

- SÁNCHEZ MIGUEL, M.C., Las garantías de los consumidores en las compraventas transfronterizas, en Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque, Valladolid, 1998, II, págs. 1125 y sigts
- SANZ VALENTÍN, L.A., La Directiva 1999/44 CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, en Actualidad Civil n.º 35 (1999), págs. 1073 y sigts.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., Intervención del vendedor en el proceso de evicción, en Estudios de Derecho Procesal, Ariel, Barcelona, 1969, págs 251 y sigts.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., Llamada en garantía, en NEJ, XV, págs 734 y sigts.
- SOLÉ I FELIU, J., El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- TENREIRO, M., La proposition de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation, en Revue Européenne de droit de la consommation, 1996, págs. 187 y sigts
- TORRES LANA, J A., La garantía en las ventas al consumidor, en Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdep, Barcelona, Bosch, 1992, I, págs. 791 y sigts.

EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO Y LOS PRINCIPIOS DE LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS APLICABLES A LOS ÓRGANOS DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LOS LITIGIOS DE CONSUMO

por **Jesús Checa Bravo**

Licenciado en Derecho
 Presidente de la Junta Arbitral
 de Consumo de la Región de Murcia

1. ANTECEDENTES

1. 1. Con la aprobación en abril de 1975 del Primer Programa, Preliminar, de Protección de los Consumidores (1), las Comunidades Europeas (en adelante, CCEE) comenzaron a desarrollar acciones en un campo hasta entonces propio de los Estados miembros

El eje de este Programa era la formulación de cinco derechos fundamentales de los consumidores

- a) derecho a la protección de su salud y seguridad,
- b) derecho a la protección de sus intereses económicos,
- c) derecho a la reparación de los daños,
- d) derecho a la información y a la educación,
- e) derecho a la representación (derecho a ser escuchado)

La política comunitaria plasmada en el Programa Preliminar de 1975 enmarcó el análisis de la solución extrajudicial de litigios de consumo como uno de los medios destinados a preservar el derecho fundamental del consumidor a la reparación de los daños, refiriéndose en concreto a «sistemas de reclamaciones, arbitraje y arreglo amistoso de los litigios» (2)

El objetivo declarado era el estudio de estos medios y sistemas y la presentación, si fuera necesario, de propuestas apropiadas para un mejor uso y mejora de los sistemas ya existentes

(1) Resolución del Consejo de la CEE de 14-4-1975, DOCE n.º C 92/16 de 25-4-75 Su origen esta en la reunión de Jefes de Estado y de Gobierno de Estados miembros de la CEE celebrada en París en octubre de 1972 la víspera de la primera ampliación de la Comunidad reunión en la que invitaron a esta a adoptar un programa con vistas a reforzar y coordinar los es fuerzas nacionales a favor de la protección de los consumidores

(2) Punto 33 de la Resolución de 14-4-75 citada, en página 72 del DOCE igualmente citado

(3) Resolución del Consejo de 19-5 1981 DOCE N.º C 133/1 de 3 6-81.

El Segundo Programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información a los consumidores (3), aprobado en 1981, algo más concreto, enmarcó en el mismo lugar sistemático la solución extrajudicial de litigios, declarando que la acción de la Comunidad, aunque limitada en este sector, trataría de contribuir útilmente, entre otras cosas, a la existencia de organismos de conciliación y de arbitraje

El primer documento trascendente de la Comisión de las CCEE al respecto se elabora en 1985 (4), y en él se introduce por primera vez la actual orientación de la solución extrajudicial de litigios de consumo (conciliación y arbitraje) como parte de las políticas que faciliten el acceso de los consumidores a la justicia, junto al análisis de procedimientos judiciales simplificados, acciones colectivas y centros de consulta. El documento es un Memorándum dirigido al Consejo en el que se informa pormenorizadamente sobre el estado de situación a nivel de la Comunidad y sus Estados miembros.

En 1986 se aprueba por el Consejo la Comunicación de la Comisión «Nuevo impulso para la Política de Protección de los Consumidores» (5) y posteriormente, se aprueban sucesivamente 4 Planes Trienales de Acción de la Comisión sobre Políticas de los Consumidores (6), en los que cristaliza definitivamente este encuadre sistemático.

El segundo documento trascendente de la Comisión relativo a la solución extrajudicial de litigios de consumo, redactado en 1993, lo constituye el Libro Verde sobre Acceso de los Consumidores a la Justicia y Solución de Litigios en materia de Consumo en el Mercado Único (7), Libro que se declara continuación del Memorándum de 1985 y en el que se analiza de nuevo la situación en los Estados miembros y, en lo que a nuestros efectos interesa, también la del Sistema Arbitral de Consumo español.

En líneas generales, las instituciones de las CCEE, y en particular la Comisión, pretenden reforzar la confianza de los ciudadanos en el funcionamiento del mercado único asegurando que los consumidores puedan resolver sus litigios de forma eficaz y adecuada, fundamentalmente a través de procedimientos extrajudiciales, dado que aquéllos se caracterizan por una desproporción entre el valor económico del asunto (de pequeña cuantía) y el costo de la solución judicial tradicional, inconveniente que se agrava en el caso de los conflictos transfronterizos.

(4) «El acceso de los consumidores a la justicia» Memorándum de la Comisión transmitido al Consejo el 4-1-1985 elaborado en base al documento COM (84) 692 definitivo suplemento 2/85 del Boletín de las CCEE y que fue complementado por la Comunicación de la Comisión de 7-5-1987 Documento COM (87) 210 final

(5) Documento COM (85) 314 final de la Comisión de las CCEE de 23-7-1985, cuyos objetivos hace suyos el Consejo por Resolución de 23-6-1986 relativa a la orientación futura de la política de la Comunidad Económica Europea para la protección y el fomento de los intereses de los consumidores, DOCE 5-7-86 N^o C 167

(6) Plan 1990-1992 Documento COM (90) 98 final de 3-5-1990 Plan 1993-1995 Documento COM (93) 378 final de 28-7-1993 Plan 1996-1998 Documento COM (95) 519 final de 31-10-1995 y Plan 1999-2001 Documento COM (98) 696 final de 1-12-1998

(7) Documento COM (93) 576 final, de 16-11-1993, CB-CO-93-614 ES-C.

1.2. Por último, en 1996 se aprueba el primer Plan de Acción específico «sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el Mercado Interior» (8) (21 años después de aquellas escasas menciones del Programa Preliminar de 1975) en el que se prevé la aprobación, entre otras iniciativas, de la que es objeto del presente trabajo la elaboración de una Recomendación por la que se establezcan criterios para la implantación de procedimientos extrajudiciales aplicables a los litigios en materia de consumo. En este Plan la Comisión constata la proliferación de órganos extrajudiciales de todo tipo en los Estados miembros, entendiendo que lejos de ignorar el fenómeno, lo coherente es establecer indicaciones o criterios mínimos a nivel europeo que garanticen la transparencia del procedimiento y la independencia del órgano destinado a atender los litigios, con lo cual se evitarían las reticencias mostradas en algunos países respecto de estos mecanismos extrajudiciales que revelan las consultas realizadas sobre el Libro Verde, facilitándose así el establecimiento de una «cultura de conciliación» comunitaria (9). El Anexo II del Plan enumera y desarrolla someramente seis criterios, que la posterior Recomendación reformulará en siete principios.

En cumplimiento del Plan de Acción, la Comisión aprobó en 1998 la «Comunicación sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo» (10), y la «Recomendación relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo» (11), ésta apoyada por la Resolución de 14-11-96 del Parlamento Europeo (12).

En la Comunicación, la Comisión propone dos iniciativas destinadas a mejorar la situación existente en materia de acceso de los consumidores a la justicia, al margen de la posible simplificación y mejora de los procedimientos judiciales que adopte cada Estado miembro y a cuyo aliento no renuncia la Comisión (13), y en aplicación del principio de subsidiariedad (artículo 3B del Tratado).

La Comisión declara que «el contenido de la acción se limita a lo que es necesario para alcanzar el objetivo contemplado y se prevé que la aplicación de la iniciativa propuesta sea voluntaria» (14).

Las dos iniciativas propuestas por la Comisión consisten en la presentación de un formulario europeo de reclamación del consumidor y en la aprobación de la Recomendación encaminada a establecer una serie de principios aplicables al funcionamiento de los órganos extrajudiciales de solución de los litigios en materia de consumo.

(8) Comunicación de la Comisión Documento COM (96) 13 final de 14-2-1996

(9) Ver paginas 12 y 13 de la Comunicación de 14-2-96 citada

(10) Comunicación de 30-3-1998 SEC (1998) 576 final

(11) Recomendación 98/257/CE de 30-3-1998, DOCE L 115/31 de 17-4-98

(12) DO C 362 de 2-12-96, p 275

(13) Pagina 6 de la Comunicación de 30-3-1998 citada

(14) Pagina 10 de la Comunicación de 30-3-1998 citada

1.3. Con la primera iniciativa, el Modelo de Formulario europeo de Reclamación del Consumidor, se pretende facilitar la solución de los conflictos de consumo en una fase inicial, mejorando la comunicación entre los consumidores y los profesionales con el fin de llegar a una solución amistosa de sus discrepancias.

El modelo puede ser utilizado tanto a nivel nacional como transfronterizo, está disponible en Internet en todas las lenguas europeas y su texto y formato no pueden ser modificados, aunque sí puede ser personalizado por las organizaciones privadas o públicas que propongan su utilización al consumidor, introduciendo su logotipo sobre la esquina superior derecha del formulario (a la izquierda figura el de las CCEE).

El formulario pretende estar concebido de forma que pueda orientar al consumidor y está compuesto por tres documentos. El primero, con una serie de casilleros para encuadrar el problema, los hechos y la petición del consumidor, constituye una reclamación que éste debe dirigir al reclamado, solicitando respuesta en un plazo que establece el reclamante y acompañando un segundo documento, un formulario de respuesta para la empresa o profesional, en la que éste puede hacer constar su aceptación o no a la petición, u otra alternativa, por ejemplo someter el litigio a un órgano extrajudicial.

El empresario puede utilizar el segundo documento para contestar al consumidor. Éste inserta en la misma página un «parte» recortable en el que el consumidor puede aceptar o no la respuesta del profesional

Esta iniciativa de la Comisión se lanza con carácter de proyecto piloto. A los dos años de su vigencia, la Comisión procederá a la evaluación de la pertinencia y los efectos del formulario, basándose en la experiencia obtenida.

1.4 La segunda iniciativa de la Comisión para mejorar el acceso del consumidor a la justicia se ha plasmado en la aprobación de la Recomendación de 30-3-1998.

La Comunicación citada ya adelantaba el objetivo básico de la Recomendación se trata de asegurar que los citados órganos cumplan una serie de Principios (independencia, transparencia, eficacia) de modo que se contribuya a un nivel más elevado de protección de los derechos de los consumidores y se introduzca un factor de fiabilidad y confianza respecto de consumidores y empresarios, sobre todo a nivel transfronterizo, ámbito éste en el que la confianza alcanzará a la interrelación entre los mismos órganos extrajudiciales, fomentando su posible colaboración. Este objetivo debe complementarse con el más nítido y declarado en el Plan de Acción de 1996 relativo a neutralizar las reticencias mostradas en algunos países respecto de mecanismos extrajudiciales. Indudablemente, formular sin más unos principios puede quedarse en una mera declaración de intenciones. De modo que la Comisión, complementariamente a los principios, ha establecido un ocurrente mecanismo para otorgarles cierta «fuerza de obligar» crear un Registro Comunitario de órganos extrajudiciales de consumo que cumplan los citados principios (el nombre oficial del Registro es «Base de datos a introducir en red de colaboración activa»). La consecuencia inmediata es que probablemente aquellos órganos que no figuren en el Registro quedaran al margen de las iniciativas comunitarias que en un futuro se puedan abordar en esta materia. De este modo se dota de un cierto grado coercitivo a una iniciativa que nace como voluntaria para los Estados miembros.

De todo lo expuesto se deduce claramente la importancia que tiene la adecuación de nuestro Sistema Arbitral de Consumo (en adelante, SAC) a los principios comunitarios, aunque es importante destacar que la experiencia del SAC español no resulta ajena a la afirmación de la Comisión del Considerando 5º de la

Recomendación relativa a que la experiencia adquirida por vanos Estados miembros demuestra que «los mecanismos alternativos de solución no judicial de los litigios en materia de consumo pueden garantizar buenos resultados».

La Recomendación se articula en torno a la formulación y desarrollo de siete principios

- Independencia
- Transparencia
- Contradicción
- Eficacia
- Legalidad
- Libertad
- Representación

Del mismo modo que el Formulario la Comisión evaluará la aplicación de la Recomendación en el plazo de dos años.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA RECOMENDACIÓN

Antes de analizar la adecuación de la regulación del SAC a estos principios es necesario hacer lo propio con el ámbito de aplicación de la Recomendación.

Curiosamente, la Recomendación no establece su ámbito de aplicación en la parte dispositiva sino en la exposición de motivos.

El ámbito de aplicación se establece definiendo el tipo de órganos extrajudiciales y tipo de decisiones a los que están dirigidos los principios. En resumen, el ámbito de aplicación alcanza a todo órgano que realice conciliaciones o arbitrajes, sea cual sea la forma que adopten sus decisiones y sea cual sea la naturaleza jurídica del órgano, pública o privada.

2 1 Respecto del tipo de decisión a la que es aplicable, la Recomendación establece en su Considerando 9 ° que «debe limitarse a los procedimientos que, con independencia de su denominación, conducen a una solución del litigio por intervención activa de una tercera persona que propone o impone una solución, que por lo tanto, no se refiere a los procedimientos que se limitan a un simple intento de aproximar a las partes para convencerlas de encontrar una solución de común acuerdo».

Esta formulación parece pretender la aplicación de los principios a los sistemas de conciliación o arbitraje, pero no a los de mediación, de modo que en relación al SAC, tanto la actividad de dictado de laudos conciliatorios o dirimientes resultaría afectada (arts 12 4 y 14 R D 636/93 por el que se regula el SAC, en adelante, RDSAC), pero no la actividad de mediación que respecto de las reclamaciones formuladas en las solicitudes de arbitraje realizan en base al art 4 b) del RDSAC.

Tampoco quedarían afectadas por la Recomendación las funciones de mediación que realizan las Oficinas de Información al Consumidor en base a la potestad legal que para su despliegue les atribuyen algunos Estatutos de Consumidores de Comunidades Autónomas.

Pero cuando estas Oficinas realicen conciliaciones, porque propongan aunque no impongan soluciones, les resultará plenamente aplicable la Recomendación Es el caso de la Región de Murcia por ejemplo en la que esta función viene expresamente atribuida por el art 20 5 del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia (15) (en adelante, ECURM) tanto a las Oficinas públicas como a las de titularidad de Organizaciones de Consumidores, con lo que su adecuación a los principios de la Recomendación las habilitaría a figurar en el Registro de órganos extrajudiciales de las CCEE.

Finalmente, y de modo aclaratorio, el Considerando 10 ° establece que el término «decisión» que adopta la Recomendación abarca tanto a las decisiones de los órganos extrajudiciales que pueden tener un efecto obligatorio para las partes (laudos arbitrales, en Derecho español) como a las simples recomendaciones o a propuestas de transacción que deban ser aceptadas por las partes.

2.2 Respecto del tipo de órgano afectado por la Recomendación, el Considerando 6 ° de la Recomendación establece simplemente que: «estos criterios facilitarían que los prestadores de servicios extrajudiciales establecidos en un Estado miembro puedan ofrecer sus servicios en otro Estado Miembro», lo cual entiendo supone que la Comisión acepta cualquier tipo de órgano que los Estados miembros fomenten, ya sean privados, como prestadores de servicios remunerados, ya sean públicos y dependientes de las Administraciones Públicas, ya sean de naturaleza mixta.

(15) Aprobado por Ley Regional 4/96 de 14-6 BORM 25-6-96 y BOE 2 10-96

En Derecho español, el art 10.4 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (16) (en adelante, LGDCU), según redacción dada por la reciente Ley 7/98 sobre condiciones generales de la contratación (17), establece que «los convenios arbitrales establecidos en la contratación a que se refiere este artículo serán eficaces si, además de reunir los requisitos que para su validez exigen las leyes, resultan claros y explícitos La negativa del consumidor o usuario a someterse a un sistema arbitral distinto del previsto en el art 31 de esta Ley no podrá impedir por sí misma la celebración del contrato principal» texto éste que parece aceptar la existencia de arbitrajes de consumo administrados por órganos privados, tanto si los convenios arbitrales se perfeccionan en el seno de condicionados generales como si se perfeccionan al margen de éstos. Pero la Disposición adicional primera de la LGDCU, introducida por la misma Ley 7/98, establece como CLAUSULA ABUSIVA n ° 26 la «sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico» Parece ello contradecir al art 10.4 y al texto comunitario. Pero recordemos que una cláusula abusiva solo puede darse ante condiciones generales y ante cláusulas de adhesión particulares por lo que no se reputará abusiva la cláusula de este tipo que se haya negociado individualmente.

En conclusión, en España cabría administrar arbitraje de consumo por profesionales privados cuando este sea producto de un convenio arbitral negociado individualmente por las partes. No obstante, es un supuesto que en raras ocasiones se producirá dados los costes de este arbitraje, añadido a la escasa entidad económica de las reclamaciones de consumo y a la necesidad en estos casos de protocolizar notarialmente el laudo.

3. ADECUACIÓN DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO A LOS PRINCIPIOS COMUNITARIOS

3.1. Principio de independencia

La Recomendación formula este primer principio del siguiente modo.

«la independencia del órgano responsable de la toma de la decisión estará asegurada, de forma que se garantice la imparcialidad de su acción».

En primer lugar debemos distinguir claramente los dos conceptos que utiliza el precepto la independencia de un órgano se predica respecto de su posición en relación a los poderes públicos y organizaciones sociales o económicas de todo tipo, mientras que la imparcialidad es concepto que relaciona al órgano con la no vinculación al objeto del litigio (18).

Del resto del texto del precepto se deduce claramente que es la independencia y no la imparcialidad el objetivo principal de garantía de la Recomendación.

Pese a que la formulación del principio comunitario parece establecer que la independencia se puede garantizar mediante cualquier mecanismo u opción, a elección del Estado miembro, lo cierto es que la Recomendación, a continuación, sólo permite esta posibilidad cuando la decisión del órgano extrajudicial se adopte de forma colegial puesto que cuando se adopte de forma individual, la independencia en todo caso quedara garantizada con el respeto de unos requisitos específicos que no son sustituyibles por otras medidas que igualmente pudiesen garantizar la independencia.

En el SAC, la forma ordinaria de adoptar la solución es colegiada pero cabe excepcionalmente la decisión individual, puesto que el art 34 de la Ley de Arbitraje (19) establece que «el laudo arbitral se decidirá por mayoría de votos, dirimiendo los empates el voto del Presidente. Si no hubiere acuerdo mayoritario, el laudo será dictado por el Presidente».

3.1.2. Independencia ante decisiones colegiadas.

Pues bien, en el supuesto de decisión colegiada, la Recomendación plantea dos opciones de referencia

— La primera y parece que preferente relativa a que la independencia del órgano «puede garantizarse» cuando exista.

«representación paritaria de los consumidores y de los profesionales».

— La segunda opción consiste en que la independencia del órgano «puede garantizarse por el respeto de los criterios» aplicables a las decisiones individuales, que analizaremos más adelante.

En el SAC, los Colegios Arbitrales no están compuestos exclusivamente por representantes de consumidores y profesionales, pero sí de un modo paritario, art 31 3 LGDCU y art 11 1 RDSAC, por lo que se cumple el primer criterio de referencia de la Recomendación.

(16) Ley 26/84 de 19-7 BOE 24-7-1984

(17) Ley 7/98 de 13-4 BOE 14-4-1998

(18) Ver al respecto M^a ROSA GUTIÉRREZ SANZ (1997) El Sistema Arbitral de Consumo dirigida por IGNACIO QUINTANA CARLO y ÁNGEL BONET NAVARRO Ed Aranzadi Pamplona paginas 96 y ss

(19) Ley 36/88 de 5-12 BOE 7 12 1988

3 1 2 Independencia ante decisiones individuales

Pero no ocurre lo mismo con el supuesto extraordinario de decisión individual del Presidente En este supuesto, la Recomendación establece que «la independencia estará garantizada por las medidas siguientes » tres criterios de referencia que debe cumplir la persona profesionalidad mandato e incompatibilidad.

A) Respecto de la profesionalidad, la Recomendación exige que la persona designada tenga la «capacidad, la experiencia y la competencia, en particular en materia jurídica, necesarias para la función»

Los Presidentes de Colegios Arbitrales de las Juntas Arbitrales de Consumo de España cumplen este requisito, si bien el art 111a RDSAC, que regula sus requisitos profesionales, solo exige que sea personal al servicio de las Administraciones públicas y Licenciado en Derecho.

El diccionario de la RAE define la «capacidad» como la aptitud, talento o cualidad que dispone a alguien para el buen ejercicio de algo La «competencia», en una acepción se define como aptitud e idoneidad y en otra acepción como atribución legítima a autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto Parece pues que el requisito de competencia debe referirse en nuestro caso a la titulación que habilita en materia jurídica para el ejercicio de funciones, pues su primera acepción es similar al sentido del término «capacidad»

Por lo tanto, el RDSAC no considera requisitos necesarios el que el Presidente de Colegios Arbitrales tenga la «capacidad y experiencia necesarias para la función» pues la mera exigencia de una titulación o una pertenencia a la Administración en absoluto las presupone La capacidad y experiencia son cualidades del Presidente no exigibles por norma y a consideración discrecional de la autoridad política que realice el nombramiento.

B) Respecto del mandato, se exige que la persona designada tenga un mandato con una duración determinada que sea

«suficiente para garantizar la independencia de la acción, sin que ésta pueda ser destituida sin motivo justificado»

El art 11 del RDSAC establece un complicado mecanismo de designación del Colegio Arbitral ya que cada miembro del Colegio es designado de diferente modo según la representación en calidad de la cual sea nombrado A nuestros efectos nos centraremos en la circunstancia de que la intervención de cualquiera de los arbitros se realiza siempre en dos fases un nombramiento genérico previo y una designación concreta

En el caso del Presidente del Colegio, que es el supuesto que nos interesa en una primera fase recibe un «nombramiento» del titular de la Administración (Alcalde, Consejero), nombramiento genérico que lo habilita para ejercer las funciones inherentes al cargo desde que emite una aceptación genérica a administrar los arbitrajes que se le asignen Este nombramiento puede determinar un ámbito restringido de actuación, circunscribiendo el ejercicio de la función a cuestiones que afecten a sectores económicos determinados (art 11 5 RDSAC) o incluso mediante otros criterios por ejemplo, el temporal o el de territorialidad.

El Presidente de Colegio, una vez nombrado, recibe asignaciones de arbitrajes concretos mediante un segundo acto, la «designación» que realiza el Presidente de la Junta (complementable con una designación de un Presidente de Colegio suplente) y que en todo caso debe respetar el ámbito sustantivo de actuación que figure en el nombramiento previo.

Por lo tanto el Presidente de un Colegio Arbitral concreto requiere nombramiento previo y designación específica.

La Ley de Arbitraje exige en su art 15 que los arbitros acepten expresamente el arbitraje propuesto por las partes y precisamente la peculiaridad de organización del SAC obliga a establecer dos ficciones jurídicas.

— Que el procedimiento arbitral comience, no cuando los arbitros hayan notificado a las partes por escrito la aceptación del arbitraje (art 22 1 Ley Arbitraje), sino con la designación del Colegio Arbitral, art 10 1 RDSAC

— Que existe aceptación de los arbitros a cada arbitraje concreto que se le asigna en virtud de la aceptación del nombramiento (20), como es práctica habitual de las Juntas Arbitrales de Consumo.

Y volvamos al período de mandato del Presidente. En principio éste podrá ser, y ordinariamente es, indefinido, art 115 RDSA.C Pero de la propia literalidad del artículo se infiere que es admisible la realización de nombramientos temporales mediante mandato.

Todo ello significa que la actual regulación del SAC no cumple el requisito comunitario de referencia en dos sentidos

— Aunque sí lo permite el RDSAC no asegura en todo caso un mandato temporal suficiente para el Presidente de Colegios, que entiendo debería ser de un mínimo de tres años siempre que mantenga los requisitos preceptivos para su nombramiento.

(20) En el mismo sentido SILVIA DÍAZ ALABART (1994) Estudios sobre el derecho de consumo 2 a ed Ed Iberdrola Bilbao p 190 En contra JOAQUÍN DE CARPÍ PÉREZ (1997) El Sistema Arbitral de Consumo dirigida por IGNACIO QUINTANA CARLO y ÁNGEL BONET NAVARRO Ed Aranzadi Pamplona pagina 150 que entiende que «la aceptación debe producirse para cada caso concreto»

— El RDSAC parece admitir la destitución discrecional de los Presidentes de Colegio, del mismo modo en que se nombraron indefinidamente y por lo tanto con incumplimiento del requisito comunitario de que la destitución sea siempre por motivo justificado.

Dado que en el proceso de designación del Presidente de un Colegio Arbitral para el conocimiento de un asunto concreto, interviene directamente el Presidente de la Junta Arbitral de Consumo, al elegir en cada caso a un Presidente de entre los vanos nombrados y disponibles, y en general, al constituir la máxima autoridad del órgano extrajudicial que es la Junta, sería conveniente someter a debate la posibilidad de establecer respecto de su persona un mandato temporal suficiente y la garantía de indestituidabilidad salvo motivo justificado, de modo que se asegure, no solo la independencia de los Presidentes de Colegio sino también la de los Presidentes de Junta, ya que su régimen de nombramiento es similar al de los Presidentes de Colegio, art 3 4 del RDSAC (21).

C) Por último, la Recomendación establece una concreta incompatibilidad cuando existe decisión individual es decir, laudo dictado exclusivamente por el Presidente:

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

Hasta aquí hemos analizado el supuesto de decisión individual mediante laudo del Presidente cuando éste es nombrado y designado mediante el mecanismo ordinario. Pero extraordinariamente puede ser designado por las partes en dos supuestos.

— Las partes pueden solicitar de mutuo acuerdo al Presidente de la Junta la designación del Presidente del Colegio, atendiendo a la especialidad del objeto de la reclamación, y dicha solicitud «será resuelta por el Presidente de la Junta Arbitral», art 111a RDSAC.

En primer lugar, tal y como esta redactado el párrafo 2 del art 111a del RDSAC, la designación solicitada no es un acto reglado para el Presidente de la Junta, quien puede resolver en otro sentido

En segundo lugar, entiendo que la designación se puede solicitar exclusivamente de entre personas nombradas previamente como Presidentes de Colegio por el procedimiento ordinario (22).

(21) Sostiene esta postura ARTURO ALVAREZ ALARCON (1999) El Sistema Español de Arbitraje de Consumo Ed Instituto Nacional del Consumo Madrid pagina 61.

(22) En el mismo sentido SILVIA DÍAZ ALABART (1994) Estudios sobre el derecho de consumo 2 a ed Ed Iberdrola Bilbao p 183 En contra ARTURO ALVAREZ ALARCON (1999) El Sistema Español de Arbitraje de Consumo Ed Instituto Nacional del Consumo Madrid pagina 145.

En definitiva esta excepción no es tal, pues cualquiera podría realizar tal solicitud sin necesidad de que así lo mencione una norma, y el Presidente es libre de acordar o no la designación solicitada, en ejercicio de sus funciones:

— El segundo supuesto en el que las partes intervienen activamente en la designación del Presidente del Colegio está previsto cuando la reclamación se dirija contra una entidad pública vinculada con la Administración Pública de la que dependa la Junta, siempre que haya mutuo acuerdo entre las partes, pudiendo recaer en este caso en una persona ajena a la Administración Pública. Este sí es un supuesto en el que por un lado, se hurta la competencia de nombramiento al titular de la Administración de la que depende la Junta Arbitral de Consumo y por otro se hurta la competencia de designación al Presidente de la Junta Arbitral de Consumo. En este supuesto la independencia del Presidente esta asegurada al exigirse mutuo acuerdo entre las partes.

En conclusión, en el estado actual del SAC, el principio comunitario de independencia de los Colegios Arbitrales se cumple de hecho, pero no existen mecanismos de derecho para su completa garantía en los supuestos en que el Presidente del Colegio Arbitral dicta bajo su exclusiva responsabilidad laudo dirimente.

Respecto de la imparcialidad del órgano arbitral, a la cual no hacen referencia los criterios concretos de la Recomendación, recordemos que el SAC cuenta con un mecanismo de control en este sentido, la posibilidad de abstención y recusación de los arbitros art 11 6 RDSAC, que se regirá por lo dispuesto en la Ley de Arbitraje cuyo art 17 establece que podrán ser recusados por las mismas causas que los Jueces.

Principio de transparencia.

Consiste este principio en asegurar una información adecuada a las personas interesadas, tanto respecto del procedimiento como respecto de las decisiones que adopte el órgano extrajudicial.

El apartado II de la Recomendación establece que:

«se adoptaran las medidas convenientes para garantizar la transparencia del procedimiento», y que dichas medidas incluirán, en todo caso, dos que se detallan. Así pues, la Recomendación, exige que se tomen todas las medidas que razonablemente sean imprescindibles para asegurar la transparencia, en cada caso las que por su naturaleza correspondan, pero en todo caso y siempre las siguientes:

«1) La comunicación por escrito, o en cualquier forma apropiada, a cualquier persona que lo solicite de la información siguiente:

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

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

— el posible coste del procedimiento para las partes, incluidas las normas relativas al reparto de los costes con posterioridad al procedimiento,

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

— las modalidades de toma de decisión en el órgano,

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

2) La publicación, por el órgano competente, de un informe anual relativo a las decisiones dictadas, que permita evaluar los resultados obtenidos y determinar la naturaleza de los litigios presentados ».

3 2.1. Información sobre el procedimiento

El art 4 d del RDSAC establece como función de la Junta Arbitral de Consumo «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 SAC» Indudablemente esta función resulta claramente insuficiente respecto de la primera de las obligaciones de información que exige la Recomendación, pero recordemos que el art 35 g de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (23) (en adelante, LRJ), establece un derecho del ciudadano realmente importante el derecho a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar Mediante el ejercicio de este derecho, las Juntas Arbitrales de Consumo quedarían obligadas ante cualquier ciudadano que lo solicitase a proporcionar la información a que se refiere la Recomendación, puesto que la legislación administrativa es de aplicación subsidiaria al procedimiento arbitral de consumo en la fase en que éste se desarrolla antes de la perfección del convenio arbitral entre las partes.

El derecho del art 35 g LRJ es previo a la iniciación de un expediente administrativo concreto, y precisamente permite al ciudadano el evaluar con perfecto conocimiento de causa si le resulta conveniente iniciar un procedimiento administrativo.

A este respecto, aunque es predicable de toda la actividad informativa, el RD 208/96 (24), que desarrolla este tema, señala en su art 4 b) que «esta forma de facilitar a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos en ningún caso podrá entrañar una interpretación normativa ni consideración jurídica o económica, sino una simple determinación de conceptos, información de opciones legales o colaboración en la cumplimentación de impresos o solicitudes».

No obstante, recordemos a este respecto que la información errónea de una Oficina podría suponer responsabilidad patrimonial de la Administración respecto del ciudadano que sufra daño o perjuicio como consecuencia de ella, por constituir «funcionamiento anormal de los servicios públicos» y que existen supuestos excepcionales en los que la información puede tener cierto grado de vinculabilidad respecto de la Administración que la ofrece así ocurre con las consultas de los ciudadanos a la Administración Tributaria en virtud del art 107 de la Ley General Tributaria.

Nada dice la LRJ al respecto, pero esta información se podrá ofrecer tanto oralmente como por escrito.

Como medida complementaria, muchas Juntas de España y el Instituto Nacional del Consumo han ido publicando folletos informativos sobre el SAC, potenciando la exigencia comunitaria que comentamos mediante esta eficaz modalidad divulgativa.

322 La publicación de los laudos

El segundo de los requisitos de la Recomendación para asegurar la transparencia es la publicación, por el órgano competente, de un informe anual relativo a las decisiones dictadas, que permita evaluar los resultados obtenidos y determinar la naturaleza de los litigios presentados

El alcance del informe parece exclusivamente circunscrito a lo que coloquialmente se denominan «estadísticas», haciendo constar el número de casos, su objeto y algunos datos complementarios que ayuden a evaluar los resultados, es decir, la eficacia del órgano extrajudicial, lo que normalmente figura en todas las Memorias Anuales que elaboran las Juntas.

(23) Ley 30/92 de 26-11, BOE 27-11 1992

(24) RD 208/96 de 9-2, por el que se regula los servicios de información administrativa y atención al ciudadano BOE 4-3 1996

Sin embargo, el art 4 RDSAC no establece esta medida entre las funciones que debe realizar la Junta Arbitral de Consumo.

Pero habría que preguntarse si no sería necesario ir mas allá Y es que el principio constitucional de seguridad jurídica (art 9 3) probablemente exija el conocimiento publico concreto del contenido completo de todas las decisiones del órgano, en nuestro caso, de los laudos dirimientes Además, la publicidad de las decisiones es una evidente exigencia de transparencia que fomenta la confianza de los agentes económicos en todo sistema de solución de conflictos.

Pero la publicidad de los laudos es cuestión que choca parcialmente con el carácter privado de la Ley de Arbitraje española. Y digo parcialmente porque si bien no parece compatible con el carácter privado con el que dos partes concretas se someten al arbitraje de un tercero, cuando el instrumento arbitral se institucionaliza y generaliza resulta conveniente, no la publicidad, pero sí el conocimiento del criterio del órgano extrajudicial respecto de los litigios planteados (claro está, omitiendo los nombres y datos identificativos de las partes), máxime cuando el arbitraje de consumo se desarrolla mayoritariamente en la modalidad de arbitraje de equidad, y sólo excepcionalmente en el de derecho.

Evidentemente, la publicidad de los laudos, en el sentido comentado, requiere que se dicten debidamente fundamentados, problemática ésta a la que haré más adelante referencia al analizar la motivación de los laudos. A este respecto, algunas Juntas de España han ido publicando el contenido sustantivo de sus laudos, con índices y comentarios, cumpliendo así con creces la exigencia comunitaria (25).

3.3. Principio de contradicción

La Recomendación establece que:

«el procedimiento que habrá de seguirse implicara la posibilidad de que todas las partes interesadas den a conocer su punto de vista a la institución competente y que tengan conocimiento de todas las posturas y de todos los hechos expuestos por la otra parte, así como, en su caso, de las declaraciones de los expertos», aclarando en su Considerando 16º que «ello no implica necesariamente una audiencia oral de las partes».

El procedimiento arbitral de consumo se fundamenta entre otros, en el principio de contradicción art 21 1 de la Ley de Arbitraje y art 10 1 del RDSAC, por lo que también cumple esta exigencia comunitaria. El art 12 3 RDSAC establece que «la audiencia podrá realizarse verbalmente o por escrito».

3.4. Principio de eficacia

El SAC también cumple los requisitos comunitarios sobre la eficacia del procedimiento. En concreto, la Recomendación hace referencia a cuatro elementos

— «El acceso del consumidor al procedimiento, sin estar obligado a utilizar un representante legal» El art 10 2 del RDSAC establece que «las partes podrán actuar por sí o debidamente representadas»

— «La gratuidad del procedimiento o la fijación de costes moderados» El art 10 1 del RDSAC establece que el procedimiento arbitral de consumo se sustanciará con sujeción a los principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad. Obviamente, la asignación de los costes de la práctica de pruebas del art 13 del RDSAC en nada afectan al principio de gratuidad, que lo es sólo respecto del procedimiento, y que en el caso del SAC, alcanza incluso al coste de las prácticas de pruebas acordadas de oficio por el Colegio Arbitral cuando la Administración de la que depende la Junta Arbitral de Consumo disponga de partida presupuestaria al efecto.

— «La fijación de plazos cortos entre la consulta presentada ante el órgano y la toma de la decisión» El art 14 1 RDSAC establece que «el laudo arbitral deberá dictarse en el plazo máximo de cuatro meses desde la designación del Colegio Arbitral».

— Por último, la Recomendación establece que la eficacia estará asegurada por «la atribución de un papel activo al órgano competente, que le permita tener en cuenta todo elemento útil para la solución del litigio» Su Considerando 18º aclara que «este papel activo resulta aun más importante en la medida en que, en el marco de los procedimientos extrajudiciales, con frecuencia las partes actúan sin asesoramiento jurídico»

La Recomendación parece que instituye que el procedimiento extrajudicial se sustancie en base al principio procesal de oficialidad

Pero ello no es exactamente así profundizando en el tema, y siguiendo el planteamiento de Vicente Gimeno Sendra (26), hay que diferenciar los principios relativos a la pretensión y al derecho subjetivo material, cuyos modelos dialécticos son el principio dispositivo y el principio de oficialidad, de los principios relativos a la formación del material fáctico, cuyos modelos dialécticos son el principio de aportación frente al de investigación, resultando que es a éste al que hace referencia la Recomendación.

(25) La Junta Arbitral de Consumo de la Región de Murcia creada en 1986 ha editado dos publicaciones actualmente disponibles al efecto: *Laudos dirimidos de la JAC RM 1993-1997* (1998) y *Laudos dirimidos de la JAC RM 1998-1999* editados por la Comunidad Autónoma

(26) VICENTE GIMENO SENDRA (1988) *Varios autores, Derecho Procesal* Ed Tirant Lo Blanch, Valencia, 3ª ed. Tomo I, Vol I, pp 306 y ss

Expone el autor que «aun cuando la mayoría de la doctrina hispana ignore o confunda el principio de aportación (die Verhandlungmaxime) con el dispositivo (Disposition-prinzip), se trata de un principio procesal autónomo y distinto del anteriormente estudiado, si bien, normalmente un proceso presidido por el dispositivo lo estará también por el de aportación y viceversa (un proceso regido por el principio de necesidad conllevará el de investigación), debido a que el binomio aportación-investigación es una lógica consecuencia del par dialéctico dispositivo necesario u oficial».

Y efectivamente, el proceso arbitral de consumo es una prueba evidente de su afirmación. El principio dispositivo rige respecto de la iniciación del procedimiento respecto de su sustanciación y respecto de su finalización, pero la introducción y prueba de los hechos en el proceso incumbe también al Colegio Arbitral.

La iniciación del procedimiento es facultad que exclusivamente ostenta el consumidor final, arts 2 1 y 5 del RDSAC.

En segundo lugar, durante la sustanciación del procedimiento las partes pueden disponer de él provocando su terminación anormal puesto que el art 31 de la Ley de Arbitraje dispone que «en cualquier momento antes de dictarse el laudo las partes, de común acuerdo, pueden desistir del arbitraje o suspenderlo por un plazo cierto y determinado» Igualmente caben el allanamiento o la renuncia, como en el proceso civil, aunque las peculiaridades del arbitraje impiden por ejemplo el desistimiento unilateral y provocan que la inactividad de las partes no impida que se dicte laudo ni le prive de eficacia (art 10 3 RDSAC).

Por último, el laudo arbitral debe cumplir el requisito de congruencia porque debe ser fiel reflejo y respuesta a las cuestiones litigiosas que figuren en el convenio arbitral como así certifica el art 45 4 de la Ley de Arbitraje que permite la anulación del laudo cuando los arbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que no puedan ser objeto de arbitraje.

Y para continuar con la exposición nada mejor que seguir las palabras del profesor Gimeno:

«Pero el fundamento de los principios de aportación e investigación no hay que encontrarlo en la misma instancia que el dispositivo Tal y como hemos tenido ocasión de examinar, son razones económicas (el reconocimiento del derecho de propiedad) las que de terminaron la aparición del principio dispositivo.

Por el contrario, es la instancia política la determinante del predominio del principio de aportación o de investigación De este modo, la hegemonía del primero de los enunciados principios es una característica consustancial del "Estado liberal", en tanto que la supremacía del de investigación lo es en el "Estado Social".

En efecto, al igual que en el Estado liberal no debía la Administración entrar en el mundo de la sociedad o de la economía, el modelo judicial decimonónico será el del "juez vigilante" (el "convidado de piedra" de LASCANO) que, para preservar su imparcialidad, presenciará impasible la noble contienda que con igualdad de armas, le representarán las partes en el proceso, el resultado de dicho modelo será que incumbirá a las partes la carga exclusiva de aportar los hechos al proceso y de verificar su prueba, estándole vedado al juez la labor de completar el material instructorio (aportación).

Contrariamente, en el Estado Social de Derecho al Poder Judicial ha de interesarle prestar una justicia material, para lo cual se hace necesario crear un nuevo modelo (el del "juez director" de KLEIN) en el que al juez se le confieran determinadas facultades para poder descubrir en el proceso la relación jurídico-maternal debatida como complemento de la "verdad for mal" suministrada exclusivamente por las propias partes (investigación).

Así, pues el binomio aportación-investigación nos indica a que sujetos procesales, si a las partes o al juez, les incumbe la introducción y prueba de los hechos en el proceso.

Bajo la máxima de la aportación (concepto acuñado por el austríaco GONNER en el año 1801) genéricamente se entiende el dominio de las partes sobre el material procesal, que es aportado como fundamento de hecho para la Sentencia ».

Concluye el profesor que puede afirmarse que un proceso esta presidido por el principio de aportación cuando a las partes corresponde en exclusiva tres elementos la introducción de los hechos en el proceso, su prueba y la proposición y práctica de la prueba.

En el arbitraje de consumo cabe que el Colegio Arbitral acuerde de oficio pruebas y su práctica, puntos 1 y 2 del art 13 del RDSAC La aplicación del art 21 2 de la Ley de Arbitraje, que dispone que el desarrollo del procedimiento arbitral se regirá por lo dispuesto en las normas establecidas por la Corporación y en su defecto por acuerdo de los arbitros, así como el art 4 de la Ley de Arbitraje en relación con el art 10 3 RDSAC,

estableciendo el arbitraje de consumo como de toma de decisión conforme a equidad, parecen argumentos suficientes como para concluir que en el arbitraje de consumo se ha instaurado el principio procesal de investigación, que es exactamente a lo que hace referencia el cuarto requisito del principio de eficacia establecido por la Recomendación comunitaria.

3.5. Principio de legalidad

Este principio exige el cumplimiento de dos requisitos obligatoriedad de aplicar la normativa imperativa y documentar la decisión de forma escrita, motivada y notificada.

3 5 7 Obligatoriedad de aplicación de la ley imperativa Dispone la Recomendación que.

«la decisión del órgano no podrá tener como resultado privar al consumidor de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley del Estado en el que esté establecido el órgano».

No establece que se considere prohibido el realizar arbitraje de consumo respecto de cuestiones afectadas por derecho imperativo pero sí que se tomen las medidas para evitar en todo caso el resultado descrito

Y ello como conclusión del Considerando 19 ° de la Recomendación «Considerando que los órganos extrajudiciales pueden decidir no sólo sobre la base de disposiciones legales, sino también con equidad y basándose en códigos de conducta no obstante esta flexibilidad respecto al fundamento de sus decisiones no debe tener como resultado que disminuya el nivel de protección de los consumidores en comparación con la protección que respetando el Derecho Comunitario, les garantizaría la aplicación del Derecho por los tribunales».

No existe norma nacional alguna que obligue expresamente a tal resultado en los supuestos ordinarios de arbitraje de consumo, que recordemos se realizan en equidad.

A este respecto, el art 1 de la Ley de Arbitraje establece que las cuestiones litigiosas que pueden ser sometidas a la decisión de uno o vanos arbitros son aquéllas surgidas o que puedan surgir en «materias de su libre disposición conforme a derecho», añadiendo el art 2 1b que no podrán ser objeto de arbitraje las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición.

El art 1 no menciona las normas imperativas, sino las materias indisponibles, que son las de naturaleza penal, administrativa o laboral las relativas al estado civil y condición de las personas, protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, ordenación de sucesión hereditaria y fijación de la legítima, filiación, nombre y apellido de las personas físicas etc (27).

El art 45 5 de la Ley de Arbitraje establece que el laudo podrá anularse cuando fuese contrario al orden público.

(27) Sobre el concepto de disponibilidad ARTURO ALVAREZ ALARCON (1999) op cit pp 70yss.

La doctrina parece interpretar este artículo en el sentido de existencia de infracción de normas constitucionales, y mas en concreto las relativas a derechos fundamentales y libertades publicas (28) No obstante creo que no debemos olvidar la posible apliabilidad del precepto cuando exista infracción de norma imperativa, sobre todo a la luz de lo que comentaremos a continuación (29).

Introduce este aspecto un escabroso tema para el arbitraje de consumo, ya que en el Derecho de Consumo hay una significativa presencia de normas de carácter imperativo.

En todo caso, debemos tener presente que «una cosa son las normas imperativas y otra las materias indisponibles o inseparablemente unidas a estas» (30), y que no es lo mismo una norma imperativa (cuya renuncia en cualquier caso es nula de pleno derecho) que una norma respecto de la cual se prohíba su renuncia previa, pero no su renuncia a posterior/ (cuasi-imperativa).

Asi, por ejemplo son irrenunciabiles los derechos del consumidor establecidos en la Ley 26/91 sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (31) (art 9 de la Ley) pero se permite la renuncia a posterior/ de los derechos establecidos en la Ley 26/84, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aunque no su renuncia previa (art 2 3 LGDCU).

No es el momento este de analizar la relación entre imperatividad e indisponibilidad Lo cierto es que asimilar sin más ambos conceptos excluiría del arbitraje de consumo el conocimiento de conflictos en los que ha existido infracción de derecho no dispositivo. Quizás el hecho de que las normas imperativas de consumo siempre tienen como consecuencia el establecimiento de derechos de crédito de los consumidores estos si disponibles, permita legalmente desarrollar arbitraje respecto de litigios en los que la base es una norma imperativa de consumo y la conclusión es el dictado de un laudo condenando o no al pago de una cantidad económica.

(Así, es derecho irrenunciable establecido por norma imperativa el de revocación en siete días del consentimiento prestado en contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil y es materia disponible la solicitud del consumidor de que se le devuelva el importe del bien adquirido a domicilio y devuelto al vendedor en el citado plazo).

Pues bien, si entendiésemos que la indisponibilidad de una materia siempre se produce cuando en ésta concurre norma imperativa, el SAC cumpliría el requisito comunitario por inhibición si no se permite arbitraje cuando concorra norma imperativa difícilmente el resultado del arbitraje puede privar al consumidor de nada. Las Juntas Arbitrales inadmitirían tales solicitudes de arbitraje.

Por el contrario, si entendemos que imperatividad e indisponibilidad no son conceptos equivalentes, el cumplimiento del requisito comunitario sólo se podría contemplar una vez terminado el arbitraje y analizando la actuación del Colegio Arbitral, y su incumplimiento se podría atacar a través del recurso de anulación que ejercitaría una de las partes por entender que el convenio arbitral entró en materia indisponible o porque el laudo es contrario al orden público.

(28) Ver SILVIA BARONAVILAR (1990) Comentario Breve a la Ley de Arbitraje dirigido por J Montero Aroca Ed Civitas pp 238 y ss

(29) Comentarios ilustrativos al respecto JUAN F HERRERO PEREZAGUA (1997) El Sistema Arbitral de Consumo dirigida por Ignacio Quintana Cario y Ángel Bonet Navarro Ed Aranzadi Pamplona pp 203 y ss y ARTURO ALVAREZ ALARCON op cit pp 87 y 88

(30) RAMÓN CASAS VALLES (1992) Coméntanos a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios coordinada por R Bercovitz y J Salas Editorial Civitas Madrid p 781 En el mismo sentido ARTURO ALVAREZ ALARCON op cit pp 80 y 81

(31) Ley 26/1991 de 21 11 BOE 26-11 1991

Un ejemplo si un Colegio Arbitral dictase un laudo desestimando una petición de un consumidor referida a la devolución del importe de un libro adquirido por correo, considerando que devolvió el libro a los seis días de su recepción, y ello fue plazo suficiente para su examen, pese a que la Ley contempla un plazo de siete días, sería un supuesto evidente de laudo contra norma imperativa (no está tan claro que ello fuese materia indisponible para las partes), pero sólo sería atacable en Derecho español si la materia en cuestión fuese considerada como indisponible o si fuese considerada como contraria al orden público, art 45 5 de la Ley de Arbitraje.

Nos encontramos ante un supuesto de difícil evaluación por cuanto en nuestro ordenamiento no está suficientemente clara la relación entre materias indisponibles e imperatividad de las normas (32).

Pero la Recomendación complica aún más la situación cuando añade respecto de litigios transfronterizos que «la decisión del órgano no podrá tener como resultado privar al consumidor de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley del Estado miembro en el cual el consumidor tenga su residencia habitual, en los asuntos previstos en el artículo 5 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales» (33).

Los asuntos del art 5 citado son los siguientes (básicamente, pues hay excepciones)

— Si la celebración del contrato hubiera sido precedida, en ese país, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera realizado en su país los actos necesarios para la celebración del contrato,

— si la otra parte contratante o su representante hubiera recibido el encargo del consumidor en ese país

— si el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor se hubiera desplazado de este país a un país extranjero y allí hubiera realizado el encargo, siempre que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir una venta.

Si difícil era evaluar el supuesto anterior, más aún en el presente caso de litigios transfronterizos. Efectivamente, puede producirse la circunstancia de que una Junta Arbitral de Consumo realice un arbitraje respecto de reclamación de un consumidor extranjero frente a empresa española en uno de los supuestos indicados. En ese caso, el Colegio Arbitral, según la Recomendación comunitaria, debería conocer las normas imperativas del país del extranjero para, como mínimo, aplicar su resultado, y en caso contrario, no cabría recurso de anulación por motivos de orden público, ya que la normativa extranjera no es de orden público nacional.

3 5 2 Decisión escrita, motivada y notificada La Recomendación establece que:

«toda decisión se justificará y comunicará por escrito, o de cualquier otra forma apropiada, a las partes interesadas, en el menor plazo posible».

El Considerando 20 ° justifica el requisito estableciendo que «las partes tienen derecho a ser informadas de las decisiones y de sus motivos» y que «la motivación de las decisiones es un elemento necesario para garantizar la transparencia y la confianza de las partes en el funcionamiento de los procedimientos extrajudiciales».

Respecto de la motivación, resulta que nuestro procedimiento arbitral de consumo exige de ello en los supuestos de laudos dictados en equidad, por interpretación «a sensu contrario» del art 16 2 RDSAC y el art 32 2 Ley de Arbitraje, estableciendo el primero que «el laudo será motivado cuando el Colegio Arbitral decida la cuestión litigiosa con sujeción a derecho».

En una dinámica de arbitraje en masa, por muy conveniente y aconsejable que sea motivar los laudos, puede no resultar posible y puede ser prescindible en aras de la eficacia (34).

(32) A este respecto afirma JUAN MANUEL BADENAS CARPIÓ (1999) Cur so sobre protección jurídica de los consumidores, coordinado por GEMA BOTANA GARCÍA y MIGUEL RUIZ MUÑOZ Ed McGraw I—1111 Madrid, 1 a edición página 664 que «en el arbitraje de equidad los arbitros pueden ser parados incluso del luscogens para la decisión de las controversias que se les planteen»

(33) Se puede consultar una versión consolidada del Convenio de Roma en el DOCE C 27 de 26-1 -98

(34) Ello no significa que no sea aconsejable la motivación en todo caso como unánimemente pone de manifiesto la dpctna, JUAN MANUEL BADENAS CARPIÓ op cit pp 667 y 668 y ARTURO ALVAREZ ALARCÓN op cit p 243 entre otros

La Junta Arbitral de Consumo de la Región de Murcia mantiene el criterio de motivar todos sus laudos en equidad Se pueden consultar en las dos publicaciones citadas.

Curiosamente la Comisión introduce más flexibilidad respecto de la forma escrita de la decisión No la exige, pues cabe su comunicación por cualquier otra forma apropiada En este aspecto, el art 32 1 de la Ley de Arbitraje es taxativo el laudo arbitral deberá dictarse por escrito

Finalmente, no establecen el RDSAC ni la Ley de Arbitraje plazos para efectuar la notificación del laudo desde que se dicta, aunque el art 33 2 de ésta especifica que la notificación se realizara de modo fehaciente a las partes En todo caso, de la literalidad de la Recomendación y las «lagunas» en este sentido de la legislación española no se puede inferir incumplimiento del requisito de notificación en el menor plazo posible.

3.6. Principio de libertad

3 6 1 Aceptación expresa de la obligatoriedad de la decisión

El Considerando 21 ° de la Recomendación recuerda que el art 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone que el acceso a los tribunales es un derecho fundamental sin excepciones, que los procedimientos extrajudiciales no pueden tener como objetivo sustituir al sistema judicial y que por lo tanto la utilización de la vía extrajudicial solo puede privar al consumidor de su derecho de acceso a los tribunales si éste lo acepta expresamente con pleno conocimiento de causa y con posterioridad al surgimiento del litigio

En consecuencia, el principio de libertad que establece la Recomendación se formula del siguiente modo

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

La obligación de información que se establece en este precepto vendría a completar las informaciones obligatorias que instrumentalizan el principio de transparencia

Pues bien, el art 5 de la Ley de Arbitraje establece muy claramente que «el convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas a la decisión de uno o más arbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión», con lo que se cumple plenamente el requisito comunitario.

362 Prohibición de arbitraje sobre cuestiones futuras

El principio de libertad se articula mediante un segundo pronunciamiento

«La adhesión del consumidor al procedimiento extra-judicial no podrá ser resultado de un compromiso anterior al surgimiento de un desacuerdo, cuando dicho compromiso tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir a los órganos jurisdiccionales competentes para la solución judicial del litigio»

Si bien el SAC se articula ordinariamente a través de una solicitud de arbitraje del consumidor, en la cual consta el sometimiento al arbitraje con posterioridad al surgimiento del litigio, el art 1 y el art 5 de la Ley de Arbitraje permiten el sometimiento a éste de cuestiones futuras, «que puedan surgir», y por lo tanto también en el ámbito

del arbitraje de consumo (pensemos por ejemplo en las cláusulas de sometimiento al SAC que figuran en contratos) (35) Complementariamente el art 111 de la Ley de Arbitraje establece que el arbitraje de consumo priva al consumidor de su derecho de acceso a los Tribunales, pues «obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de las cuestiones sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese invoque inmediatamente la oportuna excepción».

Así que el SAC no se ajusta a lo establecido en este precepto de la Recomendación

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

Pero si éste fue el motivo de la prohibición de arbitrajes sobre cuestiones litigiosas futuras, la Comisión no formulo correctamente el precepto, por cuanto existen sistemas jurídicos que permiten el arbitraje sobre cuestiones litigiosas futuras con cláusulas de salvaguarda frente a abusos contractuales y el SAC español está articulado de este modo.

Efectivamente, el Sistema Arbitral español establece una cláusula de salvaguarda frente a las consecuencias negativas que entiendo parece querer evitar la Recomendación, ya que la nueva Ley de condiciones generales de la contratación, al introducir las cláusulas abusivas en la LGDCU mediante una nueva Disposición Adicional 1 a, establece como tal la n ° 26 «la sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o supuesto específico» (p e transportes) (36) Recordemos que las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas art 10 bis 2 LGDCU

Por lo tanto, el SAC no cumple. el requisito comunitario comentado, requisito en cuya formulación creo que la Comisión ha utilizado la técnica de cristalizar normativamente uno de los «medios» posibles en vez del «objetivo», de modo que impone una solución jurídica que impide a España su cumplimiento en coherencia con su ordenamiento jurídico (37)

(35) En contra JOAQUÍN DE CARPÍ PÉREZ (1997) op cit p 147

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

Afortunadamente la cuestión es de rango menor, como casi todas las inadecuaciones hasta ahora constatadas Diferente hubiese sido que la Recomendación hubiese prohibido el arbitraje sobre cuestiones futuras en general, por cuanto la implantación del SAC se centra precisamente en la generalización por parte de las empresas y profesionales de las denominadas Ofertas Publicas de Sometimiento, arts 6 y 7 del RDSAC, documentos unilaterales en los que el declarante somete al arbitraje de consumo las cuestiones litigiosas futuras que su clientela le pueda suscitar, Ofertas además cuya emisión supone la entrega por parte de las Juntas de un Distintivo Oficial, resultando ser esta característica uno de los ejes del futuro desarrollo del Sistema Pero la Recomendación centra la proscripción exclusivamente en la adhesión del consumidor.

3.7. Principio de representación

Consiste éste en que

«el procedimiento no podrá privar a las partes del derecho a hacerse representar o acompañar por un tercero en todas las etapas del procedimiento»

El art 10 2 y el art 13 1 RDSAC establecen que «las partes podrán actuar por sí o debidamente representadas» y el art 26 de la Ley de Arbitraje dispone que «a toda práctica de prueba serán citadas las partes o sus representantes»

Respecto del primer aspecto, la representación se ha criticado por la doctrina la expresión que utiliza el RDSAC por cuanto de su literalidad parece que las partes solo pueden conferir su representación a letrados ejercientes, no obstante lo cual, en general se admite que esta representación se pueda realizar a través de un tercero cualquiera, cuya suficiencia deberá apreciar el correspondiente Colegio Arbitral (38)

Respecto del segundo aspecto, no se hace referencia en la legislación española de arbitraje al acompañamiento por un tercero, y aunque me consta que este hecho se permite, el procedimiento regulado no asegura esta posibilidad.

Sólo la aplicación analógica de la Ley de Enjuiciamiento Civil a efectos de práctica de ciertas pruebas ofrecen parámetros donde encontrar apoyo jurídico a la obligatoriedad para un Colegio Arbitral de acatar un derecho de las partes a hacerse acompañar por tercero.

4. CONCLUSIONES

En líneas generales se puede afirmar que el SAC se adecúa a los principios comunitarios, y de un modo absoluto a los de transparencia (información obligatoria), contradicción y eficacia del procedimiento Y que existen aspectos de rango menor en el resto de principios comunitarios que, si bien están permitidos, no quedan garantizados normativamente por el SAC.

(37) Similar opinión mantiene ARTURO ALVAREZ ALARCON op cit pagina 65

(38) Ver JUAN MANUEL BADENAS CARPIÓ op cit pp 664 y 665

Así, el SAC español no garantiza la independencia de los Presidentes de Colegios Arbitrales cuando dicten laudos bajo su exclusiva responsabilidad, pues su nombramiento no requiere legalmente el cumplimiento de requisitos de capacidad y experiencia ni un mínimo mandato temporal para el desempeño de las funciones.

Por otro lado, no queda claro que el SAC establezca un sistema para atacar los laudos en equidad que vulneren lo dispuesto en normas imperativas de defensa del consumidor.

El SAC no asegura el derecho de las partes a ir acompañadas de un tercero en cualquier etapa del procedimiento.

Y por último, el SAC tampoco garantiza que los laudos en equidad deban dictarse con motivación

Finalmente, el SAC y la Recomendación chocan frontalmente en sus cirtenos cuando aquél permite el arbitraje sobre conflictos futuros, quedando esta circunstancia totalmente prohibida respecto del consumidor por los citados principios comunitarios.

Y en resumen, aunque éste es el estado de la cuestión, no quiere decir bajo mi punto de vista, que la calidad del Sistema Arbitral de Consumo español no este a la altura de lo aconsejable, que lo esta, sino que la Recomendación comunitaria, postergando el declarado principio comunitario de subsidiariedad, ha regulado aspectos que debían haber quedado en el ámbito de los Estados miembros. Lo cual tampoco significa que lo dispuesto por la Recomendación no sea técnicamente aconsejable.

Por ello, en el marco competencial que origina el principio de subsidiariedad, no se entiende la necesidad de que la Recomendación exija una información obligatoria tan pormenorizada como la establecida en el principio de transparencia, la regulación de aspectos del principio de eficacia tan concretos como la gratuidad y los plazos o la generalización de la motivación de las decisiones, aspectos todos ellos que deberían ser consecuencia del modelo elegido por cada Estado miembro.

No hay sistema perfecto, y el que pretende serlo formalmente acaba siendo ineficaz. Axial que en aras a la eficacia no resulta disparatado aceptar, frente a las demás ventajas de un sistema, que no sea imprescindible (aunque siempre sea aconsejable) motivar los laudos en equidad para favorecer la rapidez del procedimiento o que se permita arbitraje sobre cuestiones litigiosas futuras. Todavía estamos a tiempo de reconsideraciones, puesto que es precisamente durante el año 2000 cuando la Comisión debe evaluar los resultados de la aplicación de la Recomendación.

Colaboradores

ÁNGEL FERNÁNDEZ NOGALES

Es Profesor Titular del Área de Comercialización e Investigación de Mercados de la Universidad Autónoma de Madrid. Es autor de varias publicaciones sobre Investigación en Marketing y Distribución Comercial. Tiene una amplia experiencia en la realización de Estudios de Mercado.

MÓNICA GÓMEZ SUÁREZ

Es Profesora Titular de Comercialización e Investigación de Mercados y coordinadora del Master de Marketing de la Universidad Autónoma de Madrid. Recibió el Premio Extraordinario de Doctorado de la Facultad de CC. Económicas y Empresariales de dicha Universidad (1997).

M.^a DOLORES ADAM MUÑOZ

Es Doctora en Derecho por la Universidad de Córdoba de la que es profesora Titular de Derecho Internacional Privado. También desempeña actualmente el cargo de Defensora Universitaria

M.^a DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA
Es Doctora en Derecho y Catedrática de Derecho Civil en la Universidad Autónoma de Barcelona. En la actualidad, además, es Presidente de la Junta Arbitral de Consumo de Sabadell. Ha participado, como autora, en los Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Eder-

sa), en los Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (Tecnos) y en los Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia.

MARÍA JESÚS ARIZA COLMENAREJO

Es Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid de la que es profesora en el Departamento de Derecho Privado, Económico y Social. Obtuvo el Primer Premio del Tercer Congreso de Derecho Procesal convocado por el Ilustre Colegio de Procuradores de Málaga.

RAFAEL RODRÍGUEZ VILLARINO

Es Licenciado en Psicología por la Universidad de Santiago de Compostela en las especialidades de Psicología Social y Clínica. Actualmente imparte la docencia práctica en la materia "Psicología de la Personalidad".

ROSA MARÍA RODRÍGUEZ CASTRO

Es Licenciada en Psicología por la Universidad de Santiago de Compostela en las especialidades de Psicología Social y Educativa. Actualmente, es psicóloga de la Oficina Municipal de Información al Consumidor del Ayuntamiento de Ourense donde, entre otras actividades, coordina un programa de investigación y tratamiento de la adicción a la compra.