16.1.g— que el laudo contenga el plazo o término en que se deberá cumplir lo en él acordado. Exigencia ésta que me parece absolutamente correcta, pues facilita la ejecutabilidad del laudo. En el mismo sentido estimo que los árbitros debieran señalar una cuantía o un criterio para valorar la responsabilidad por daños y perjuicios en caso de incumplimiento; si se tratara de condenas a hacer o no hacer, el importe en que se valora el incumplimiento. Todo ello facilitaría la ejecución judicial del laudo, además de servir de elemento disuasorio de la con-

⁷³⁹ Para la SAP de Barcelona, 10.03.92, la aclaración del laudo debe dirigirse necesariamente a algún concepto oscuro u omisión del laudo, pero no al fondo de la cuestión.

⁷⁴⁰ Esta, sin embargo, es la solución que propone BARONA VILAR, “Comentario...”, cit., p. 170.

⁷⁴¹ En contra BARONA VILAR, “Comentario...”, cit., p. 171.

⁷⁴² “Para determinar este tipo de incongruencia, es necesario atender al contenido del laudo en el bien entendido de que quedan sujetas a arbitraje no sólo las cuestiones expresamente enunciadas por los compromitentes, sino, también, las que sean consecuencia necesaria de la misma”, e insiste “si las partes (debió querer decir los árbitros) resuelven cuestiones que son consecuencia necesaria de las controversias sometidas por las partes, no cometen incongruencia, ni, por tanto, el laudo es anulable” (BADENAS CARPIO, *El sistema arbitral de reclamaciones de consumo*, Valencia, 1993, p. 209).

ducta negativa del deudor, que desde el principio sabe lo que le va a costar su incumplimiento.

11.—*Pronunciamiento sobre las costas*: Si los árbitros hicieran expresa imposición de costas, habrían de incluir este apartado dentro del laudo, donde además deberían justificar su decisión, porque la gratuidad del arbitraje de consumo se extiende incluso a las pruebas —art. 13 RDSAC—. Una decisión en otro sentido necesariamente debe ser explicada aduciendo razones que pueden ser la mala fe o temeridad de alguno de los contendientes o, simplemente, la imposibilidad de la Administración soporte de la JAC de hacer frente a las pruebas practicadas.

12.—*Votación de los árbitros*: El artículo 16.1.h RDSAC expresamente exige que figure el voto de la mayoría y el voto disidente, si lo hubiera. Habrá que entender que se reflejará el modo en que se verificó la votación, si por unanimidad o por mayoría o por voto de calidad del Presidente del CA. A diferencia de lo que dice el art. 33.1 LA, donde se dispone que los árbitros *podrán* hacer constar su parecer “discrepante”, la norma citada del RDSAC exige que el voto “disidente” sea reflejado —sin que aquí tenga mayor relevancia el empleo de terminología distinta—.

13.—*Firma de los árbitros*: Los árbitros están obligados a firmar el laudo, y el que no lo haga se entiende que firma con la mayoría. Es parte de la obligación que asumen al aceptar el arbitraje. De las diferentes cuestiones que se pueden suscitar respecto a la firma, vid. lo dicho más arriba, al tratar de la *formación interna* del laudo.

14.—*Pie de recursos*: Aunque no lo exige la normativa vigente, me parece del todo acertada la opinión de BARONA VILAR cuando dice que “una instrucción sobre recursos supondría una mayor garantía para las partes, que pueden haber acudido al arbitraje actuando por sí mismas y sin valerse de abogado en ejercicio. En este sentido esta instrucción supondría una puesta en conocimiento de la parte, de las posibilidades de que gozan para ir contra el laudo arbitral, ante quién acudir y qué plazo tendrían para ello”.⁷⁴³

e. *Eficacia del laudo*

A pesar de la defectuosa redacción del artículo 37 LA, el laudo arbitral firme tiene efectos de cosa juzgada, coherentemente con la identificación que la LA entre sentencia y laudo a lo largo de todo su texto. La firmeza se alcanza cuando haya transcurrido

⁷⁴³ “Comentario”, cit., p. 177. Respecto de la *notificación del laudo* y a efecto del plazo para interponer el recurso de anulación, la AP de Sevilla, en s. de 6.06.92 ha señalado que la notificación hecha a una sociedad anónima que pertenece a otra sociedad que es la destinataria del laudo, no produce indefensión a ésta, real o material, conforme a la STC 155/89, en cuya virtud es admisible una notificación no personal sino al amparo de lo prevenido en los arts. 266 y 268 LEC (en todo caso las notificaciones se hicieron con acuse de recibo). Sobre la forma, “si bien no se ha producido una notificación fehaciente en sentido legal, la realizada por la Junta, por correo con acuse de recibo, se ajusta plenamente a lo dispuesto en el art. 59 de la Ley 30/92, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en todo caso, exigida por la Ley especial la fehaciencia como garantía adicional, sería de aplicación lo que previene el art. 58.3 de la Ley 30/92, a saber, que ‘las notificaciones defectuosas surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido de la resolución... o interpongan el recurso procedente’” (SAP de Ciudad Real, 1.02.94).

el plazo establecido para interponer el recurso de anulación⁷⁴⁴ sin que las partes lo hayan formulado o cuando, habiéndolo promovido, las partes han desistido del mismo o se ha dictado ya sentencia absolutoria.⁷⁴⁵

Una vez que el laudo haya alcanzado el valor de firme, las partes podrán esgrimir ante la jurisdicción la excepción de cosa juzgada —hasta entonces sólo podrán utilizar la de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje del art. 533.8.ª LEC—,⁷⁴⁶ evitándose así un nuevo proceso sobre la misma pretensión, lo que sólo a través del proceso de revisión podrá ser combatido.⁷⁴⁷

⁷⁴⁴ Sobre la *naturaleza de este plazo*, civil y no procesal, vid. STS 6.02.89, pues se entiende que son de índole procesal los que tienen su origen en una actuación de igual clase, pero *son civiles* cuando constituyen el plazo para el ejercicio de una acción (vid. STS 10.11.94 y otras muchas que en ella se citan): en consecuencia, “no cabe duda que el plazo de diez días establecido en el art. 46.2 de la vigente LA para interponer el recurso de anulación del laudo lo es de caducidad, plazo sustantivo que se rige por lo dispuesto en el art. 5.2 del CC”, según el cual el cómputo de los plazos no excluye los inhábiles (SAP de Baleares, 17.01.95). Sin embargo, la SAP de Madrid, 1.07.94, sostiene que “si bien es verdad que el número 2 del art. 46 de la Ley 36/88, de 5 de diciembre, dispone que el recurso se interpondrá dentro de los diez días siguientes al de la notificación del laudo, no lo es menos que éstos deben considerarse hábiles dada su indudable *naturaleza procesal*, al diferir el plazo para dictar el laudo, que es civil y, por tanto, no excluye los días inhábiles (SSTS 24.09.84 y 6.02.89), del que ahora se examina para interponer el recurso de anulación que, como se ha dicho, es procesal y en el que no se computan...”.

No obstante: “Dado tal contenido de la notificación, dirigida a un particular, *existiendo en la misma referencia expresa a días hábiles*, estimamos que, cualquiera que sea la naturaleza del plazo de que se trata, dado dicho contenido, al particular destinatario se le expresó un plazo de interposición del recurso que excluía los días inhábiles, ante lo cual una interpretación acorde con su derecho a la tutela judicial efectiva impone considerar tal exclusión y, en consecuencia, concluir que se interpuso en todo caso dentro del plazo correspondiente del recurso que nos ocupa” (SAP de Navarra, 20.01.97).

⁷⁴⁵ “La función del recurso de nulidad no es corregir las deficiencias en la decisión de los árbitros, ni interferir en el proceso de su elaboración, creando dificultades al móvil de paz y equidad que preside el arbitraje privado, desnaturalizándolo de sus características esenciales de sencillez y confianza, pues lo contrario significaría un total examen del fondo del asunto, que la especial naturaleza de este recurso extraordinario no consiente” (SAP de Valencia, 16.09.95).

⁷⁴⁶ No la de litispendencia del art. 533.5.ª, que sólo se refiere a pendencia en el mismo o en otro Juzgado o Tribunal competente. En contra, BARONA VILAR, “Comentario”, p. 190.

⁷⁴⁷ Debemos criticar el empleo de la expresión “recurso” de revisión, cuando a estas alturas es unánime la opinión de que la revisión constituye un proceso con una diferenciada pretensión.

Relación bibliográfica

- ABELLÁN TOLOSA, Luis: "El arbitraje sectorial de consumo. Experiencia de la Comunidad Valenciana", en *Perspectiva jurídica del arbitraje de consumo*, pp. 171 y ss.
- ACOSTA ESTÉVEZ, José B.: *Los consumidores y el arbitraje. Contribución al estudio del arbitraje: Ley de 5 de diciembre de 1988*, Barcelona, 1991.
- *Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en el ordenamiento positivo español y en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968*, Barcelona, 1987.
- ALBALADEJO GARCÍA, M.: "El arbitraje testamentario", *Actualidad Civil*, 1990, 6, pp. 77 y ss.
- "El artículo 8 de la nueva Ley de Arbitraje", *Actualidad Civil*, 5, 1990, pp. 69 y ss.
- "El sedicente arbitraje de las personas jurídicas", en *Actualidad Civil*, 7, 1990, pp. 93 y ss.
- "La forma en el contrato de arbitraje y el llamado arbitraje informal", *Actualidad Civil*, 4, 1990, pp. 61 y ss.
- "Otros extremos de la nueva Ley de Arbitraje", *Actualidad Civil*, 1990-8.
- "Sobre la ominosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo de derecho que infringe las normas debidas de aplicar", *RD Privado*, 1990, pp. 171 y ss.
- ALBANÉS MEMBRILLO: "El exequatur de laudos arbitrales extranjeros: nuevas directrices del Tribunal Supremo en su concesión", *La Ley*, 1981-2, pp. 207 y ss.
- ALCALÁ-ZAMORA: "La ejecución de sentencias arbitrales", en *Estudios procesales*, Madrid, 1975.
- ALMAGRO NOSETE, José: "Jurisdicción y arbitraje", *Boletín del Tribunal Arbitral de Barcelona*, 1991, 2, pp. 51 y ss.
- "La ejecución del laudo arbitral", *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, 1988, pp. 15 y ss.
- "La nueva Ley española de arbitraje", en *Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairén*, Valencia, 1990, pp. 32 y ss.
- ALONSO ROYANO, Félix: "Deontología y arbitraje", en *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, San Sebastián, 1989.
- "Problemas prácticos del laudo arbitral", en *El arbitraje en arrendamientos urbanos* (coord. LORCA NAVARRETE).
- ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo: "Intervención jurisdiccional en el Arbitraje", en *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, San Sebastián, 1989.
- "Procedimiento de arbitraje", *Justicia*, 1989, 4.
- "Arbitration Procedure", en *Arbitration in Spain* (coord. CREMADES), 1991.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ: "Arbitraje y derecho aplicable. Anotaciones al Título X de la Ley 36/1988, de Arbitraje", *RCEA*, 1988-89, pp. 172 y ss.
- "Los Juzgados de Primera Instancia ante el exequatur de laudos arbitrales extranjeros", *RCEA*, 1986, pp. 53 y ss.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelio: "Formación, contenido y efectos del Laudo arbitral en la Ley Española de Arbitraje", *RCEA*, 1988-89, pp. 95 y ss.

- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN: *La anulación del laudo arbitral. El proceso arbitral y su impugnación*, Granada, 1996.
- ÁNGEL YAGÜEZ, D.: "Sobre la posibilidad de revisar en juicio declarativo ordinario los pronunciamientos de un laudo en arbitraje de equidad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 540, 1980, pp. 1127 y ss.
- BADENAS CARPIO, Juan Manuel: "El fundamento constitucional del arbitraje de consumo", *La Ley*, 1993, 2, pp. 964 y ss.
- "El procedimiento arbitral de consumo", en *Perspectiva jurídica del arbitraje de consumo*, pp. 79 y ss.
- "Notas sobre la reconvencción en el procedimiento arbitral de consumo", en *Perspectiva jurídica del arbitraje de consumo*, pp. 71 y ss.
- *El sistema arbitral de reclamaciones de consumo*, Generalitat Valenciana, Valencia, 1993.
- BALLESTER PASTOR, M. A.: *El arbitraje laboral*, 1993.
- BARONA VILAR, Silvia: "El recurso de anulación del laudo arbitral", *RCEA*, 1988-89, pp. 111 y ss.
- "La ejecución del laudo arbitral", *PJ*, 21, 1991, pp. 9 y ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: "La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores", *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores* (con R. BERCOVITZ), pp. 141 y ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Tecnos, Madrid, 1991.
- *Comentarios a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y Alberto: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: "La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios", en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores* (con A. BERCOVITZ), Tecnos, Madrid, 1987, pp. 221 y ss.
- BERZOSA FRANCO: "Principios del proceso", *Justicia*, 1992, pp. 577 y ss.
- BOLDO RODA, Carmen: "El arbitraje institucional", en *Perspectiva jurídica del arbitraje de consumo*, pp. 37 y ss.
- BONET NAVARRO, Ángel: "El control judicial de la nulidad de pleno derecho del laudo arbitral (sobre la STC 288/1993, de 4 de octubre)", *Derecho Privado y Constitución*, 6, 1995.
- "Protección eficaz y acceso a la justicia de los consumidores", en *Estudios sobre consumo*, 16, 1989.
- BONET NAVARRO, Ángel y QUINTANA CARLO, Ignacio (coord.): *El Sistema Arbitral de Consumo*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- "BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE LEY DE ARBITRAJE DE 27 DE MARZO DE 1987", *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, Madrid, 1988, n.º 0, pp. 311 y ss.
- BOURGOIGNIE, Thierry: *Elementos para una teoría del Derecho del Consumo*, 1994.
- BRAÑA PINO, César: "El acceso de los consumidores a la justicia: una introducción al seminario", en *Estudios sobre Consumo*, 13, 1988, pp. 11 y ss.
- CABALLO ANGELATS, Lluís: *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*, Barcelona, 1997.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (BERCOVITZ, R., coord.), pp. 689 y ss.
- CALAIS-AULOY: *Droit de la consommation*, 3.ª edic., París, 1992.
- CALDERÓN CUADRADO, M.ª Pía: "La tutela cautelar en el arbitraje de consumo", *Perspectiva jurídica del arbitraje de consumo*, pp. 125 y ss.
- CALVO CARAVACA, A. L. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *El arbitraje comercial internacional*, Tecnos, Madrid, 1989 (2.ª edic. 1995).
- CALVO CARAVACA, A. L.: "El Convenio hispano-francés de 28 de mayo de 1969: balance de quince años de vigencia", *RCEA*, 1985, pp. 316 y ss.
- "La eficacia del compromiso arbitral en el ámbito del exequatur (Nota al Auto del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1986)", *RCEA*, 1986, pp. 131 y ss.
- "Nuevas perspectivas del arbitraje comercial internacional en España", en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1988, pp. 525 y ss.
- "Reconocimiento y ejecución en España de un laudo extranjero (auto del TS de 11 de febrero de 1981)", *RDPI*, 1982, pp. 221 y ss.

- CALVO SÁNCHEZ, M.^a del Carmen: “El proceso penal y sus alternativas: el procedimiento arbitral”, en *Arbitraje, mediación, conciliación*, XXVII de Cuadernos de Derecho Judicial, 1995, pp. 213 y ss.
- “El procedimiento arbitral, ¿eficaz alternativa al proceso?”, *Actualidad y Derecho*, 1995, 23, pp. 2 a 7.
- CAMPO VILLEGAS: “Problemas de forma en el convenio y en el laudo arbitral. Su inscripción”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXII, 1993.
- “Sobre designación de árbitros y caducidad del convenio arbitral”, *RJC*, 1990, pp. 127 y ss.
- CAPILLA RONCERO: *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Jerez de la Frontera, 1987.
- CAPPELLETTI, M. y GARTH, B.: *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, 1996 (trad. de la obra *Acces to justice*, de 1978).
- CARRERAS LLANSANA, Jorge: “Contribución al estudio del arbitraje. Ensayo de Derecho Comparado”, *Estudios de Derecho Procesal* (con FENECH), Barcelona, 1962, pp. 433-452.
- “Estudio comparativo de la Ley española de arbitraje. Ensayo de Derecho Comparado”, *Estudios de Derecho Procesal* (con FENECH), Barcelona, 1962, pp. 455-462.
- CARRERAS MARTÍ: *La Ley de regulación del contrato de seguro*, CECAS, Barcelona, 1996.
- CASAS VALLES, Ramón: “Relaciones y coordinación del Arbitraje de consumo con otros arbitrajes. La potestad reglamentaria de las comunidades autónomas en el Arbitraje de Consumo”, *Perspectiva jurídica del arbitraje de consumo*, pp. 139 y ss.
- CHILLÓN MEDINA, J. M. y MERINO MERCHÁN, J. F.: *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Civitas (2.^a edic. revisada y actualizada), Madrid, 1992 (Civitas, 12500) (la 1.^a edic. es de 1978).
- CLIMENT GONZÁLEZ, C.: “Arbitraje como alternativa a la acción judicial”, *RGD*, n.º 526-527, julio-agosto, 1988, pp. 4197 y ss.
- CORDÓN MORENO, F.: “La eficacia procesal de la cláusula arbitral internacional”, *ADI*, 1982, pp. 159 y ss.
- *El arbitraje en el Derecho español: Interno e Internacional*, Pamplona, 1995.
- CORRAL GARCÍA, Eduardo: *La oferta de contrato al público*, tesis doctoral inédita, Jerez de la Frontera, 1999.
- CORRIENTE CÓRDOBA y otros: *Estudios sobre el Derecho de Consumo*, 2.^a edic., Bilbao, 1994.
- COSSIO, M. de; LEÓN-CASTRO, J.: *Práctica procesal y contractual en materia de arrendamientos urbanos (Formularios de contratos, requerimientos, procedimientos judiciales y arbitraje)*, Granada, 1996.
- CREMADES SANZ-PASTOR, B. M.: “Análisis comparativo de tribunales arbitrales permanentes”, *Estudios sobre arbitraje*, Madrid, 1977, pp. 145-183.
- “El arbitraje en el siglo XXI”, *La Ley*, 1990-4, pp. 1.184 y ss.
- “España estrena nueva Ley de Arbitraje”, *La Ley*, 1989-1, pp. 1.103 y ss., y en *RCEA*, 1988-89, pp. 9 y ss.
- *Arbitration in Spain*, Butterworths, *La Ley*, Carl Heymanns Verlag KG, Madrid, 1991.
- *Estudios sobre el arbitraje*, Madrid, 1977.
- *Panorámica española del arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1975.
- CREMADES SANZ-PASTOR, B. M. (coord.): *Arbitration in Spain*, 1991.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús: *El arbitraje laboral en la reforma legislativa*, 1995.
- CUÑAT EDO, Vicente: “Las Juntas Arbitrales de Consumo”, en *Perspectiva jurídica del arbitraje de consumo*, pp. 11 y ss.
- DE CASTRO, F.: “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, Madrid, 1985 y en *Anuario de Derecho Civil*, 1961, pp. 295 y ss.
- “El arbitraje y la nueva *lex mercatoria*”, *ADC*, 1979, pp. 619 y ss.
- DE LA CUESTA SÁENZ, José M.^a: “Introducción al arbitraje de consumo”, *RD Privado*, febrero de 1997, pp. 121 y ss.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Ángel: *Lecciones de Derecho Procesal*, vol. V, Barcelona, 1987.
- DÍAZ ALABART, Silvia: “Apuntes sobre el arbitraje de consumo. El Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo”, *Actualidad Civil*, 1996, 5.
- “El arbitraje de consumo (RD 636/1993, de 3 de mayo)”, en *Estudios sobre el derecho de consumo* (varios autores).

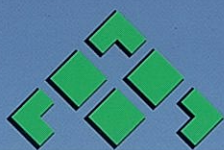
- DIEZ-PICAZO: "El pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje", *ADC*, 1954.
- DITCHEV: "Le 'contrat d'arbitrage' (essai sur le contratt ayant pour objet la mission d'arbitrer)", *Revue de L'Arbitrage*, 1981, pp. 395 y ss.
- ELORRIAGA PISARIK, Gabriel (coord.): *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*, Madrid, 1996.
- ESPLUGUES MOTA: "Aproximación a la nueva ley modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional", *RCEA*, 1986, pp. 11 y ss.
- ESPLUGUES MOTA: "Reflexiones en torno a una frustración: el título IX de la nueva Ley española de Arbitraje relativo a la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros", *RCEA*, 1988-89, pp. 147 y ss.
- FAIREN GUILLÉN, Víctor: *Estudios de Derecho procesal civil, penal y constitucional*, t. I, Madrid, 1983.
- *Temas del Ordenamiento Procesal* (vol. I: *Historia. Teoría general*; vol. II: *Proc. civil. Proc. penal. Arbitraje*; vol. III: *La defensa de los derechos humanos. El Defensor del Pueblo. El Tribunal Constitucional*), Tecnos, Madrid, 1969, 1969 y 1982.
- FENECH NAVARRO: "El arbitraje en Derecho español", *Estudios de Derecho Procesal* (con CARRE-RAS), Barcelona, 1962, pp. 417-429.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.: "El acta de misión del árbitro: ¿ventaja u obstáculo del procedimiento arbitral?", *RCEA*, 1993, pp. 4 y ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO: "Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral", *Butlletí del Tribunal Arbitral de Barcelona*, 4, 1992.
- FERNÁNDEZ ROZAS, Carlos: "El largo camino hacia la Ley 36/1988, de Arbitraje", *RCEA*, 1988-89, pp. 29 y ss.
- "La reforma del arbitraje comercial internacional en España: crónica de un singular proceso legislativo", en *El arbitraje internacional*, Zaragoza, 1989, pp. 169 y ss.
- "La situación del arbitraje comercial en España: perspectivas de futuro", *RCEA*, 1986, pp. 29 y ss.
- FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ: "La ejecución de laudos arbitrales con arreglo a la Convención de Nueva York. Análisis de la jurisprudencia estadounidense", *RDP*, 1988, pp. 576 y ss.
- FONT SERRA, Eduardo: "La nueva configuración del arbitraje en el Derecho español", *Justicia*, 1989-1, pp. 341 y ss.
- FOUCHARD, Ph.: *L'arbitrage commercial international*, París, 1965.
- GARBERI LLOBREGAT, José: "El recurso de anulación en la Ley de Arbitraje (Consecuencias prácticas de la interpretación restrictiva de sus normas reguladoras)", *Aranzadi Civil*, 1998, pp. 11 y ss.
- GARCÍA RUBIO, M.^a Paz: "El arbitraje como mecanismo de solución de controversias en materia de consumo", *RCEA*, 1993, pp. 79 y ss.
- "El convenio arbitral en la Ley de 5 de diciembre de 1988", *RCEA*, 1988-89, pp. 86 y ss.
- GARCÍA SOLE, F.: "La nueva Ley de Arbitraje", *RGD*, 538-539, 1989, pp. 4421 y ss.
- GASPAR LERA, Silvia: *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- GESTO ALONSO: *La pertinencia y utilidad de las pruebas*, Pamplona, 1991.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.: "La caracterización del convenio arbitral en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje", *La Ley*, 1990-2, pp. 1.031 y ss.
- GÓMEZ CALERO, Juan: *Los derechos de los consumidores y usuarios*, Madrid, 1994, p. 216.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando: "Arbitraje e instituciones arbitrales", en *Comentario breve a la Ley de Arbitraje* (coord. LORCA NAVARRETE), San Sebastián, 1989.
- "Arbitraje y arrendamientos urbanos", en *El arbitraje en arrendamientos urbanos* (coord. LORCA NAVARRETE).
- GONZÁLEZ CAMPOS: "Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho Internacional Privado español", *ADI*, 1975, pp. 7 y ss.
- GONZÁLEZ MONTES, José Luis: "La excepción de arbitraje", *La Ley*, 1990-1, pp. 1.157 y ss.
- GONZÁLEZ SORIA: *La intervención judicial en el arbitraje. Recursos jurisdiccionales y ejecución del laudo*, Madrid, 1988.
- GONZALO QUIROGA, Marta: "El arbitraje en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Derecho de los negocios*, 1997, n.º 82-83, pp. 11 y ss.

- GOÑI: "La revisión judicial del laudo en el arbitraje internacional", en *RCEA*, XI, 1995.
- GUASP, J.: *El arbitraje en el Derecho español. Su neva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953*, Bosch, Barcelona, 1956.
- GUILARTE ZAPATERO, Vicente: "Perspectivas y posibilidades del arbitraje en arrendamientos urbanos", en *El arbitraje en arrendamientos urbanos* (coord. LORCA NAVARRETE).
- GULLÓN BALLESTEROS: "Algunos problemas que suscita la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988", *La Ley*, 1989-2, pp. 1.020 y ss.
- GUTIÉRREZ SANZ, *El Sistema Arbitral de Consumo* (BONET y QUINTANA, coords.).
- HERAS LORENZO, De las: "Situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión", *Estudios de Consumo*, 1984, p. 116.
- HINOJOSA SEGOVIA: *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (Estudio jurisprudencial)*, Edersa, Madrid, 1991.
- ILLESCAS ORTIZ, R.: "Los nuevos arbitrajes sectoriales y la defensa de los consumidores", en *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor*, INC.
- INSTITUTO NACIONAL DE CONSUMO: *Memoria del Sistema Arbitral de Consumo. 1995-96*, Madrid, 1997.
- *Sistema Arbitral de Consumo*, Madrid, 1993.
- *Sistema Arbitral de Consumo. Balance de la experiencia 1993-1994*, Madrid, 1995.
- *Memoria del Sistema Arbitral de Consumo. 1998*, Madrid, 1999.
- IRIARTE ÁNGEL, J. L.: "El reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros según el artículo 60 del Proyecto de Ley de Arbitraje. Análisis crítico", en *El arbitraje internacional*, Zaragoza, 1989, pp. 243 y ss., y en *Actualidad Civil*, 1988, pp. 1.901 y ss.
- ITURRIAGOITIA BASSAS, J. R.: "España ante la reforma de la Ley de arbitraje", *BIMJ*, n.º 1.485, 1988, pp. 1.082 y ss.
- LOIS CABALLE: "Comentarios a la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje", *RGD*, 543, 1989, pp. 7.789 y ss.
- LÓPEZ ANTÓN: "Ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros (la aplicación del Convenio de Nueva York)", *La Ley*, 1985-2, pp. 1.190 y ss.
- LÓPEZ SÁNCHEZ: "La tutela del consumatore in Spagna", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, p. 967.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: "Las pretendidas funciones arbitrales de la comisión mediadora y arbitral de la propiedad intelectual", *Revista de Derecho Procesal*, 1996-2, pp. 343 y ss.
- LÓPEZ SIMO, F.: "Acerca de algunos problemas que resuelve (?) la nueva regulación de la excepción de compromiso", *RGD*, n.º 543, 1989, pp. 7.789 y ss.
- LORCA NAVARRETE (coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje (con formularios y jurisprudencia)*, Madrid, 1991.
- *El arbitraje en arrendamientos urbanos* (coord. LORCA NAVARRETE), San Sebastián, 1992.
- LORCA NAVARRETE, A. M.^a (coord.): *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1989.
- *El arbitraje en la propiedad horizontal*, Corte Vasca de Arbitraje, San Sebastián, 1992.
- LORCA NAVARRETE, A. M.^a y SILGUEIRO ESTAGNAN, Joaquín: *Derecho de arbitraje español. Manual teórico-práctico de jurisprudencia arbitral española*, Madrid, 1994.
- *Derecho de Arbitraje español. Manual teórico-práctico de jurisprudencia arbitral española*, Dykinson, Madrid, 1994.
- LORCA NAVARRETE, A. M.^a, MUÑOZ GONZÁLEZ, Luis y ASENSIO MELLADO, José M.^a: *El arbitraje en la propiedad horizontal*, San Sebastián, 1992.
- LORCA NAVARRETE, A. M.^a, VALENCIA MIRÓN, A. J., FONT SERRA, E., e IRIARTE ÁNGEL, J. L.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje con formularios y jurisprudencia*, Madrid, 1991.
- LORCA NAVARRETE, A. M.^a: *Derecho de arbitraje interno en internacional*, Madrid, 1989.
- LORCA NAVARRETE, Antonio M.^a: "El arbitraje internacional en la vigente Ley de Arbitraje", en *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, San Sebastián, 1989.
- "La cláusula de orden público en la homologación de laudos arbitrales y sentencias extranjeras en España (según la doctrina del Tribunal Constitucional español)", *RCEA*, 1987, pp. 81 y ss.

- “La ejecución de laudos arbitrales extranjeros en España cuando según los Tratados corresponda su conocimiento a otros Tribunales distintos del Tribunal Supremo”, *RCVA*, 1986, pp. 268 y ss.
- LOZANO-HIGUERO PINTO, Manuel: “Nuevas instituciones de protección procesal a los consumidores y usuarios”, en *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, n.º 0, pp. 107 y ss.
- MANTILLA SERRANO, Fernando: “La selección del árbitro en el arbitraje internacional”, *RCEA*, 1993, pp. 35 y ss.
- MARÍN LÓPEZ, Antonio: “La Ley aplicable al convenio arbitral”, *RCEA*, 1988-89, pp. 191 y ss.
- MARÍN LÓPEZ, Juan J.: “El arbitraje de consumo: primeros pronunciamientos judiciales”, *Aranzadi Civil*, 1995, pp. 5 y ss.
- MARÍN LÓPEZ: “El arbitraje comercial internacional”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1986, 10, pp. 175 y ss.
- MARÍN LÓPEZ: “La ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros: La Ley, 36/1988, de 5 de diciembre”, *La Ley*, 1989-2, pp. 1.020 y ss.
- MARTÍN OSTOS, José: “El recurso de anulación contra el Laudo arbitral”, en *Comentario breve a la Ley de Arbitraje* (LORCA, coord.), San Sebastián, 1989.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, Carlos: *Comentarios a la LGDCU* (BERCOVITZ, coord.), pp. 45 y ss.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis: “El convenio arbitral, especialidades en materia de consumo”, en *Perspectiva jurídica del arbitraje de consumo*, pp. 43 y ss.
- *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, 2.ª edic., Civitas, Madrid, 1991.
- MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio: *El arbitraje. Estudio histórico jurídico*, Sevilla, 1981.
- MERCHÁN: “El arbitraje en la Ley de Arrendamiento Urbanos de 24 de noviembre de 1994”, *RD Privado*, octubre, 1966.
- MERINO MERCHÁN, José F.: “El arbitraje en la Ley de Arrendamientos Urbanos”, *La Ley*, 1996, n.º 3.946, de 5 de enero.
- “La excepción de sumisión de la cuestión litigiosa o arbitraje”, *RCEA*, 1988-89, pp. 235 y ss.
- MIGUEL BERENGUER: “La cláusula de arbitraje en las relaciones comerciales interenacionales”, *RJC*, 1982, pp. 483 y ss.
- MONTERO AROCA, J. (dir.), con ORTELLS RAMOS, CORDÓN MORENO, MONTÓN REDONDO, ESPLUGUES MOTA, BARONA VILAR y MASCARELL NAVARRO: *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 1990.
- MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, Valencia, 1997.
- MORENO CATENA, V.: “Análisis crítico del proyecto de Ley de Arbitraje”, en *Estudios de Derecho de Arbitraje*, San Sebastián, 1988, pp. 191 y ss.
- MULLERAT, R.: “La anulación del laudo arbitral”, *RCEA*, XI, 1995.
- “El arbitraje de consumo en los Estados Unidos de América”, *La Ley*, 17 de junio de 1998.
- MUÑOZ ROJAS, T.: “Una introducción a la nueva Ley española de Arbitraje”, en *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, San Sebastián, 1989.
- MUÑOZ SABATE, L.: “Embargo preventivo y proceso arbitral”, *RJC*, 1993-3.
- “La Ley de Arbitraje: un campo sembrado de minas”, *Arbitraje, mediación, conciliación*, XXVII de Cuadernos de Derecho Judicial, 1995, pp. 193 y ss.
- “La sumisión arbitral para agremiados o en caso de relaciones eventuales”, *La Ley*, 1990, 2, pp. 1.044 y ss.
- “Posibilidad y necesidad de medidas cautelares auténticas en el proceso arbitral”, *RJC*, 1991-3.
- “Sobre la irrecurribilidad del arbitraje de derecho”, *La Ley*, 1990-4, pp. 928 y ss.
- *Jurisprudencia arbitral comentada (Sentencias TS 1891-1991)*.
- NAVARRO LORENTE, Lorenzo: “El sistema arbitral de consumo”, *RCEA*, 1993, pp. 47 y ss.
- NAVARRO PÉREZ: *Ley de Arbitraje. Comentarios, jurisprudencia y textos complementarios*, Granada, 1990.
- NICOTINA, Giuseppe: *Arbitrato rituale e giurisdizione*, Milano, 1990.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “El contrato de compromiso, según la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988”, *AC*, 1989-1, pp. 6 y ss.

- OGAYAR Y AYLLÓN, Tomás: "Recursos contra el laudo arbitral", *RGLJ*, 1963.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, XXII, 2, Madrid, 1979, pp. 149 y ss.
- *El contrato de compromiso y la institución arbitral*, Edersa, Madrid, 1977.
- OJEDA AVILÉS, A.: *El arbitraje laboral*, 1996.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: *La ejecución de laudos arbitrales*, Barcelona, 1996.
- ORTELLS RAMOS: "Una tutela jurisdiccional adecuada para los casos de daños a consumidores", *Estudios sobre consumo*, 16, 1989.
- ORTIZ NAVACERRADA, S.: "La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje: aspectos procesales", *AC*, 2, 1989, pp. 149 y ss.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: "Notas sobre la nueva Ley de Arbitraje", *La Ley*, 1989-1, pp. 118 y ss.
- PARK, W., "El arbitraje comercial internacional y la *lex loci arbitri*", *RCEA*, 1985.
- PEDRAZ PENALVA, Ernesto (dir.): *Arbitraje, mediación, conciliación*, n.º XXVII de la colección *Cuadernos de Derecho Judicial*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, 1995.
- PEDRAZ PENALVA, Ernesto: "El proceso y sus alternativas", en *Arbitraje, mediación, conciliación*, colección *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, pp. 9 y ss.
- PERDIGUERO BAUTISTA, Eduardo: "Mediación, conciliación y arbitraje en el Derecho Laboral", en *Arbitraje, mediación, conciliación*, colección *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, pp. 245 y ss.
- PÉREZ BEVIA: "Algunas consideraciones sobre el árbitro y el orden público en el arbitraje privado internacional", *RCEA*, 1990, pp. 81 y ss.
- "Sobre la ley aplicable por el árbitro al fondo de la controversia en Derecho Internacional Privado español", *RCEA*, 1988-89, pp. 215 y ss.
- PRIETO-CASTRO: "El arbitraje según la legislación y la jurisprudencia española", en *Estudios y comentarios para la teoría y práctica procesal civil*, Madrid, 1950, t. II, pp. 435 y ss.
- "La Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988", *BICAM*, mayo-junio, 1989, pp. 7 y ss.
- RAMOS MÉNDEZ: *El sistema procesal español*, Barcelona, 1995.
- RAMOS MÉNDEZ, F.: "Arbitraje internacional y medidas cautelares", *Justicia*, 1984, IV, pp. 843 y ss.
- "Arbitraje internacional: confirmación de la doctrina jurisprudencial", *Justicia*, 1984, II, pp. 375 y ss.
- "Las cláusulas de arbitraje internacional y su validez desde el punto de vista del Derecho español", *Justicia*, 1982, I, pp. 75 y ss.
- "Primeras aplicaciones del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 al exequatur de sentencias arbitrales extranjeras por el Tribunal Supremo", *Justicia*, 1982, pp. 107 y ss.
- *Arbitraje y proceso internacional*, Barcelona, 1987.
- REGLERO CAMPOS: *El arbitraje (el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*, Montecorvo, Madrid, 1991.
- REMIRO BROTONS: *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, Madrid, 1980.
- REQUEJO ISIDRO: "Arbitrabilidad de la controversia y arbitraje comercial internacional", *RCEA*, XI, 1995.
- REQUEJO PAGES: "La nueva configuración del arbitraje (Consideraciones en torno al Título I de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre)", *RCEA*, 1988-1989, pp. 51 y ss.
- REVILLA GONZÁLEZ, J. A.: "La anulación del laudo arbitral de consumo", *Estudios sobre consumo*, 34, 1995, pp. 45-58.
- "La llamada del asegurador al proceso", *Revista Española de Seguros*, 1995, n. 82.
- ROCA AYMAR, José Luis: "El arbitraje como vía para resolver los litigios de los consumidores y usuarios", *RCEA*, 1985, pp. 118 y ss.
- *El arbitraje en la contratación internacional*, 1994.
- ROCA MARTÍNEZ, Jose M.ª: "El sistema arbitral de consumo", *Actualidad y Derecho*, 38, 1993.
- *Arbitraje e instituciones arbitrales*, Bosch, 1992, Barcelona.
- RODRÍGUEZ CAMPO, Pilar: "Cobertura de riesgos por actuaciones de los árbitros de las Juntas Arbitrales de Consumo en el desarrollo de sus funciones", en *Perspectiva jurídica del arbitraje de consumo*, pp. 105 y ss.
- RODRÍGUEZ GAYÁN, Eloy Miguel: "Excepciones a la aplicación de la perpetuatio iurisdictionis como criterio determinante de la competencia judicial internacional", *RCEA*, 1993, pp. 107 y ss.

- ROMERO GÓMEZ, José Luis: "El convenio arbitral de consumo", en *Perspectiva jurídica del arbitraje de consumo*, pp. 75 y ss.
- ROSA MORENO, Juan: *El arbitraje administrativo*, Madrid, 1998.
- SANTOS VIJANDE, J. M.: "Consideraciones en torno a la Ley de Arbitraje: la alternativa arbitraje de derecho o de equidad, los plazos preclusivos de alegaciones, la inactividad de las partes y la documentación de las actuaciones en el procedimiento arbitral", *La Ley*, 1989-4, pp. 1.044 y ss.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a Paz: *La protección del comprador de inmuebles*, inédita.
- SCHIZZEROTTO: *Arbitrato improprio e arbitraggio*, 1967.
- SENEs MOTILLA, C.: "La ejecución forzosa de los laudos arbitrales", *La Ley*, 1990-4, pp. 923 y ss.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: "Juicio de árbitros", *NEJ Seix*, XIV, Barcelona, 1971.
- "El proceso arbitral", *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1959, pp. 580 y ss.
- "Naturaleza jurídica del Arbitraje", *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pp. 371 y ss.
- SERRANO ALONSO: "El arbitraje en la Ley de 5 de diciembre de 1988", en *Actualidad Civil*, 1989-1, pp. 516 y ss.
- SILGUEIRO ESTAGNAN, Joaquín: "Implicaciones teórico-notariales del Laudo arbitral", en *El arbitraje en los arrendamientos urbanos* (coord. LORCA NAVARRETE).
- TOMÁS TÍO, Jose M.^a: "Repercusiones jurisdiccionales del Arbitraje de Consumo: el laudo", en *Perspectiva jurídica del arbitraje de consumo*, pp. 109 y ss.
- VALCARCE, F. R.: "El arbitraje privado (Ley de 22-XII-1953)", *RDP*, 1954.
- VALENCIA MIRÓN, Antonio J.: "La sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje", en *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, San Sebastián, 1989.
- VARIOS AUTORES: *Estudios sobre el derecho de consumo*, 2.^a edic., Iberdrola, Bilbao, 1994.
- *Perspectiva jurídica del arbitraje de consumo*. Actas del Seminario "Arbitraje de consumo", celebrado en Valencia, Generalitat Valenciana, Valencia, 1995.
- VATTIER FUENZALIDA: "Arrendamientos urbanos, arbitraje y arbitraje de consumo", *La Ley*, 3944, de 3 de enero de 1996.
- VERDERA TUELLS: "La elección del lugar y del idioma en el procedimiento arbitral", *RCEA*, XI, 1995.
- VULLIEMIN, J. M.: "El Tratado entre España y Suiza sobre la ejecución recíproca de sentencias o fallos en materia civil o comercial de 19 de diciembre de 1896: la autoridad española competente en materia de *exequatur*", *RGD*, 1988, pp. 1.219 y ss.
- "La Ley de Arbitraje y la especificidad del arbitraje comercial internacional", *La Ley*, 17 de agosto de 1990.
- YSAS SOLANES, M.: "Algunas consideraciones acerca de la disposición adicional 2.^a 2 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre. Arbitraje. Régimen Jurídico", *La Ley*, 1990, 3, pp. 838 y ss.



MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO
Instituto Nacional del Consumo



Príncipe de Vergara, 54 Madrid