

La incidencia de la Ley de Arbitraje en el convenio arbitral de consumo

por

VICTORIA PICATOSTE BOBILLO
Área de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN:

1. LA GRATUIDAD DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO.
2. LA DECISIÓN EN EQUITAD Y LA MOTIVACIÓN DEL LAUDO.
3. LA UNIDIRECCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL.
4. LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEY DE ARBITRAJE.

II. EL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE DE CONSUMO:

1. ARBITRABILIDAD Y CONVENIO ARBITRAL.
2. LOS LÍMITES A LA ARBITRABILIDAD.
3. LOS SUJETOS LEGITIMADOS.
4. LAS JUNTAS ARBITRALES.

III. EL CONVENIO ARBITRAL:

1. EL CONTENIDO DEL CONVENIO ARBITRAL DE CONSUMO:
 - 1.1. *Contenido normativo.*
 - 1.2. *La limitación unilateral del convenio.*
2. LA CAPACIDAD Y LA REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES.
3. LA FORMALIZACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL:
 - 3.1. *Momento de perfección.*
 - 3.2. *La oferta pública de sometimiento.*
 - 3.3. *La comunicación de aceptación del arbitraje.*

IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La nueva *Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre* (LA), se dicta con el objeto de dar un salto cualitativo en la evolución de las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Privado y más concretamente de la institución arbitral (1). Para la consecución de este fin, según su propia Exposición de Motivos, se sigue como criterio inspirador la *Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. Pero, de entre las novedades que introduce la LA con respecto a su predecesora, la *Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje* (ALA), este trabajo pretende destacar algunas de las cuestiones que pueden derivarse en el ámbito de la protección de los consumidores. Precisamente, es este uno de los sectores donde el arbitraje, como vía de resolución de conflictos alternativa a la jurisdiccional, ha tenido una importante expansión (2). El punto de partida ha sido el artículo 31 de la *Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (LGDCU), en virtud del que «previa audiencia de los sectores interesados y de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito».

Así, este mandato se cumplió con la publicación del *Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, que regula el sistema arbitral de consumo* (RDAC). Además, junto al referido artículo 31 de la LGDCU, no puede olvidarse en este marco el artículo 51 de la CE, cuando insta a los poderes públicos a garantizar «la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los mismos» (3). La LA, por su parte, se refiere expresamente al arbitraje de consumo en su Disposición Adicional Única, estableciendo su aplicación

(1) Cfr. apartado I de la Exposición de Motivos de la LA.

(2) Así se demuestra en la Memoria de 2004 publicada por el Instituto Nacional de Consumo (INC) en su página web (www.consumo-inc.es). Según los datos que se presentan, el número de solicitudes de arbitraje presentadas en las Juntas Arbitrales de Consumo, van desde las 1.474 en el año 1990, hasta las 65.577 en el año 2002. Pero además, también desde el punto de vista del sector empresarial, se observa un progresivo aumento de las empresas y profesionales que se adhieren al sistema arbitral de consumo. Desde el año 2000, en el que había 63.809 empresas adheridas, casi se ha doblado esa cifra en el 2004, con 119.680 Ofertas Públicas de Adhesión emitidas.

(3) Cfr. LORCA NAVARRETE, *La resolución de conflictos en materia de consumo*, San Sebastián, 2001, pág. 131; MARTÍNEZ GARCÍA, *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, 2002, pág. 62; BONET NAVARRO, «Fuentes y caracteres del arbitraje de consumo», en AA.VV., *El sistema arbitral de consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, Pamplona, 1997, pág. 59.

supletoria (4); pero además, hay que tener en cuenta el artículo 14 de la LA, que se refiere al denominado arbitraje institucional. Según el apartado 1 de este precepto, «las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a: a) Corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, y en particular el Tribunal de Defensa de la Competencia; b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales». En el RDAC se atribuye la administración y gestión del arbitraje a las Juntas Arbitrales, que se constituyen como auténticos órganos administrativos (5), por lo que en principio, no tendrían cabida en los supuestos contemplados por el artículo 14 de la LA. No obstante, es posición pacífica en la doctrina que se puede hablar del arbitraje de consumo como institucional o administrado (6). De hecho, el legislador no ha previsto ninguna prohibición que de forma expresa impida la creación de nuevos entes u órganos de carácter institucional.

1. LA GRATUIDAD DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO

Entre las singularidades del sistema arbitral de consumo, se quiere subrayar, en primer término, el carácter gratuito del mismo, que ya lo imponía la ALA en su Disposición Adicional Primera (7). Este principio de gratuidad se plasmó en el artículo 10.1 del RDAC, junto a otros tan esenciales en la legislación procesal como son los principios de audiencia, contradicción e

(4) La redacción literal es la siguiente: «Esta ley será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio, general de defensa de consumidores y usuarios, que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho».

(5) Cfr. artículos 3 y 4 del RDAC.

(6) Cfr. GUTIÉRREZ SANZ, «Las Juntas Arbitrales de Consumo», en AA.VV., *El Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, Pamplona, 1997, pág. 77 y sigs.; CUNAT EDO, «Las Juntas Arbitrales de Consumo», en AA.VV., *Perspectiva jurídica del arbitraje de consumo*, Valencia, 1989, pág. 15; BOLDI RODA, «El arbitraje institucional», en AA.VV., *Perspectiva jurídica del arbitraje de consumo*, Valencia, 1989, pág. 40; LETE ACHIRICA, «Comentario al artículo 14», en AA.VV., *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, Valladolid, 2004, págs. 256 y 257.

(7) Exactamente, disponía que: «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; el artículo 34.2 de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de ordenación del seguro privado; la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres; y el artículo 143 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, 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».

igualdad entre las partes (8). No obstante, la LA actual no se refiere al carácter gratuito del arbitraje de consumo, al menos no de forma explícita, y esta ausencia se ha pretendido explicar por un sector de la doctrina argumentando que resulta innecesario un pronunciamiento expreso en el panorama legal vigente (9). Sin embargo, tampoco faltan voces que mantienen la tesis contraria, es decir, consideran que el arbitraje de consumo no tiene por qué ser gratuito, y que, de hecho, la preterición del legislador acerca de este extremo en la LA no ha sido baladí (10). En mi opinión, debe acogerse la primera postura, puesto que, en general, en este tipo de conflictos existe una desproporción entre el ínfimo valor económico de la controversia y el coste de su resolución. Esta realidad provoca que el principio de la gratuidad adquiera un protagonismo importante en el procedimiento arbitral de consumo, hasta el punto de que su ausencia podría llevar a la obsolescencia de este sistema. En cualquier caso, hay que advertir que no siempre esta gratuidad va a ser absoluta, tal y como puede deducirse del artículo 13.3 del RDAC, cuando establece que serán de cargo de la parte los gastos ocasionados por las pruebas practicadas a instancia suya (11).

También con relación a la ALA, ya se advertía por la doctrina la desaparición de la gratuidad, tanto en el caso de que se instara la ejecución del laudo, como si se pretendiera su nulidad (12), puesto que se exigía en su artículo 51 la intervención de abogado y procurador para la tramitación del recurso de anulación. Sin embargo, esta afirmación puede ponerse en duda con la nueva LA, que omite toda referencia a la postulación al regular la acción de anulación (13). Puede interpretarse este silencio del legislador precisamente como una exclusión tácita del requisito que se contenía en la ALA. En mi opinión, no resulta razonable que eximiéndose en los juicios verbales

(8) Según la redacción literal de este precepto: «El procedimiento arbitral de consumo comenzará con la designación del Colegio Arbitral, ajustándose, en todo caso, a lo dispuesto en este Real Decreto, con sujeción a los principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad».

(9) Cfr. LETE DEL RÍO/LETE ACHIRICA, *Derecho de obligaciones*, vol. II, Cizur Menor (Navarra), 2006, pág. 836; MATEO SANZ, «Comentario a la Disposición Adicional Única», en AA.VV., *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, Valladolid, 2004, pág. 764.

(10) Cfr. LA MONEDA DÍAZ, «La nueva Ley 60/2003, de Arbitraje, y su incidencia en el Sistema Arbitral de Consumo», en *La Ley*, 2004, pág. 4; FLORENSA I TOMÁS, *Prólogo. El arbitraje de consumo*, Valencia, 2004, págs. 14 y 15; DÍAZ ALABART, «El arbitraje de consumo y la nueva Ley de Arbitraje», en *AC*, 2005, pág. 1293; también, GARBERÍ LLOBREGAT, «Cuestiones problemáticas del procedimiento arbitral de consumo», en *AJA*, 2003, pág. 5.

(11) Así, establece 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».

(12) Cfr. LETE DEL RÍO, «Arbitraje de consumo», en *AC*, 1998, pág. 715.

(13) Cfr. los artículos 40 y sigs. de la LA.

de menor cuantía la comparecencia por medio de abogado y procurador (14), sí se imponga esta obligación para el ejercicio de la acción de anulación. Especialmente cuando el laudo se hubiera dictado en el marco del arbitraje de consumo, la controversia no será por lo general muy compleja y los intereses en juego no suelen tener tampoco una gran trascendencia económica. Sin embargo, una parte importante de la doctrina mantiene la tesis contraria, y aun cuando la propia LA se remite en materia de anulación a la regulación prevista para el juicio verbal (15), considera que esta remisión debe entenderse limitada a la tramitación procedimental y no como una equiparación de carácter absoluto (16).

En lo que respecta a la ejecución del laudo, la cuestión no resulta menos problemática. El artículo 539.1 de la LEC dispone que no será necesaria la intervención de abogado y procurador para instar la ejecución de las resoluciones que hubiesen sido dictadas en procesos donde no fuese obligatoria la postulación. La duda que surge es si puede considerarse el procedimiento arbitral como un verdadero proceso, equivalencia que no es admitida con carácter general por la doctrina (17). Por lo tanto, si se exige que el ejecutante y el ejecutado estén dirigidos por letrado y representados por procurador, la deseable gratuidad del procedimiento arbitral de consumo se vería nuevamente comprometida. Por ello, se entiende que sería más adecuada una regulación que consintiera la adaptación de esta exigencia a las especialidades propias del arbitraje de consumo, principalmente la escasa cuantía de los asuntos que se conocen a través de este procedimiento (18).

2. LA DECISIÓN EN EQUIDAD Y LA MOTIVACIÓN DEL LAUDO

Una segunda característica del arbitraje de consumo que conviene subrayar en este momento, es que la resolución del conflicto va a ser como regla general en equidad. Así se deduce del artículo 11.3 del RDAC, cuando exige

(14) Cfr. artículos 23.2.1.º y 31.2.1.º de la LEC.

(15) Cfr. artículo 42 de la LA.

(16) Cfr. BARONA VILAR, «Comentario al artículo 42», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 2004, págs. 1458 y 1459; en un sentido similar se pronuncia SAMANES ARA, «La acción de anulación contra el laudo arbitral de consumo a la luz de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje», en CC, 2005, pág. 45; SEGOVIANO ASTABURUAGA, «Comentario al artículo 42», en AA.VV., *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, Valladolid, 2004, pág. 672.

(17) Cfr. TORIBIOS FUENTES, «Comentario al artículo 44», en AA.VV., *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, Valladolid, 2004, pág. 713; TOMÁS Y TÍO, «Repercusiones jurisdiccionales del arbitraje de consumo: el laudo», en AA.VV., *Perspectiva jurídica del arbitraje de consumo*, Valencia, 1989, pág. 119.

(18) Cfr., en el mismo sentido, COLMENERO GUERRA, «La ejecución forzosa de los laudos arbitrales», en AA.VV., *La ejecución civil*, Madrid, 2005, págs. 429 y 430.

que «si las partes optasen expresamente por un arbitraje de derecho, los miembros del colegio arbitral deberán ser abogados en ejercicio». Esta declaración también se contenía, con carácter general, en el artículo 4.2 de la ALA, según el que «en el caso de que las partes no hayan optado expresamente por el arbitraje de derecho, los árbitros resolverán en equidad». La nueva LA invierte esta regla y en su artículo 34 dice que los árbitros «sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello». Esta novedad podría justificar una reinterpretación del RDAC, a la luz de la nueva norma, estimando como regla general la decisión en derecho, salvo que las partes dispusieran otra cosa.

No obstante, a mi juicio, no cabe duda de la conveniencia de mantener la decisión en equidad para el arbitraje de consumo (19), y así parece entenderlo también el legislador cuando señala en la Disposición Adicional única de la LA que: «esta ley será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la LGDCU, que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho» (20). Aunque la mayoría de los autores admiten la decisión en equidad como la más adecuada para el arbitraje de consumo, se echa de menos, en general, una pronunciación expresa al respecto (21). Ahora bien, pueden extraerse además otras consecuencias a la vista del citado artículo 11.3 del RDAC, puesto que, repitiendo el privilegio gremial que acogía la ALA (22), exige que cuando «las partes optasen explícitamente por un arbitraje de derecho, los miembros del Colegio Arbitral tengan la condición de abogados en ejercicio». Este requisito se atenúa en la LA, pues permite en su artículo 15 un acuerdo expreso en contrario (23). Podría entenderse que el pacto en virtud del que se prescinda de esta condición para ser miembro de un tribunal arbitral, será válido ahora también en el arbitraje de consumo (24).

Además de esta cuestión, la discordancia entre el RDAC y la LA vuelve a manifestarse en lo que respecta a la motivación de la decisión arbitral. En el artículo 16.2 del RDAC, parece que sólo se exige la motivación del laudo

(19) Cfr., en este sentido, MARÍN LÓPEZ, «Presente y futuro del arbitraje de consumo: 43 cuestiones controvertidas», en *RDP*, 2006, pág. 56.

(20) Cfr. DÍAZ ALABART, *loc. cit.*, pág. 1292. Esta autora, amén de denunciar esta cuestión de carácter formal, aplaude la decisión del legislador sobre el fondo. Esto es, la de mantener el arbitraje de equidad para el sistema arbitral de consumo.

(21) Cfr. PALAO MORENO, «Comentario a la Disposición Adicional», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arbitraje: Ley 60/2003, de 23 de diciembre*, Barcelona, 2004, pág. 1635; ABELLÁN TOLOSA, «El sistema arbitral de consumo», en AA.VV., *Derecho Privado de consumo*, Valencia, 2005, pág. 591; LA MONEDA DÍAZ, *loc. cit.*, pág. 2.

(22) Cfr. artículo 12.2 de la ALA.

(23) Concretamente, dispone que: «En los arbitrajes internos que no deban decidirse en equidad de acuerdo con el artículo 34, se requerirá la condición de abogado en ejercicio, salvo acuerdo expreso en contrario».

(24) Cfr. MARÍN LÓPEZ, *loc. cit.*, pág. 31, quien niega esta posibilidad.

cuando la cuestión litigiosa se tenga que fundar en normas jurídicas (25). Nuevamente, la razón de esta disposición se encuentra en la ALA, ya que el RDAC copia prácticamente el artículo 32.2 de aquella norma (26). En la LA no se condiciona la exigencia de motivación a que el arbitraje sea en equidad o en derecho, limitándose a decir en el apartado 4.º del artículo 37, que «el laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior». Los dos supuestos excepcionales que se recogen, que el laudo sea conciliatorio o que las partes hayan convenido otra cosa, no son más que manifestaciones de la autonomía de la voluntad de las partes, que de hecho juega un papel protagonista en la nueva regulación del arbitraje (27). En todo caso, se valora positivamente la extensión de la exigencia de motivación también a los laudos que se dicten en el marco del sistema arbitral de consumo, sean en equidad o en derecho.

3. LA UNIDIRECCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

De la regulación que contiene el RDAC se deduce una característica principal del arbitraje de consumo, como es su carácter unidireccional. En su artículo 2.1 establece que «el sistema arbitral de consumo tiene como finalidad atender y resolver con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios, en relación a sus derechos legalmente reconocidos, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial». También se observa este sentido unidireccional en su artículo 5, cuando dice que serán «los consumidores y usuarios quienes presentarán personalmente o a través de Asociaciones de Consumidores y Usuarios, las solicitudes de arbitraje, ante la Junta Arbitral de Consumo que corresponda, según lo previsto en el artículo 3, por escrito o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, siempre que se garantice su autenticidad». En la doctrina se discute la necesidad de este requisito y, frente al argumento del necesario amparo a la parte más débil, que justificaría la unidireccionalidad sin reservas en el arbitraje de consumo, se opone la existencia de normas sustantivas y adjetivas que aseguran esa protección (28). Una cuestión distinta sería si el carácter unidireccional del arbitraje de consumo

(25) Cfr., la redacción literal del artículo 16.2, que establece: «El laudo será motivado cuando el Colegio Arbitral decida la cuestión litigiosa con sujeción a derecho».

(26) La letra exacta del artículo 32.2 de la LA de 1988, dice que: «el laudo será motivado cuando los árbitros decidan la cuestión litigiosa con sujeción a Derecho».

(27) Cfr. MALUQUER DE MOTES I VERNET, «Ámbito de aplicación», en AA.VV., *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, Valladolid, 2004, pág. 47.

(28) Cfr. LORCA NAVARRETE, cit., pág. 99.

ha de referirse solamente al inicio del procedimiento, o también debe desplegar sus efectos una vez puesto éste en marcha. Aceptar esta última tesis significaría impedir la reconvencción por la parte reclamada, una consecuencia que, en mi opinión, resulta ciertamente excesiva, especialmente si se cumplen, en todo caso, los principios de igualdad, audiencia y contradicción entre las partes (29).

La admisión de la reconvencción en el marco del sistema arbitral de consumo insiste en la aproximación cada vez mayor de la institución arbitral a la jurisdicción ordinaria y el consiguiente alejamiento de los denominados métodos extrajudiciales de solución de controversias. Si se observan las líneas rectoras de la política comunitaria en esta materia, llama la atención la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación del Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil, aprobado por la Comisión Europea el 19 de abril de 2002 (30). Esta exclusión responde, precisamente, a la consideración del arbitraje como un método de resolución más cercano al jurisdiccional que a las modalidades alternativas en que interviene un tercero para lograr una solución de mutuo acuerdo por las partes del conflicto (31).

4. La aplicación supletoria de la Ley de Arbitraje

Para completar esta introducción, cumple destacar que la LA declara en su artículo 1.3, que su regulación «será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes». En la Disposición Adicional única, reitera su carácter supletorio respecto del arbitraje de consumo ya de modo específico, al igual que hacía su antecesora (32). De ahí, que sean numerosas las remisiones que de forma expresa hace el RDAC a la regulación general (33) y, aun cuando no se haga referencia explícita, deberá acudir a la LA en los extremos en que la regulación del RDAC resulte insuficiente. Esta complementariedad de la LA, con respecto al arbitraje de consumo, habrá de tenerse en cuenta en el desarrollo de este trabajo, puesto que las novedades que se

(29) Cfr., en el mismo sentido, DÍAZ ALABART, *loc. cit.*, pág. 1294; MUERZA ESPARZA, «Ámbito de aplicación del sistema arbitral de consumo», en AA.VV., *El sistema arbitral de consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, Pamplona, 1997, pág. 69, quien admite la posibilidad que tiene el reclamado de reconvenir, pero sólo una vez iniciado el procedimiento por el consumidor. En contra, cfr. GUTIÉRREZ SANZ, *cit.*, pág. 93, aunque reconoce que en la práctica se está admitiendo esta actuación.

(30) COM (2002) 196 final.

(31) Cfr. GONZÁLEZ LECUONA, «El sistema arbitral español de consumo en el marco normativo de la Unión Europea», en *La Ley*, 2004, pág. 3.

(32) Cfr. la Disposición Adicional 1.ª de la ALA.

(33) Cfr., por ejemplo, los artículos 11.6 y 17.2 del RDAC.

introducen por la LA van a ordenar muchas veces una reinterpretación del RDAC a la luz de la nueva regulación.

II. EL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE DE CONSUMO

1. ARBITRABILIDAD Y CONVENIO ARBITRAL

En realidad, en este apartado se persigue acotar el ámbito sobre el que puede proyectarse la institución arbitral, tanto desde una perspectiva material como subjetiva. En ambos casos, suele partirse de una identificación entre lo que podría denominarse el bloque de arbitrabilidad y el contorno que resulta del convenio pactado entre las partes. Para explicar esta confusión, hay que acudir, en primer lugar, a la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado (LADP), de 22 de diciembre de 1953, donde se distinguían dos momentos en la formalización del contrato arbitral que se plasmaban, a su vez, en dos instrumentos separados: un contrato preliminar y un contrato de compromiso posterior. Sería en el momento de perfeccionarse este último, una vez surgida la controversia, en donde se podría exigir que la materia de que se tratara fuese de libre disposición para las partes, de modo que faltando ese requisito, no se formalizaría el contrato arbitral (34). Por su parte, la ALA decía en su artículo 1, que «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 conforme a derecho». En vez de definir la institución arbitral, por tanto, se limitaba a establecer en este precepto los requisitos de la arbitrabilidad (35), y con la referencia al convenio previo, no se hacía más que contribuir a la equiparación entre arbitrabilidad y convenio arbitral, cuando los requisitos exigibles en uno y otro caso no son idénticos (36).

De ahí, que al tratar el tema de la capacidad para celebrar el convenio arbitral, suele afirmarse que la capacidad de obrar deberá ir acompañada de la libre disposición de las partes sobre la materia controvertida. Sin embargo, ya se ha advertido por algunos autores que la libre disposición no es una cuestión que deba ser estudiada con la capacidad (37), puesto que se incardina en el denominado aspecto subjetivo de la arbitrabilidad. Así, se exige

(34) Cfr. LETE DEL RÍO, *Derecho de Obligaciones* —vol. III—, Madrid, 2003, pág. 549; GARCÍA RUBIO, «El Convenio Arbitral en la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988», en *RCEA*, 1988-1989, pág. 83.

(35) Cfr. PERALES VISCASILLAS, *Arbitrabilidad y convenio arbitral: Ley 60/2003, de arbitraje y derecho societario*, Cizur Menor (Navarra), 2005, pág. 32.

(36) Cfr. PERALES VISCASILLAS, cit., pág. 31.

(37) Cfr. VERDERA SERVER/ESPLUGUES MOTA, «Comentario al artículo 9», en *AA.VV., Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 2004, pág. 327.

que la persona que inste el arbitraje sea titular del derecho que sirve como fundamento de su pretensión, y será su condición de titular la que le legitima para pedir una consecuencia determinada (38). Esta exigencia no debe confundirse con los requisitos de capacidad exigidos para la validez del convenio arbitral, que serán objeto de tratamiento más adelante. Por el momento, basta con destacar dos premisas fundamentales que habrán de concurrir en todo caso para que este contrato produzca sus efectos. Por un lado, la capacidad de obrar y, por otro, la identidad necesaria entre los sujetos intervinientes en el convenio y los que deberán acatar la solución de los árbitros (39).

La separación entre la arbitrabilidad y el ámbito del convenio arbitral se pone claramente de manifiesto en materia de nulidad del laudo. La acción de anulación se regula en los artículos 40 y siguientes de la LA, y es concretamente en el artículo 41 de la LA donde se recogen, con carácter tasado, los motivos por los que se puede instar la acción de anulación. A los efectos que interesan a la exposición, hay que fijarse en la letra e) de este precepto, ya que se establece que «el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje». Es decir, el laudo que se dicte sobre cuestiones no arbitrables será susceptible de anulación. En la letra c) señala como otro motivo distinto de anulación: «que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión», con lo que se está refiriendo claramente a los límites impuestos por el convenio arbitral suscrito entre las partes del procedimiento arbitral (40).

2. LOS LÍMITES A LA ARBITRABILIDAD

La LA dispone en su artículo 2 que «son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho». Tal y como reza su propia Exposición de Motivos, la nueva norma señala las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición, como ya lo hacía su predecesora (41). No obstante, añade que por razones de política jurídica podrán excluirse cuestiones respecto de las que, aun siendo disponibles para las partes, se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. En este sentido es en el que debe interpretarse la referencia del artículo 2.1 de la LA a las materias que sean susceptibles de arbitraje conforme a derecho.

(38) Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, «Comentario al artículo 29», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 2004, págs. 1006 y 1007.

(39) Cfr. PERALES VISCASILLAS, cit., pág. 32.

(40) Cfr. LETE ACHIRICA, «Comentario a los artículos 40 y 41», en AA.VV., *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, Valladolid, 2004, págs. 658 a 661.

(41) Cfr. artículo 1 de la ALA.

Se ha señalado, precisamente, que este inciso altera la identificación absoluta de la arbitrabilidad con la libre disposición de la materia por las partes (42). La LA sólo exceptúa formalmente de su ámbito de aplicación los arbitrajes laborales (43), como ya lo hacía también su antecesora (44). Desde luego, la nueva norma contiene un enunciado tan amplio que cabría hablar incluso de una presunción de arbitrabilidad (45).

Ahora bien, aun reconociendo la clara voluntad del legislador de favorecer el arbitraje, conviene sentar algunos criterios que permitan al menos perfilar cuáles pueden considerarse materias disponibles conforme a derecho. Para ello, hay que partir de la terminología que emplea la norma legal y que adolece de una clara imprecisión, puesto que las materias en sí no son indisponibles, sino que se está refiriendo a los derechos. De este modo, cabe afirmar que siempre que exista un verdadero derecho subjetivo será disponible por su titular (46). Pero además de esta exigencia, hay que fijarse en el resultado que se procure en el procedimiento, puesto que si la consecuencia pretendida pudiera ser obtenida de modo particular sin necesidad de una actuación judicial en la que se dicte sentencia, es lógico que pueda deducirse en un procedimiento arbitral (47). En cualquier caso, será el legislador quien, en función de esa necesidad, requiera la intervención del Ministerio Fiscal o deje, en caso contrario, libertad a los particulares para decidir sobre la incoación del procedimiento (48).

En lo que respecta al arbitraje de consumo, el artículo 2.2 del RDAC copia aquellas materias excluidas del arbitraje en la ALA (49), estableciendo que «no podrán ser objeto de arbitraje de consumo las siguientes cuestiones: a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva (50), salvo los aspectos derivados de su ejecución; b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición; c) Las cuestiones en que, con arreglo a las leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos;

(42) Cfr. SANCINENA ASURMENDI, «Comentario al artículo 2», en AA.VV., *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, Valladolid, 2004, pág. 65.

(43) Cfr. artículo 1.4 de la LA.

(44) Cfr. artículo 2.2 de la ALA.

(45) Cfr. PERALES VISCASILLAS, cit., págs. 19 y 20.

(46) Cfr. MONTERO AROCA/ESPLUGUES MOTA, «Comentario al artículo 2», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 2004, págs. 116 y 117.

(47) Cfr. MONTERO AROCA/ESPLUGUES MOTA, cit., pág. 118 y sigs.

(48) Cfr. MONTERO AROCA/ESPLUGUES MOTA, cit., pág. 120.

(49) Cfr. artículo 2.1 de la ALA.

(50) Cfr. MARÍN LÓPEZ, «Objeto y límites del arbitraje de consumo», en CC, 2005, pág. 157. Como aclara este autor, el Real Decreto habla indistintamente de resoluciones firmes y definitivas, cuando en realidad sólo quiere referirse a las primeras, esto es, a aquellas resoluciones que ya no admiten ningún recurso ulterior.

d) Aquéllas en las que concurran intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito» (51). A la vista de este precepto, no parece que se planteen muchos problemas de compatibilidad del RDAC con el enunciado de la nueva LA (52). Únicamente, eso sí, sería recomendable, a mi juicio, una interpretación restrictiva de las exclusiones contenidas en el RDAC.

En relación con la disponibilidad de los derechos por las partes, se quiere apuntar una cuestión que resulta, por lo menos, curiosa. Es común que las normas de protección de los consumidores declaren la irrenunciabilidad de los derechos que en ellas se reconocen. El artículo 2.3 de la LGDCU declara, con carácter general, que «la renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes o servicios es nula». La referencia al carácter previo de la renuncia hace que el ámbito de materias disponibles varíe según el momento en que se pretenda celebrar el convenio arbitral. Si esto sucede, una vez surgida la controversia, el consumidor sí podrá disponer de los derechos que la ley le otorga para hacer frente a la situación que provoca el litigio (53).

3. LOS SUJETOS LEGITIMADOS

Puede afirmarse que, según la legislación vigente, no todos los consumidores van a tener los mismos derechos (54). Este hecho trae su causa de la inexistencia de un concepto de consumidor unívoco en las distintas leyes dictadas en transposición de las Directivas Comunitarias de protección de los consumidores. En primer lugar, hay que decir que la ALA, en su artículo 1, hacía referencia explícita a las personas, tanto físicas como jurídicas, como sujetos legitimados para ser parte en el arbitraje. La LA actual, sin embargo, no contiene referencia alguna sobre este extremo. El RDAC no hace tampoco

(51) Cfr. artículo 31.1 de la LGDCU.

(52) Cfr., sobre esta cuestión, MARÍN LÓPEZ, *loc. cit.*, «Objeto...», pág. 156. Según este autor, la declaración abierta de la nueva Ley sobre las materias arbitrables no afecta en nada a la letra del RDAC.

(53) Cfr. en relación con esta cuestión, el artículo 9.º de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que modifica el artículo 31 de la Ley de defensa de los consumidores, adicionándole un nuevo apartado, según el que: «Los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo previsto en este artículo sólo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico. Los convenios arbitrales pactados, contraviniendo lo dispuesto en el párrafo precedente, serán nulos». En la propia Exposición de Motivos de esta Ley, se señala que con esta previsión «se garantiza la no renuncia previa a los derechos reconocidos legalmente».

(54) Cfr. MARÍN LÓPEZ, *loc. cit.*, «Objeto...», pág. 154.

alusión expresa a la legitimación de las personas jurídicas para ser parte en el arbitraje. Ante este hecho, es lógico acoger la definición que contiene el artículo 1.2 de la LGDCU, en virtud del que serán consumidores «las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden».

Pero a pesar de que no en pocas ocasiones, las leyes de transposición de las Directivas Comunitarias se remiten al concepto de consumidor contenido en la LGDCU (55), no siempre sucede así (56). En este orden de cosas, puede traerse a colación la definición de consumidor que contiene la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados. En su artículo 2 dispone que «a los efectos de esta Ley, será consumidor o usuario cualquier persona en la que concurra la condición de contratante principal, beneficiario o cesionario». De modo que los derechos que se conceden en esta norma podrán ser reclamados por la vía del arbitraje de consumo por cualquier persona que cumpla las condiciones previstas en la misma, aun cuando no coincidieran con la definición contenida en la LGDCU (57).

Por otro lado, es preciso hacer una breve advertencia en lo que respecta a la legitimación de las Asociaciones de Consumidores para ser parte activa en el procedimiento arbitral. Es cierto que el artículo 11.1 de la LEC dispone que «sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, legalmente constituidas, estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios». Cosa distinta es la facultad que les concede en su artículo 5 el RDAC, de actuar como representantes de los consumidores en el arbitraje de consumo (58). Esta diferencia de tratamiento se tiene en cuenta ya en el artículo 20.1 de la LGDCU, cuando dispone que «las Asociaciones de Consumidores y Usuarios se constituirán con arreglo a la Ley de Asociaciones, y tendrán como finalidad (...) representar a sus asociados y ejercer las corres-

(55) Cfr. el artículo 1.1 de la Ley de 21 de noviembre, de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; el artículo 1.1 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas; o el artículo 1 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.

(56) Cfr. el artículo 1.2 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo.

(57) Cfr. MARÍN LÓPEZ, *loc. cit.*, «Objeto...», pág. 154.

(58) Según este precepto: «Los consumidores y usuarios presentarán personalmente o a través de Asociaciones de Consumidores y Usuarios, las solicitudes de arbitraje, ante la Junta Arbitral de Consumo que corresponda, según lo previsto en el artículo 3, por escrito o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, siempre que se garantice su autenticidad».

pondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios (...). No obstante, sólo puede admitirse la intervención en el marco arbitral de consumo como representantes del consumidor reclamante» (59). Por tanto, sin perjuicio de la legitimación que como se ha expuesto, les reconoce la propia LEC, la salvedad que se contiene en el artículo 20.1 *in fine* de la LGDCU, viene dada por la inadecuación del sistema arbitral de consumo para conocer de las acciones colectivas (60). Por ello, debe excluirse el ejercicio de las acciones de cesación para detener comportamientos lesivos de los intereses de los consumidores, así como impedir la reiteración futura de ese comportamiento. Lo mismo puede decirse respecto de las acciones de reparación de daños colectivos y difusos (61).

Para continuar delimitando el ámbito del arbitraje de consumo, hay que añadir otra restricción que afecta a las personas que pueden estar legitimadas pasivamente en el procedimiento arbitral. El artículo 4 del RDAC, en su letra *a*), permite deducir que los convenios arbitrales que se realicen al amparo de esta norma serán aquellos formalizados entre los consumidores y quienes produzcan, importen o suministren o les faciliten bienes y servicios (62). Los sujetos legitimados pasivamente serán por tanto, todos aquellos profesionales que contraten con un consumidor (63). También se deduce esta exigencia de otros preceptos del RDAC, que al hablar del reclamado suelen referirse a las empresas o entidades (64), o a las organizaciones o sectores empresariales (65). En cualquier caso, a estas menciones debe atribuírsele un significado más amplio que el de empresario mercantil, de acuerdo con la tendencia que se observa en las Directivas Comunitarias en materia de consumo, particularmente en la Directiva 93/13/CCE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. En su artículo 2, se considera profesional a «toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya

(59) Cfr. DE CARPI PÉREZ, «El Colegio Arbitral y las partes en el procedimiento arbitral de consumo», en AA.VV., *El sistema arbitral de consumo*, Elcano (Navarra), 1997, pág. 165.

(60) Cfr. MARÍN LÓPEZ, *loc. cit.*, «Presente...», pág. 14.

(61) Cfr. MARÍN LÓPEZ, *loc. cit.*, «Objeto...», págs. 161 y 162.

(62) Si bien es cierto que esta declaración se integra en la atribución de las funciones de gestión y administración del arbitraje de consumo a las Juntas Arbitrales, y así, el artículo 4 del RDAC dispone: «Las Juntas Arbitrales de Consumo desempeñarán las siguientes funciones: *a*) El fomento y la formalización de convenios arbitrales entre consumidores y usuarios y quienes produzcan, importen o suministren o les faciliten bienes o servicios (...)».

(63) Cfr., en este sentido, RUIZ JIMÉNEZ, *Análisis crítico del Sistema Nacional Español de Arbitraje de Consumo*, San Sebastián, 2007, pág. 295.

(64) Cfr. artículo 7, apartados 2.º y 4.º del RDAC.

(65) Cfr. artículo 11.1, letra *c*), del RDAC.

sea pública o privada». Como puede observarse, es una definición muy abierta donde pueden tener cabida diversos operadores económicos, frente a los cuales podrá dirigir el consumidor su reclamación, evitándose así situaciones de injusticia material.

No cabe duda, según lo expuesto, de que podrá ser parte reclamada, tanto una persona física como jurídica, sin embargo se plantean más dudas a la hora de admitir que el reclamado en el procedimiento sea un ente público. Se trata de un tema complejo sobre el que conviene apuntar algunas ideas esenciales. En primer término, la LA que acaba de entrar en vigor no parece negar tal posibilidad, si bien es cierto que se refiere al arbitraje internacional en su artículo 2.2, estableciendo que «cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral». En lo que interesa a esta exposición, desde el punto de vista del arbitraje de consumo se observa que también el RDAC en el último párrafo de la letra a) del artículo 11.1, parece admitir esta posibilidad, en tanto que «si la reclamación se dirige contra una entidad pública vinculada a la Administración Pública de la que depende 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».

Igualmente, en la LGDCU aparecen varias disposiciones que presuponen una relación de consumo donde los servicios, actividades o funciones son prestados por un ente de naturaleza pública (66). No es difícil de hecho, imaginar algunas de estas situaciones, fundamentalmente en los casos en que un servicio público se presta a través de un tercero privado (67). No obstante, hemos de admitir que, efectivamente, habrá relaciones de la Administración o de los entes dependientes de la misma con los administrados-consumidores que deberán seguir, en todo caso, el cauce indicado por la legislación administrativa para la satisfacción de las pretensiones de los administrados.

4. LAS JUNTAS ARBITRALES

El RDAC, dedica su Capítulo II a las Juntas Arbitrales de Consumo, que se constituyen como los órganos encargados de la gestión y administración de

(66) Cfr. artículos 1.2, 10.1, 22.2, y la Disposición Adicional 2.ª de la LGDCU.

(67) Cfr. SAP de Tarragona, de 3 de julio de 1995, en la que se distingue en un contrato de suministro firmado por los clientes con una empresa concesionaria de la Administración, un aspecto administrativo (en la gestión y prestación del servicio, con control por la Administración) y un aspecto privado (la relación contractual entre el abonado y la empresa).

los arbitrajes, frente a los Colegios Arbitrales, que son los órganos de carácter decisorio. El artículo 3.1 del RDAC establece que «se constituye una Junta Arbitral de Consumo de ámbito nacional, adscrita al Instituto Nacional del Consumo, que conocerá, exclusivamente, de las solicitudes de arbitraje presentadas a través de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios cuyo ámbito territorial exceda del de una Comunidad Autónoma, por los consumidores y usuarios que estén afectados por controversias que superen asimismo dicho ámbito». A continuación, en el apartado 2 de este mismo precepto, se dice que «las Juntas Arbitrales de Consumo, de ámbito municipal, de mancomunidad de municipios, provincial y autonómico, se establecerán por la Administración General del Estado mediante acuerdos suscritos a través del Instituto Nacional del Consumo, con las correspondientes Administraciones Públicas». Del tenor literal de esta norma, cabe afirmar, como ya se adelantó en la introducción de este trabajo, el carácter administrativo de las Juntas Arbitrales. Partiendo de este hecho, se puede destacar una consecuencia esencial y es que la composición, el funcionamiento y en general la actividad de las Juntas Arbitrales, van a estar sometidas al derecho administrativo (68).

Lo dicho en el párrafo precedente hay que ponerlo en relación con el texto del artículo 8 del RDAC, cuando declara que «la Junta Arbitral de Consumo, por medio de su presidente, no aceptará las solicitudes de arbitraje, procediendo a su archivo, cuando se trate de las cuestiones a las que se refiere el artículo 2.2 del presente Real Decreto». Hay que distinguir según se declare el archivo o la aceptación a trámite de una solicitud presentada ante la Junta Arbitral, pues las consecuencias serán bien distintas en uno y otro caso. Si la Junta Arbitral resuelve la admisión de una solicitud, cabe cuestionarse la fuerza vinculante de esta decisión respecto de los miembros del Colegio Arbitral. Es decir, hay que preguntarse si en el ámbito del arbitraje de consumo sería aplicable el artículo 22.1 de la LA, que faculta a los árbitros «para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia».

Si se responde negativamente a esta cuestión, el Colegio Arbitral deberá acatar, en todo caso, la admisión a trámite por la Junta Arbitral de una solicitud de arbitraje, aun cuando consideren que la materia de que trata está sustraída a su conocimiento por la Ley o por la voluntad de las partes. Sin embargo, el resultado no parece muy razonable, por lo que se estima más adecuado admitir la compatibilidad de la potestad reconocida a las Juntas Arbitrales, con la de los propios árbitros para decidir sobre su competencia (69). Además, la facultad de las Juntas Arbitrales se proyectaría, según

(68) Cfr. LORCA NAVARRETE, cit., *La resolución...*, pág. 132 y sigs.

(69) Cfr., en este sentido, MARÍN LÓPEZ, *loc. cit.*, «Objeto...», pág. 158.

lo dispuesto en el artículo 8 del RDAC, sobre la arbitrabilidad de la controversia que pretende someterse a arbitraje (70); sin embargo, la proyección del artículo 22 de la LA es mucho más amplia, en tanto que atribuye a los árbitros el poder de decisión sobre cualquier circunstancia que pudiera impedir entrar a conocer sobre el fondo de la controversia.

Por el contrario, cuando la Junta Arbitral competente estimara que procede el archivo de una solicitud de arbitraje, parece que se estaría ante un acto administrativo (71), con la consecuencia de que sería recurrible por los medios previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Esta vía de impugnación también sería la adecuada para los casos en que el consumidor que haya solicitado la incoación del procedimiento arbitral vea desestimada su pretensión por la Junta Arbitral por otros motivos distintos de los enunciados en el artículo 2.2 del RDAC. Y es que aunque el artículo 8 del RDAC sólo prevé el archivo de la solicitud fundado en estos motivos, a mi juicio debe entenderse que la competencia de las Juntas Arbitrales alcanza la denegación de aquellas solicitudes cuando concurren otras circunstancias que no puedan ser sustanciadas por el procedimiento arbitral. Como fundamento se puede apuntar el artículo 4 del RDAC, que señala como una de las funciones de las Juntas Arbitrales, «el fomento y la formalización de convenios arbitrales» (72).

Ahora bien, la subjetividad ínsita en la interpretación de determinados supuestos como susceptibles de arbitraje, demanda ciertas cautelas a la hora de denegar una solicitud de arbitraje, especialmente cuando la exclusión venga dada por la delimitación por las partes del ámbito del convenio arbitral. Concretamente, se está pensando en la limitación que con carácter unilateral puede hacer una empresa a través de una oferta pública de sometimiento al arbitraje de consumo (73). Sin perjuicio del examen más detenido que se hará sobre esta cuestión, basta con advertir en este momento que habrá casos en los que el criterio de exclusión contenido en la oferta de sometimiento no sea

(70) Aunque, como se expondrá más adelante, la competencia de las Juntas Arbitrales para decidir sobre la admisión a trámite de una solicitud de arbitraje, puede verse ampliada si se tiene en cuenta la función que les atribuye el artículo 4 del RDAC, en su letra *a*), de «fomento y formalización de convenios arbitrales, entre consumidores y usuarios y quienes produzcan, importen o suministren o les faciliten bienes o servicios».

(71) Cfr. CUÑAT EDO, cit., pág. 31; en contra, BADENAS CARPIO, *El sistema arbitral de reclamaciones de consumo*, Valencia, 1993, pág. 95.

(72) Cfr. GUTIÉRREZ SANZ, cit., pág. 90, quien considera efectivamente que la función de formalización de los convenios arbitrales incluye la de examinar «dicha solicitud verificando que coincide el arbitraje solicitado con el ofrecido». No obstante, esta autora lleva esta afirmación a sus últimas consecuencias, cuando declara que «cuando el artículo 12 del RDAC prevé las funciones del Colegio Arbitral está ya dando por supuesto que el asunto sometido a su consideración es materia de arbitraje, sin ninguna duda».

(73) Cfr. artículo 6.2 del RDAC.

eminentemente objetivo. Sí lo será, por ejemplo, cuando la adhesión al sistema arbitral se condicione por la empresa a reclamaciones que no excedan de una determinada cuantía. Al ser un dato fácilmente comprobable, en general, no habrá problema en que la constatación del mismo se haga por la Junta Arbitral (74). En otros supuestos, sin embargo, no será tan sencillo señalar los límites de la oferta, por lo que sería preferible que ante la mínima duda, sea el Colegio Arbitral quien decida si es competente para conocer de esa controversia en concreto.

Cuando los árbitros se declarasen incompetentes, el cauce adecuado para recurrir esta decisión no sería el previsto por la legislación administrativa, puesto que los Colegios Arbitrales no son órganos de esta naturaleza, sino que quedaría en todo caso expedita la vía judicial. No parece tampoco procedente para este supuesto la acción directa que se regula en el artículo 21.1 de la LA, puesto que el supuesto de hecho que prevé la norma, no es el mismo que el que se está planteando. Y es que según este precepto, «la aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros».

III. EL CONVENIO ARBITRAL

1. EL CONTENIDO DEL CONVENIO ARBITRAL DE CONSUMO

El arbitraje como instrumento de resolución de conflictos alternativo a la vía judicial es una institución que se erige sobre el principio de autonomía de la voluntad enunciado con carácter general en el artículo 1.255 del Código Civil (75). La expresión de esta voluntad va a materializarse en el convenio arbitral, tal y como lo establece el artículo 9 de la LA, cuando dispone que «el convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual». La necesaria voluntariedad de someterse al procedimiento arbitral de consumo ya se puso de relieve también en el artículo 31.2 de la LGDCU, cuando dice que «el sometimiento

(74) Cfr., en el mismo sentido, LORCA NAVARRETE, cit., pág. 132 y sigs.

(75) Cfr. SSTC de 11 de noviembre de 1996 y de 17 de enero de 2005; cfr. también, LETE DEL RÍO/LETE ACHIRICA, cit., págs. 803 y 804.

de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito».

La misma voluntad libre de las partes también puede actuar en sentido negativo, dejando sin efecto el acuerdo arbitral. Aun cuando el artículo 11 de la LA establece que «el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria», a *sensu contrario*, se deduce que si las partes que hubiesen formalizado el convenio, deciden finalmente que una determinada controversia sea conocida por la jurisdicción ordinaria, el denominado efecto negativo del convenio arbitral no desplegará su eficacia (76). Este suceso no significa necesariamente una renuncia tácita al pacto original, siempre y cuando el acuerdo alcanzado por las partes comprendiera todas las controversias que pudieran surgir entre las partes en el seno de una determinada relación. De modo que, si en un conflicto posterior una de las partes manifiesta su voluntad de someterse al arbitraje en virtud de aquel convenio, no podrá oponerse la contraparte.

1.1. *Contenido normativo*

No obstante lo dicho, el convenio arbitral en el ámbito de consumo va a presentar unas peculiaridades que es preciso analizar. Debe ponerse, en primer lugar, de relieve lo dispuesto en el artículo 4 de la LA. Concretamente en su letra *b)* dice que cuando una disposición de esta ley «se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido». También la propia Exposición de Motivos de esta Ley habla del contenido normativo del convenio arbitral en los supuestos en que la voluntad de las partes se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar, en su caso, la institución administradora de arbitraje, en virtud de sus propias normas. Este contenido normativo del convenio puede predicarse del sistema arbitral de consumo, y así puede deducirse de varios de sus preceptos (77). Lo dicho, no obsta a que el RDAC dé entrada a la voluntad consensuada de las partes para integrar algunos extremos del procedimiento. Así sucede, por ejemplo, en la letra *a)* del artículo 11.1, que en su párrafo 2.º prevé que «la facultad de designar al presidente del colegio podrá recaer en las partes, cuando éstas lo solicitasen de mutuo acuerdo, atendiendo a la especialidad del objeto de la reclamación». En cualquier caso, el convenio

(76) Cfr. LETE DEL RÍO/LETE ACHIRICA, cit., pág. 814.

(77) Cfr. artículos 2.2, 6.2 y 10.1 del RDAC.

arbitral deberá contener la voluntad inequívoca de las partes de someterse a la decisión de un tercero, la cual va a tener carácter vinculante y ejecutivo. Por tanto, aun sin negar la naturaleza contractual del convenio arbitral, conviene llamar la atención sobre las singularidades que prevé la regulación específica del arbitraje de consumo en la formalización del convenio, y que van a mitigar en cierta medida aquel carácter convencional.

1.2. *La limitación unilateral del convenio*

El contenido del convenio arbitral en el sistema de consumo, como ya se ha mencionado anteriormente, puede cercenarse por voluntad del empresario o profesional a través de una oferta pública de sometimiento. En este apartado se pretende analizar únicamente la facultad que el RDAC concede a todo profesional, de determinar unilateralmente las condiciones en que se realiza la adhesión. El artículo 6.2 de esta norma exige, de hecho, en su letra *a*), como uno de los requisitos de la oferta pública de sometimiento, que contenga el ámbito de la oferta (78). En relación con esta posibilidad, no cabe duda de que resulta coherente con la voluntariedad en que debe fundarse la institución arbitral (79), no obstante en mi opinión, aquella facultad no puede ser ilimitada. La total arbitrariedad en este punto podría amparar una situación en la que el núcleo de materias excluidas sea tan amplio, que la oferta de sometimiento deje de ser real.

Además, hay que advertir que una de las consecuencias derivadas de la adhesión al sistema arbitral de consumo, a través de la emisión de una oferta pública, es que se otorgará un distintivo oficial a los profesionales que la realicen. Esta publicidad crea una confianza en el consumidor que puede determinar la opción de contratar la adquisición de un bien o la obtención de un determinado servicio con la empresa distinguida por este símbolo (80). En este orden

(78) Cfr. MARÍN LÓPEZ, *loc. cit.*, «Presente...», pág. 17. Este autor afirma que la pretensión original del precepto no era la de conceder esta facultad al empresario, sino que el legislador estaba pensando en que se hiciera constar el ámbito de su actividad comercial.

(79) Cfr. FIDALGO LÓPEZ, «El contrato de sometimiento al arbitraje de consumo. Inicio del procedimiento arbitral por el empresario», en *NUE* (núm. 263, monográfico sobre *El derecho de los consumidores ante la Unión Europea*), 2007, pág. 18. Esta autora considera que, además de vulnerarse el principio de autonomía de la voluntad, «la imposibilidad de limitar las ofertas públicas de sometimiento contraría el derecho a la tutela judicial efectiva».

(80) Cfr. PÉREZ-SERRABONA, «Réflexions sur le système d'arbitrage de consommation en Espagne», en *REDC*, 2002, pág. 209. Según la opinión de este autor, un desarrollo adecuado del sistema arbitral de consumo pasa por la adhesión obligatoria de las empresas estatales o sociedades de economía mixta. De este modo, tanto el signo distintivo, como el hecho mismo de estar afiliado al sistema arbitral serán, en todo caso, un índice de calidad para los consumidores.

de cosas, resulta también llamativo que varias normas protectoras de los intereses de los consumidores exigen que el consumidor sea informado de los cauces que tiene a su disposición para reclamar sus derechos frente al profesional con el que contrata (81). No obstante, siendo el arbitraje de consumo una de las vías de reclamación más asequibles para el consumidor, no se prevé que se ponga en conocimiento del consumidor en el momento de la contratación, no sólo de que la empresa está adherida al sistema arbitral, sino que además se haga constar con qué condiciones se produce este sometimiento (82).

A tenor de lo expuesto, debe denunciarse la necesidad de adoptar ciertas medidas para conciliar, por una parte, el acceso de los consumidores a un órgano de resolución de conflictos distinto a la jurisdicción ordinaria, que sea real y efectivo; y por otra, la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad en las relaciones jurídico-privadas. Por el momento, puede proponerse como vía para encontrar posibles soluciones correctoras del fraude de ley que se permite en la regulación actual, la inspiración en las normas sobre condiciones generales y cláusulas abusivas. De hecho, se ha llegado a comparar la facultad de las empresas de cercenar el ámbito de la oferta con un verdadero contrato de adhesión (83). Y es que, ciertamente, el consumidor no tiene capacidad para negociar el ámbito del convenio arbitral, que al fin y al cabo, no deja de ser un contrato.

3. LA CAPACIDAD Y LA REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

El RDAC no se refiere en ninguno de sus preceptos a la capacidad necesaria para celebrar el convenio arbitral, como tampoco lo hace la nueva LA. Sin embargo, admitida la naturaleza contractual del convenio (84), es lógico pensar que se requiere la capacidad de obrar. También se refuerza esta afirmación al amparo del apartado III de la Exposición de Motivos de la LA, cuando

(81) Cfr., por ejemplo, en materia de garantías, el artículo 11.3, letra *f*) de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo; o en materia de venta a distancia puede citarse el artículo 40.1, letra *k*), de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, en su redacción dada por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre.

(82) Únicamente se impone como una de las funciones de las Juntas Arbitrales en las letras *c*) y *d*) del artículo 4 del RDAC, «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»; y «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».

(83) Cfr. CHECA BRAVO, «Las ofertas públicas de sometimiento al sistema arbitral de consumo», en CC, 2005, pág. 125.

(84) Cfr. VERDERA SERVER/ESPLUGUES MOTA, cit., pág. 322; CORDÓN MORENO, *El arbitraje de Derecho Privado*, Cizur Menor (Navarra), 2005, pág. 102.

recomienda la aplicación de las normas generales sobre contratos en todo lo no específicamente previsto en esta ley. Hay que acudir, entonces, a las normas del Código Civil sobre la capacidad general para contratar, en concreto al artículo 1.263 del Código Civil, en virtud del que no podrán prestar consentimiento los menores no emancipados ni los incapacitados. Estas personas deberán actuar mediante sus representantes legales (85), una vez recabaran la correspondiente autorización judicial (86). Lo dicho hasta el momento puede aplicarse también en el caso del pródigo o incapaz que estuvieren sometidos a curatela, siempre y cuando la sentencia de incapacitación exigiera la intervención del curador para celebrar un convenio arbitral (87). Si bien, lo cierto es que no siempre la resolución judicial se va a referir expresamente a la posibilidad de someterse a arbitraje. En este caso, el Código Civil prevé que se entenderá preceptiva la intervención del curador en los casos en que el tutor necesita la autorización judicial. Por tanto, tal y como se menciona más arriba, parece que debe exigirse, en ese caso, la intervención del curador (88). En lo que respecta al menor emancipado necesitará, para celebrar válidamente un convenio arbitral, el complemento de capacidad que se regula en los artículos 323 y 324 del Código Civil (89). Eso sí, solamente se exigirá este requisito cuando con la celebración del convenio pudieran verse comprometidas alguna de las actuaciones a las que se refieren estos preceptos. Concretamente, el artículo 323 establece que «hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador».

Estas reglas de capacidad son sustancialmente las mismas que el Código Civil regula para la transacción en sus artículos 1.810 y siguientes. No obstante, sin negar la cercanía entre la figura del arbitraje y la transacción, hay que admitir que son dos instituciones distintas (90). Es más, aun estando en vigor la LADP de 1953, ya había autores que encontraban incorrecta esta equiparación (91). Y de hecho, se mantuvo la misma actitud crítica en relación con la ALA, insistiendo en la idea de que la capacidad exigible para someter a arbitraje una o más controversias es la capacidad procesal (92). Es cierto que el

(85) Cfr. artículos 162 y 267 del Código Civil.

(86) Cfr. artículos 166 y 271 del Código Civil; también, LETE DEL RÍO/LETE ACHIRICA, cit., pág. 812; VERDERA SERVER/ESPLUGUES MOTA, cit., pág. 330.

(87) Cfr. artículo 286 y sigs. del Código Civil.

(88) Cfr. GARCÍA RUBIO, cit., pág. 84.

(89) Cfr. GARCÍA RUBIO, cit., pág. 83.

(90) Cfr. BADENAS CARPIO, cit., pág. 44 y sigs.

(91) Cfr. DÍEZ PICAZO, «El Pacto Comisorio y la nueva Ley de Arbitraje», en ADC, 1954, pág. 1162.

(92) Cfr. O'CALLAGHAN, «El contrato de compromiso según la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988», en AC, 1989, pág. 5.

convenio arbitral, además de ser un contrato en el sentido de acuerdo de voluntades, también representa un acto mediante el que se abre un proceso análogo al judicial. La doctrina hace referencia continuamente a la dualidad que contiene la institución arbitral (93) ya que, por un lado, nace en una esfera privada y se funda de hecho en la autonomía de la voluntad de las partes; pero además, su eficacia se va a desplegar también en el campo procesal.

Cabría distinguir de este modo, en un plano eminentemente teórico, la capacidad para celebrar el convenio arbitral de aquélla para comparecer e intervenir como parte en el procedimiento arbitral. A pesar de que en la mayor parte de los casos la denominada capacidad procesal se equipara a la capacidad de obrar, la falta o existencia de esta última no presupone la de aquélla. Así sucede en el caso de los menores emancipados, quienes tienen una capacidad plena en el ámbito procesal, como se desprende del párrafo 2.º del artículo 323 del Código Civil. Esta norma dice que «el menor emancipado podrá comparecer por sí solo en juicio». La doctrina, no obstante, reconoce tímidamente que esta declaración legal podría matizarse en función de que el objeto del proceso afectara o no a alguno de los actos para los que se exige el complemento de capacidad (94).

Como puede observarse, en general van a coincidir la capacidad para contratar con la capacidad para intervenir como parte en un proceso. Sin embargo, no por eso debe olvidarse que en algunas ocasiones puede transcurrir un periodo de tiempo entre la firma del convenio arbitral y el surgimiento de la controversia. Entonces, los requisitos de capacidad que hubieran concurrido en el momento de firmar el convenio, podrían no existir ya al tiempo de la celebración del procedimiento arbitral. En tal caso, parece razonable aplicar los mecanismos del derecho procesal para suplir esa falta de capacidad (95). Si se mantiene esta tesis, se estaría admitiendo la posibilidad de separar la capacidad de obrar que se exige para celebrar el convenio, de la capacidad necesaria para realizar actos válidos y eficaces en el procedimiento arbitral.

En todo caso, refiriéndose ya concretamente al sistema arbitral de consumo, debería plantearse la posibilidad de flexibilizar las reglas sobre capacidad, que se aplican con tanto rigor en el ámbito tanto civil como procesal. Sobre todo, en lo que respecta a los menores de edad no emancipados, y ello por dos razones. De una parte, debe recordarse que la cuantía de los litigios que por lo general se conocen en el arbitraje de consumo no suele ser muy elevada. Y en segundo término, debe apelarse, a mi juicio, a la realidad social actual, en la que el acceso a los bienes y servicios por los más jóvenes es cada

(93) Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, cit., pág. 145; DE CARPI PÉREZ, cit., pág. 161.

(94) Cfr. SAMANES ARA, «Las partes en el proceso civil», en *La Ley*, Madrid, 2000, pág. 32; VERDERA SERVER/ESPLUGUES MOTA, cit., pág. 328.

(95) Cfr. artículo 8 de la LEC.

vez más asequible. Ciertamente, la adquisición y el disfrute de los productos de la sociedad de consumo se lleva a cabo de forma cotidiana, y en gran parte de los casos sin discriminación alguna por razón de edad. En cuanto a los fundamentos jurídicos, se puede traer a colación el artículo 162 del Código Civil, en tanto que tras reconocer a los padres que ostenten la patria potestad, la representación legal de sus hijos menores no emancipados, se exceptúan, entre otros, «los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo». También puede citarse en esta línea, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección jurídica del menor, que ordena que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores deberán interpretarse de forma restrictiva (96).

En lo que atañe a la representación, ya se hizo referencia más arriba a los supuestos en que va a ser necesaria la intervención de los representantes legales, tanto para que el convenio arbitral sea válido y eficaz (97), como para intervenir y actuar como parte en el procedimiento arbitral (98). Conviene asimismo, dedicar una breve referencia a la necesidad de que las personas jurídicas intervengan en el procedimiento a través de una persona física (99). Debido a la falta de soporte físico para actuar en juicio, las personas jurídicas han de hacerlo por medio de sus representantes (100). Se trata de la denominada representación necesaria (101), y en general se va a exigir la acreditación del correspondiente poder por la persona que comparezca en el procedimiento arbitral en nombre de la entidad (102).

Por lo que respecta a la representación voluntaria, también será de aplicación el régimen general del Código Civil. En virtud del artículo 1.259 del Código Civil (103), el convenio arbitral podrá celebrarse mediante un representante, siempre y cuando existiera la autorización pertinente; y si no mediara esta autorización, podrá ratificarse el contrato por la persona en cuyo nombre se hubiera otorgado. La doctrina coincide al exigir un poder especial

(96) Cfr., en este mismo sentido, VERDERA SERVER/ESPLUGUES MOTA, cit., pág. 329. En contra, DE CARPI PÉREZ, cit., pág. 161, nota 133.

(97) Cfr. artículos 162, 267 y 323 del Código Civil.

(98) Cfr. artículo 7 de la LEC.

(99) Cfr. artículo 7.4 de la LEC.

(100) Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA, MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Madrid, 2000, pág. 91.

(101) Cfr. artículo 37 del Código Civil, que se remite a lo dispuesto en las leyes reguladoras de las distintas personas jurídicas.

(102) Cfr. DE CARPI PÉREZ, cit., pág. 162.

(103) El artículo 1.259 del Código Civil establece: «Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal. El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante».

para celebrar el convenio arbitral (104), teniendo esta afirmación como telón de fondo, la equiparación del arbitraje con la transacción. El artículo 1.713 del Código Civil, inserto en la regulación dedicada al contrato de mandato, dispone que «para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso». De ahí que la doctrina sostenga la aplicación de este artículo a los supuestos de sometimiento a arbitraje, o también de modificación del convenio arbitral ya celebrado anteriormente (105).

En el caso de la representación para comparecer en el procedimiento arbitral, parece que basta con un poder ordinario, aunque con carácter expreso, y ya sea para llevar a cabo solamente determinadas actuaciones en el proceso, o en general para las actividades que fueran necesarias a lo largo de todo el iter procedimental (106). Conviene en este punto llamar la atención sobre la redacción del artículo 30 de la LA, cuyo apartado 2.º faculta a las partes a intervenir en las actuaciones arbitrales, directamente o por medio de sus representantes (107). El legislador de 2003 decide así obviar la mención que contenía el artículo 21.3 de la ALA, que concedía a las partes la posibilidad de que actuaran en el procedimiento por sí mismas o valiéndose de un abogado en ejercicio. Se aplaude la redacción de la norma actual, ya que la ALA planteaba la duda sobre la posibilidad de que las partes actuaran en el procedimiento arbitral a través de la representación voluntaria; duda que, por otra parte, se saldaba con una respuesta positiva por parte de la doctrina más autorizada (108).

En cualquier caso, la redacción contenida en el RDAC sobre este extremo no planteaba problemas, ya que en su artículo 10.2 se establece que «las partes podrán actuar por sí o debidamente representadas. El Colegio Arbitral apreciará, en este caso, la suficiencia de la representación». La doctrina, no sin denunciar la desafortunada redacción de la ALA, estimó suficiente la letra de aquel artículo para no tener que acudir a la norma supletoria (109), de ahí

(104) Cfr. CORDÓN MORENO, cit., págs. 120 y 181.

(105) Cfr. MUNNÉ CATARINA, *El arbitraje en la Ley 60/2003*, Barcelona, 2004, pág. 105.

(106) Cfr. MUNNÉ CATARINA, cit., pág. 105; MARTÍNEZ GARCÍA, «Comentario al artículo 30», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 2004, pág. 1053.

(107) Este precepto dice literalmente: «Las partes serán citadas a todas las audiencias con suficiente antelación y podrán intervenir en ellas directamente o por medio de sus representantes».

(108) Cfr. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «Comentario al artículo 21», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 1991, pág. 381. Este autor, además, se ha referido a la lógica aplastante del mismo precepto, cuando sanciona una posibilidad, como es contratar la asistencia técnica de un abogado que no precisa de un reconocimiento expreso en materia de arbitraje, pág. 380.

(109) Cfr. SAMANES ARA, «El procedimiento», en AA.VV., *El sistema arbitral de consumo*, Pamplona, 1997, pág. 172.

que no hubiera reticencias al admitir la posibilidad de que las partes intervinieran en el procedimiento arbitral de consumo a través de la representación voluntaria (110).

Fijándose en la letra del citado artículo 10.2 del RDAC, destaca la referencia a que las partes comparezcan, en su caso, «debidamente representadas», sin que se llegue a concretar cuándo puede entenderse cumplido este requisito. No obstante, cabe afirmar, a mi juicio, la suficiencia de un papel firmado por el reclamante, designando la persona que quiere que le represente (111). La razón es que como ya se ha dicho en más de una ocasión a lo largo de este artículo, los intereses que entran en juego en el ámbito del arbitraje de consumo no suelen tener una gran entidad económica. De cualquier forma, si se quieren prevenir posibles problemas que pudieran surgir de la representación autorizada a través de documento privado, el poder podrá ser otorgado por comparecencia ante el secretario de la Junta Arbitral. En todo caso, sería conveniente que el RDAC se pronunciara sobre esta cuestión en su texto articulado, pudiendo incluso exigir una rigurosidad mayor en las reclamaciones que alcanzaran determinada cuantía. Para terminar, debe destacarse la posibilidad de que una Asociación de Consumidores actúe como representante del reclamante en el procedimiento (112). En este caso, tal y como se ha señalado por la doctrina, parece que será suficiente con demostrar la condición de socio del consumidor (113).

3. LA FORMALIZACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

La LA dedica su Título II al convenio arbitral y sus efectos, y, como ya se observa en su Exposición de Motivos, la regulación que contiene va a estar presidida por un criterio eminentemente antiformalista, y por el principio de conservación del convenio arbitral. En efecto, a pesar de que se sigue exigiendo su constancia por escrito, al igual que hacía el artículo 6 de su antecesora (114), también es cierto que la nueva LA tiene en cuenta el desarrollo de los medios de comunicación y nuevas tecnologías. Así, su artículo 9.3, establece que «el convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuer-

(110) Cfr. BADENAS CARPIO, cit., págs. 201 y 202.

(111) Cfr., en el mismo sentido, en referencia al arbitraje en general, DE ÁNGEL YAGÜEZ, cit., pág. 381; en contra, DE CARPI PÉREZ, cit., pág. 162.

(112) Cfr. artículo 5 del RDAC.

(113) Cfr. DE CARPI PÉREZ, cit., pág. 162.

(114) El artículo 6.1 de la ALA decía lo siguiente: «El convenio arbitral deberá formalizarse por escrito y podrá concertarse como cláusula incorporada a un contrato principal o por acuerdo independiente del mismo».

do» (115), aclarando a continuación que «se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo». Por lo demás, no se aportan más novedades a la regulación que sobre esta materia contenía ya la ALA, y así, el artículo 9.1 de la LA, sigue manteniendo que «el convenio arbitral podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o la de un acuerdo independiente» (116). Y para completar los requisitos de forma y contenido del convenio arbitral, el artículo 9.2 de la LA establece que cuando «el convenio arbitral esté contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato», remisión que ya se contenía también en la ALA (117).

El convenio arbitral es un verdadero contrato (118), en tanto que concurrencia de voluntades sobre la sumisión de todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica al arbitraje (119). Por tanto, será de plena aplicación la regulación general en cuanto a la validez, eficacia y objeto de los contratos. En relación con esta afirmación, conviene hacer referencia en este momento a la autonomía que se predica del convenio arbitral, con respecto a la relación jurídica en la que se enmarca. Así queda patente en la regulación de la LA, cuando en su artículo 22 señala que «el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral (120).

En el marco del sistema arbitral de consumo, el criterio de la flexibilidad, en cuanto a la forma del convenio, adquiere especial relevancia, tal y como se desprende de la regulación contenida en el RDAC. En su Capítulo III, bajo la rúbrica «De la formalización del convenio arbitral», acoge una serie de preceptos (121) que evidencian un cauce peculiar, en tanto que se aparta del propuesto con vocación general por la LA. Las particularidades que se advier-

(115) Ya el artículo 6.2 de la ALA advertía que «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».

(116) Cfr. artículo 6.1 de la ALA.

(117) Concretamente, en el artículo 5.2 de la ALA se disponía, en un sentido muy similar al de la nueva Ley, lo siguiente: «Si el convenio arbitral se ha aceptado dentro de un contrato de adhesión, la validez de este pacto y su interpretación se acordarán a lo prevenido por las disposiciones en vigor respecto de estas modalidades de contratación».

(118) Cfr. VERDERA SERVER/ESPLUGUES MOTA, cit., pág. 321.

(119) Cfr. artículo 9.1 de la LA.

(120) Cfr. GARCÍA RUBIO, *loc. cit.*, pág. 76.

(121) Cfr. artículo 5 y sigs. del RDAC.

ten encuentran su explicación en el carácter administrado del arbitraje de consumo, ya que esta característica comporta la intervención de un tercero en la conclusión del convenio arbitral. Ese tercero va a ser el órgano que tiene atribuida la función de administración y gestión del arbitraje en el ámbito de consumo, esto es, la Junta arbitral. En lo que respecta a la constancia formal del convenio arbitral, hay que decir que la regulación del RDAC también respira de la libertad que imbuye la nueva LA. Así, cabe destacar que no se requiere la formalización del convenio arbitral en un documento único; es más, la regla general en el RDAC va a provocar que la voluntad de las partes se plasme por separado. El cauce que el RDAC pone a disposición del consumidor para que manifieste su deseo de iniciar el procedimiento arbitral es la solicitud ante la Junta Arbitral de consumo (122). El reclamado, por su parte, que hará constar su sometimiento libre al arbitraje de consumo, bien a través de una oferta pública (123), o bien haciendo constar su aceptación para ese caso concreto (124).

3.1. *Momento de perfección*

El momento en que se produzca la conclusión del convenio será distinto según si ya existiera o no, una previa oferta pública de sometimiento al sistema arbitral de consumo por la empresa reclamada. En caso afirmativo, el artículo 6.1 del RDAC dice que «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». Si no constara un sometimiento anterior al arbitraje de consumo, el convenio requiere para su perfección la aceptación expresa del arbitraje por el reclamado, que según el

(122) Esta solicitud no requiere forma específica, aunque en la práctica suele efectuarse a través de modelos normalizados de hojas de reclamación que se ponen a disposición de los consumidores en la administración competente, y en los que el reclamante podrá señalar las actuaciones que solicita de la administración. El RDAC, por su parte, impone a las Juntas Arbitrales la obligación de «elaborar y poner a disposición de los interesados los modelos de convenio arbitral, en los que se reflejarán las cuestiones que no puedan ser sometidas al sistema arbitral de consumo». Puede verse un modelo de solicitud de arbitraje en: AA.VV., *El sistema arbitral de consumo*, QUINTANA CARLO/BONET NAVARRO (Directores), Pamplona, 1997, págs. 276 y 277.

(123) El artículo 6.1 del RDAC establece al efecto: «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, siempre que dicha solicitud coincida con el ámbito de la oferta».

(124) El artículo 9.1 del RDAC recoge este supuesto: «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».

artículo 9.1 del RDAC, deberá dirigirla a la Junta Arbitral competente, «por escrito o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, en el plazo de quince días hábiles, a contar desde la recepción de la notificación». A tenor de lo expuesto, hay que destacar el carácter *ad hoc* que el RDAC atribuye al convenio arbitral de consumo, en el sentido de que el acuerdo de voluntades se va a formalizar una vez que haya surgido la controversia. Ahora bien, esta afirmación debe relativizarse, atendiendo a la posibilidad de que la formalización de un convenio arbitral celebrado entre un consumidor y un operador económico pueda realizarse fuera del marco que se perfila en el RDAC.

Una primera vía se contempla con la inclusión de una cláusula en un contrato en que sea parte un consumidor, que declare el sometimiento a un arbitraje distinto del de consumo. Esta cláusula es nula de pleno derecho según el artículo 8 de la LCGC (125), cuando declara en su primer apartado que «serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». A continuación, en su apartado 2.º dice que «en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales, en todo caso, las definidas en el artículo 10.bis y Disposición Adicional 1.ª de la LGDCU». Efectivamente, en el número 26 de la Disposición Adicional 1.ª de la LGDCU, se contempla como cláusula abusiva aquella que contenga «la sumisión a arbitrajes distintos del consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para sector o un supuesto específico» (126). Sin embargo, ya se ha advertido en el tratamiento de esta cuestión (127), que no puede reputarse el carácter abusivo de esta cláusula, cuando se hubiera negociado individualmente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10.bis de la LGDCU, que define en su primer apartado como cláusulas abusivas «todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente». Esta interpretación sería cuestionable, en mi opinión, a la vista de la rotundidad con que la LGDCU declara en el mismo apartado 1.º del artículo 10.bis, que «en todo caso, se considerarán cláusulas abu-

(125) Cfr. LETE DEL RÍO, *loc. cit.*, «Arbitraje...», págs. 712 y 713.

(126) Es interesante traer a colación la STJCE de 26 de octubre de 2006. Aunque la cuestión que se plantea trae causa de un precepto de la Ley de Arbitraje de 1988, no deja de ser de gran interés el pronunciamiento del Tribunal. Y es que según la tesis acuñada por la resolución citada, un juez español puede declarar la nulidad del laudo, por considerar que la cláusula de sometimiento al arbitraje es abusiva, aun cuando el consumidor no haya impugnado el convenio en el curso del procedimiento arbitral. En un marco más amplio que el de la institución arbitral, cfr. LETE ACHIRICA, «Las cláusulas de sumisión expresa en contratos con condiciones generales desde la perspectiva del Derecho comunitario», en *La Ley*, 2000, pág. 1978 y sigs.

(127) Cfr. FIDALGO LÓPEZ, *loc. cit.*, pág. 19.

sivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la Disposición Adicional 1.^a de esta Ley». En todo caso, hay que tener en cuenta las modificaciones que se introducen con la nueva Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios (128) (LMPCU), puesto que, a mi juicio, son esclarecedoras para responder a esta cuestión.

La LMPCU, ya en su Exposición de Motivos, advierte de la ineficacia del artículo 10.4 de la LGDCU, que queda suprimido en virtud de esta norma. Aquel precepto disponía que «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». Es cierto que, declarada en la Disposición Adicional 1.^a de la LGDCU, la nulidad de toda cláusula en virtud de la que se imponga al consumidor el sometimiento a un arbitraje distinto del de consumo, esta previsión deviene obsoleta. Pero el legislador va más allá, y añade un nuevo apartado al artículo 31 de la LGDCU (129), según el que «los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo previsto en este artículo sólo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico. Los convenios arbitrales pactados, contraviniendo lo dispuesto en el párrafo precedente, serán nulos». A la vista de este precepto, parece que se está admitiendo implícitamente la validez de una cláusula de sometimiento a un arbitraje distinto del de consumo, lo que sólo podría ser aceptable en el supuesto referido más arriba de que hubiera sido fruto de una negociación por las partes. Con la introducción de este nuevo párrafo, se condiciona la eficacia de aquella cláusula, a que se pacte una vez que se haya revelado la controversia entre las partes. Se ha destacado, por tanto, que la importancia de esta norma reside precisamente en que podrá reputarse nula una cláusula arbitral que ponga al consumidor en una situación de indefensión, aunque no pueda calificarse como cláusula abusiva según lo dispuesto en la LGDCU (130), por ejemplo, porque se alegue que fue negociada individualmente.

Un segundo supuesto, distinto del anterior, es que la cláusula que se incluya en un contrato en que sea parte un consumidor, prevea el sometimiento al sistema arbitral de consumo (131). En principio, no parece haber problema para aceptar que la formalización del convenio conste de este

(128) BOE, 30 de diciembre de 2006.

(129) Cfr. artículo 9 de la LMPCU.

(130) Cfr. MARÍN LÓPEZ, *loc. cit.*, «Presente...», pág. 72.

(131) Cfr. FIDALGO LÓPEZ, *loc. cit.*, pág. 18 y sigs., quien analiza minuciosamente esta hipótesis, analizando el régimen resultante según si la cláusula de sumisión al arbitraje de consumo hubiera sido negociada individualmente o predispuesta por el empresario.

modo (132), aunque ello no obsta a que el consumidor deba presentar igualmente la solicitud de arbitraje ante la Junta Arbitral competente para que se forme el Colegio Arbitral una vez surja la controversia (133). Se plantea la duda de que el empresario también pueda solicitar el inicio del procedimiento arbitral de consumo. Dado el carácter unidireccional del arbitraje de consumo y a la luz de la regulación del RDAC, es ciertamente arriesgado contestar afirmativamente a esta cuestión, sin perjuicio en todo caso de que se admita el ejercicio de la reconvencción una vez iniciado el procedimiento. No obstante lo dicho, no faltan argumentos que aconsejan la revisión del esquema que el legislador plasmó en su momento en el RDAC (134), de cara a una actualización del régimen normativo aplicable al sistema arbitral de consumo.

3.2. La oferta pública de sometimiento

Como se adelantaba más arriba, tal y como dice el artículo 6.1 del RDAC, si de forma previa a la solicitud del consumidor, el reclamado hubiese realizado una oferta pública de sometimiento al sistema arbitral de consumo, el convenio se formalizará en el momento mismo de presentación de la solicitud. Cabe preguntarse, en primer lugar, sobre la naturaleza jurídica de esta declaración pública. Podría considerarse como una declaración unilateral de voluntad, en virtud de la que un profesional se obliga a someterse al arbitraje de consumo cuando surgiera alguna controversia con un consumidor en el ejercicio de su actividad económica. No obstante, sin necesidad de entrar en la polémica sobre la admisión de esta institución en nuestro ordenamiento (135), no parece necesario acudir a otras figuras distintas de la mera oferta contractual. Esta oferta se realiza con vocación general y precede a la perfección de un contrato, hecho que sucederá una vez se emita la aceptación por cualquiera de los destinatarios en el plazo que debe señalarse en la propia oferta. El artículo 6.2 del RDAC señala, de hecho, los requisitos que deberán integrar necesariamente el contenido de la oferta pública, y que son los siguientes: *a)* Ámbito de la oferta; *b)* Sometimiento expreso al presente Real Decreto del sistema arbitral de consumo; *c)* Compromiso de cumplimiento

(132) Cfr. LETE DEL RÍO, *loc. cit.*, «Arbitraje...», pág. 713; en contra, cfr. RUBIO ESCOBAR, «El sometimiento contractual del consumidor al Arbitraje de Consumo: ¿Sumisión expresa o mera opción a favor del arbitraje? Referencia a la nueva Ley de Arbitraje», en *La Ley*, 2004.

(133) Cfr. artículos 2.1, 3.1 y 5 del RDAC.

(134) Cfr. FIDALGO LÓPEZ, *loc. cit.*, pág. 21 y sigs., que defiende razonadamente la facultad del empresario de activar el procedimiento arbitral de consumo.

(135) Cfr. LETE DEL RÍO/LETE ACHIRICA, *Derecho de obligaciones*, vol. I, Cizur Menor (Navarra), 2005, pág. 168 y sigs.

del laudo arbitral; d) Plazo de validez de la oferta, que en caso de no constar se entenderá realizada por tiempo indefinido».

En cuanto a los requisitos formales, el RDAC establece que podrá realizarse comunicación de la oferta por escrito o a través de cualquiera de los medios electrónicos, informáticos o telemáticos, siempre que se garantice su autenticidad (136). Lo peculiar de esta oferta es que se reviste de un carácter público, por su comunicación a un órgano adscrito a la Administración Pública como son las Juntas Arbitrales, que deberá «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» (137). En suma, el efecto fundamental de esta oferta emitida por el profesional o empresario, es la perfección del convenio cuando se emite la aceptación por el consumidor a través de su solicitud. Pero además, cabe destacar una segunda consecuencia, que se contempla en el artículo 7.1 del RDAC, y es que «las Juntas Arbitrales de Consumo otorgarán un distintivo oficial a quienes realicen ofertas públicas de sometimiento al sistema arbitral de consumo».

El RDAC también regula la renuncia a la oferta pública, que según su artículo 7.3, «se comunicará a la Junta Arbitral a través de la cual se ha formalizado la oferta, por escrito o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, y conllevará la pérdida del derecho a ostentar el distintivo oficial desde la fecha de comunicación de dicha renuncia». En su apartado 4.º, el artículo 7 del RDAC continúa diciendo que «el otorgamiento de los distintivos a las empresas, y su renuncia por éstas, se plasmará en el Diario Oficial que corresponda a dicha Junta». A pesar de la preocupación que se deduce del texto del RDAC, por informar a los consumidores de las empresas que se encuentran adheridas al sistema arbitral, lo cierto es que los instrumentos previstos pueden no ser muy eficaces. La situación que provoca la regulación actual es la de imponer una carga al consumidor de acudir a las instancias oportunas para conocer el ámbito o plazo de duración de la oferta pública emitida por la empresa con la que se dispone a contratar la adquisición de un bien o la obtención de un servicio.

De esta forma, si el consumidor no se sirve de esa información con carácter previo, puede ocurrir que, aun hecha la renuncia por la empresa, se continúe utilizando el distintivo y el usuario confíe en la veracidad de la información publicitada. Como no se prevé la consecuencia de este incumplimiento en el RDAC, hay que acudir a la regulación general contenida en la LGDCU. El artículo 8 de esta norma recoge la tesis acuñada ya por la doctrina y la jurisprudencia, en virtud de la cual «la oferta, promoción y

(136) Cfr. artículo 6 del RDAC.

(137) Cfr. artículo 4, letra c) del RDAC.

publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad y de acuerdo con el principio de conformidad con el contrato regulado en su legislación específica. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido». De este modo, aun cuando una empresa hubiera renunciado a la oferta emitida o hubiera transcurrido el plazo señalado al efecto, si se prueba efectivamente que el empresario continúa utilizando el distintivo, el convenio quedaría formalizado desde el momento en que el consumidor presente la solicitud de arbitraje (138).

3.3. *La comunicación de aceptación del arbitraje*

Si la empresa a la que se dirige la reclamación, no hubiera manifestado su voluntad de someterse al arbitraje de consumo, con carácter previo, a través de una oferta pública, podrá aceptar igualmente someterse al arbitraje. Según el artículo 9.1 del RDAC, una vez se haya notificado la solicitud del consumidor al reclamado, éste «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». A continuación, en su apartado 2.º, el artículo 9 del RDAC, prevé que «en caso de que no constare formalizado previamente el convenio arbitral y el reclamado no contestase en el plazo establecido en el apartado anterior, la Junta Arbitral de Consumo ordenará el archivo de las actuaciones, notificándolo al reclamante».

Cuando aun se encontraba vigente la ALA, algún autor denunciaba la situación de desigualdad que podía crearse entre los reclamados que se adhieren mediante una oferta pública y los que lo hacen para cada supuesto concreto (139). Efectivamente, los empresarios que han emitido una oferta pública de sometimiento, podrán alegar, en su caso, y una vez puesta en su conocimiento la solicitud de arbitraje por el consumidor, las excepciones que estimen procedentes en su escrito de contestación (140), y que pueden ser no solo materiales, sino también de índole procesal (141). Ahora bien, si el

(138) Cfr. MARÍN LÓPEZ, *loc. cit.*, «Presente...», pág. 23, quien adelanta la intención del legislador de llenar esta laguna, adoptando precisamente esta solución.

(139) Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, «Cuestiones problemáticas de procedimiento arbitral de consumo», en *AJA*, 2003, pág. 5.

(140) Cfr. artículo 22.2 de la LA.

(141) Así se deduce del artículo 22 de la LA, cuando dispone que: «los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones

profesional que no hubiera emitido una oferta pública decide someterse al juicio de los árbitros para solucionar una controversia en concreto, la situación que se crea puede reputarse un tanto anómala. Y es que, si una vez perfeccionado el convenio arbitral con la aceptación del empresario, éste señala después en su escrito de alegaciones la existencia de un defecto que impide al tribunal entrar a conocer sobre el fondo del asunto, su actuación no parece adecuada al principio de buena fe (142). Aun admitiendo la incoherencia del sistema que se desprende de este razonamiento, es cierto que esta situación puede tener lugar también en el marco de un arbitraje distinto del de consumo. La LA permite en su artículo 9.1 que las partes en el convenio arbitral expresen su voluntad inequívoca de «someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir» (143). La posibilidad de que el convenio se celebre *ad hoc*, es decir, una vez surgida la controversia, y para ese preciso supuesto, provoca que las excepciones que en su caso fueran argüidas por la parte demandada, se pongan de manifiesto con posterioridad a la formalización del acuerdo arbitral.

A la vista de esta identidad de hecho, y dada la supletoriedad de la LA respecto al RDAC, debe acudirse a aquella norma para definir el régimen aplicable. En este sentido, la LA muestra, respecto a su predecesora, una mayor flexibilidad en cuanto al momento procedimental oportuno para alegar las excepciones por el demandado. Concretamente, el artículo 22.2 de la LA dispone, en primer término, lo que sería la regla general, en tanto que «las excepciones a las que se refiere el apartado anterior deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación». El artículo 23.1 de la ALA era más rigurosa, ya en sus términos, al disponer que «la oposición al arbitraje por falta de competencia objetiva de los árbitros, inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral deberá formularse en el momento de presentar las partes sus respectivas alegaciones iniciales». Pero es que además, la nueva LA permite apartarse de la regla general, cuando dice en el mismo artículo 22.2, que «la excepción consistente en que los árbitros se exceden del ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como

relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia». El artículo 23 de la ALA disponía que: «La oposición al arbitraje por falta de competencia objetiva de los árbitros, inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral deberá formularse en el momento de presentar las partes sus respectivas alegaciones iniciales».

(142) Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, *loc. cit.*, pág. 6. Este autor considera que «tal conducta, además de indicadora de un comportamiento poco acorde con las reglas de la buena fe, evidencia una lesión del principio general del derecho que impide ir en contra de los actos propios».

(143) En la ALA ya se contemplaba esta posibilidad en su artículo 1: «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 conforme a derecho».

se plantee durante las actuaciones arbitrales, la materia que exceda de dicho ámbito». Y en segundo término, cerrando el precepto citado, expone que «los árbitros sólo podrán admitir excepciones opuestas con posterioridad si la demora resulta justificada» (144).

En definitiva, el momento oportuno para oponer las excepciones pertinentes a juicio del demandado, será el escrito de contestación. Concretamente, en el sistema arbitral de consumo, no parece que exista óbice, a mi juicio, para que se aleguen en el mismo escrito de aceptación del arbitraje por el reclamado. La misma LA, en su artículo 22.2, reconoce que el hecho de haber designado o participado en el nombramiento de los árbitros no impide oponer las excepciones oportunas. De esta previsión, se desprende que la LA no estima contrario al principio de buena fe que el demandado, aun llevando a cabo de forma activa las actuaciones necesarias para el impulso del procedimiento arbitral, pueda señalar posteriormente aquellas circunstancias que pudieran ser impeditivas de una resolución sobre el fondo del asunto. Y es que, en definitiva, la voluntad de someterse al juicio de los árbitros designados sobre el fondo del asunto, debe comprender también el acatamiento de sus decisiones sobre las cuestiones procedimentales que se susciten.

IV. CONCLUSIÓN

Ya se ha señalado en más de una ocasión, a lo largo de este trabajo, las particularidades que hacen del sistema de consumo un arbitraje especial. Tanto, que a veces no resulta sencillo integrar la parca regulación del RDAC acudiendo a la normativa general de la LA. Por este motivo, se estima necesaria una intensa reforma del RDAC (145), intentando dar respuesta a las cuestiones que se han expuesto más arriba, y por supuesto a otras a las que no se ha podido hacer referencia (146). Fundamentalmente, se recuerda la conveniencia de replantearse la gratuidad como requisito del sistema arbitral de consumo, ya que a pesar de que se ha defendido en su momento la consustancialidad de esta característica a la función del arbitraje de consumo, tampoco puede despreciarse la adopción de ciertas medidas tendentes a un empleo más racional del sistema (147). Por otra parte, también sería deseable

(144) Cfr. SAMANES ARA, «Comentario al artículo 22», en AA.VV., *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, Valladolid, 2004, págs. 406 y 407.

(145) Cfr. DÍAZ ALABART, *loc. cit.*, pág. 1287.

(146) Cfr. MARÍN LÓPEZ, *loc. cit.*, «Presente...», quien aborda en este trabajo una gran parte de los problemas existentes en la actual regulación del sistema arbitral de consumo, así como las posibles respuestas para su prevista actualización.

(147) Cfr. MARÍN LÓPEZ, *loc. cit.*, «Presente...», pág. 36. Precisamente, tal y como apunta este autor, esa es la tendencia que parece seguirse en los trabajos preparatorios para la actualización de la normativa específica del arbitraje de consumo.

un pronunciamiento expreso sobre la exigencia o no de postulación en las distintas fases del procedimiento.

En lo que respecta a la decisión en equidad, no deja de llamar la atención la forma en que se declara la decisión en equidad como una posible alternativa para el arbitraje de consumo. Concretamente, la LA declara en su Disposición Adicional que «esta ley será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la LGDCU, que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho». De un lado, permite algo que ya existe, y además obvia toda referencia al RDAC, aun cuando es la norma que desarrolla específicamente el arbitraje de consumo. Entre los comentaristas de la LA, se ha intentado explicar los términos en que se pronuncia el legislador (148). A mi juicio, lo más adecuado parece que sería entender que el legislador no ha hecho referencia expresa del RDAC, sospechando que tal mención pronto podría quedar desfasada (149). No en vano, la citada LMPCU, en su Disposición Final sexta emplaza al Gobierno para que en el término de un año desde la entrada en vigor de esta norma, dicte una nueva regulación para el arbitraje de consumo (150).

En último término, cabría estudiar una ampliación de las materias sobre las que puede proyectarse el arbitraje de consumo, así como de los sujetos legitimados para intervenir en el procedimiento (151). En lo que se refiere a los requisitos de capacidad, ya se ha sancionado en el apartado correspondiente la posible adaptación de las reglas generales en esta materia, a las circunstancias que concurren en muchas de las relaciones de consumo. Y ya para concluir esta reflexión debe insistirse, una vez más, sobre la acuciante necesidad de encontrar una solución a la limitación indiscriminada de la oferta por parte de las empresas (152). En la doctrina se han apuntado algunas propuestas que se dirigen a un control por los agentes competentes

(148) Cfr. MATEO SANZ, *op. cit.*, pág. 765; este autor justifica la referencia de la Ley en estos términos para dejar clara la preferencia de la equidad en las decisiones del arbitraje de consumo, y dotar de sustento legal a esta opción que únicamente puede deducirse del artículo 11.3 del Real Decreto.

(149) Cfr. PALAO MORENO, *cit.*, pág. 1625.

(150) Esta Disposición dice exactamente: «1. En el plazo de un año, desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno, contando con el parecer de las Comunidades Autónomas a través de la Conferencia Sectorial de Consumo y con audiencia del Consejo de Consumidores y Usuarios, dictará una nueva regulación del sistema arbitral de consumo, regulando también el arbitraje virtual.

2. Reglamentariamente se determinarán los supuestos en que podrá interponerse reclamación ante la Junta Arbitral Nacional frente a las resoluciones de las Juntas Arbitrales Territoriales sobre admisión o inadmisión de las solicitudes de arbitraje.

3. Reglamentariamente se establecerán los supuestos en que actuará un árbitro único en la administración del arbitraje de consumo».

(151) Cfr. MARÍN LÓPEZ, *loc. cit.*, «Objeto...», pág. 159 y sigs.

(152) Cfr., en este sentido, ABELLÁN TOLOSA, «Hacia un nuevo reglamento del arbitraje de consumo», en CC, 2005, pág. 394.

para garantizar la protección de los consumidores y usuarios, por ejemplo, imponiendo algunos límites que marcaran la frontera más allá de la que no se podría aceptar la oferta emitida (153). Como ya se ha tenido oportunidad de señalar en su momento, en la situación actual se está permitiendo, en muchos casos, un verdadero fraude de ley que menoscaba de forma importante la debida protección de los intereses de los consumidores (154).

RESUMEN

CONVENIO ARBITRAL

La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, en vigor desde el 26 de marzo de 2004, ha supuesto un avance importante en esta institución como método de resolución de conflictos alternativos al judicial. Por otra parte, el hecho de que esta norma se dicte con una vocación general, hace que las novedades que introduce van a incidir de algún modo en todos los denominados arbitrajes especiales, es decir, en aquellos ámbitos en donde el procedimiento arbitral se ha desarrollado con unas particularidades especiales para servir al objeto que se persigue. Así sucede, de hecho, respecto de la protección de los consumidores y usuarios, donde el arbitraje regulado en el Real Decreto 636/1993, de 17 de diciembre, se presenta como un método rápido, eficaz y económico, puesto a disposición de este sector que por lo general se presenta como la parte contratante más vulnerable frente al profesional que oferta bienes o servicios. Este trabajo, por tanto, pretende analizar, desde esta perspectiva, algunas de las novedades que se introducen a través de la nueva Ley y fundamentalmente respecto a la formalización del convenio arbitral, que en el arbitraje de consumo reviste unas peculiaridades propias, derivadas fundamentalmente de su carácter de administrado.

ABSTRACT

ARBITRATED AGREEMENT

Act 60/2003 of 23 December on arbitration, in force since 26 March 2004, was an important step forward in the institution of arbitration as an alternative method to court proceedings for conflict resolution. Furthermore, the fact that the act was dictated as being general in scope means that the new features it introduced are in one way or another going to affect all of what is known as special arbitration, that is, the spheres where the arbitration procedure has developed special, unique features in order to meet the object pursued. Such is the case of consumer and user protection, where arbitration as regulated by Royal Decree 636/1993 of 17 December places a quick, effective, economical method at the disposal of consumers and users, a sector that in general is more vulnerable as a contractual party than the professionals who offer goods and services. This paper, then, endeavours to analyse from this perspective some of the new features introduced through the new act, fundamentally the conclusion of the arbitration agreement, which bears some unique features of its own in consumer arbitration, stemming fundamentally from its nature as the object of administration.

(Trabajo recibido el 06-09-07 y aceptado para su publicación el 10-10-08)

(153) Cfr. CHECA BRAVO, cit., pág. 129; MARÍN LÓPEZ, loc. cit., «Presente...», pág. 19.

(154) Cfr. MARÍN LÓPEZ, loc. cit., «Presente...», pág. 18.

ADENDA

En el periodo transcurrido entre la aceptación y la publicación de este artículo se han llevado a cabo reformas legislativas importantes que afectan al sustrato de este artículo. Ese hecho no obsta a que las reflexiones en él contenidas sean trasladables ahora en su mayoría a la nueva regulación; por otra parte, las reivindicaciones que se plasman en este estudio se han visto satisfechas en más de una ocasión por la nueva regulación. En relación con lo dicho, por tanto, pueden traerse aquí las modificaciones que afectan sustancialmente a las cuestiones tratadas en el presente trabajo. Por una parte, no puede dejar de mencionarse la entrada en vigor, en diciembre de 2007, del *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* y que dedica sus artículos 57 y siguientes a regular el marco general del arbitraje de consumo.

En segundo término, hay que destacar principalmente la sustitución del antiguo *Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, que se toma de hecho como referencia en el presente trabajo, por el actual *Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo*. Esta norma introduce novedades muy importantes respecto a su antecesora, tal y como se puede advertir ya sólo en el aumento de su articulado que alcanza 64 disposiciones normativas, frente a las 17 que integraban la anterior legislación. No obstante, aquí sólo van a anotarse de forma sucinta aquellos extremos de la regulación que presentan una relación más directa con la materia objeto de estudio y que se contienen fundamentalmente en el artículo 3.2 (que determina la regulación aplicable a las Juntas Arbitrales); en los artículos 25, 26 y 28.2, párrafo segundo (en donde se hace referencia a las ofertas públicas y las consecuencias de su limitación, como es la creación de un distintivo específico); también es inevitable hacer hincapié en la admisión expresa de la reconvencción en el procedimiento arbitral de consumo contenida en el artículo 43; y ya por último, puede subrayarse en esta línea marcada por el presente artículo, la previsión del denominado arbitraje de consumo colectivo en los artículos 56 y siguientes.